

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

Programa de Maestría en Derecho

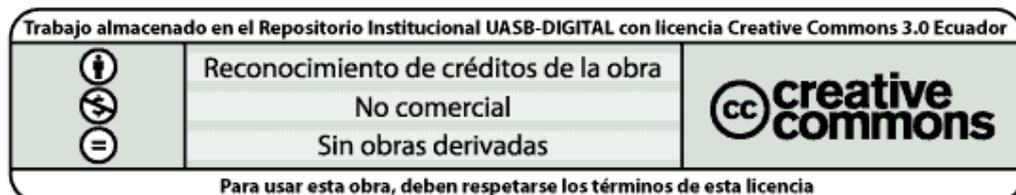
Mención en Derecho Internacional Económico

**Acuerdos internacionales de inversión en el marco jurídico
boliviano**

Autora: Luz Maria Bravo Luna

Tutor: Gustavo Guerra Bello

Quito, 2017



CLÁUSULA DE CESIÓN DE DERECHOS DE PUBLICACIÓN DE TESIS

Yo, Luz Maria Bravo Luna, autora de la tesis intitulada *Acuerdos internacionales de inversión en el marco jurídico boliviano*, mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de magister en derecho en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo por lo tanto la Universidad, utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en los formatos virtual, electrónico, digital, óptico, como usos en red local y en internet.

2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor/a de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.

3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

Fecha. 4 de diciembre de 2017.

Firma:

RESUMEN

Al ser una estrategia de atracción de flujos de inversión extranjera, cobra importancia la celebración de acuerdos internacionales de inversión (AII), por parte de Bolivia, puesto que se plantea la necesidad de la participación de capitales extranjeros en su economía a fin de dinamizar las operaciones de los sectores que forman parte de su matriz productiva con el propósito de cambiar el patrón exportador de materias primas. Hasta 2013, el país ha denunciado todos sus tratados bilaterales de inversión en razón de la discordancia de sus cláusulas con las previsiones de la Constitución Política del Estado de 2009, norma base del emergente marco jurídico de las inversiones.

Es así que para realizar la investigación que toma como antecedentes los hechos mencionados, se utilizó el método hermenéutico de investigación y la técnica especialmente documental, no obstante, se tuvo la oportunidad de lograr un acercamiento con actores de la política pública en la materia. Asimismo, se ha recurrido a la recopilación y sistematización de evidencia proveniente de fuentes directas e indirectas impresas y digitales encontradas en materiales bibliográficos como textos normativos, documentos oficiales, literatura jurídica institucional y académica, jurisprudencia internacional y nacional, así como datos estadísticos, todo ello para tener un panorama claro tanto del régimen jurídico interno como de las tendencias de la configuración del sistema internacional de protección de las inversiones.

De esa forma, la presente tesis demostrará que, junto a la política pública, el marco jurídico boliviano en materia de inversiones no contempla restricciones que obstaculicen la celebración de nuevos acuerdos internacionales de inversión, por su incompatibilidad con la estructura internacional de la protección de las inversiones extranjeras.

Palabras clave: Derecho Internacional de las Inversiones, acuerdos internacionales de inversión, inversión extranjera directa, estándares de trato.

DEDICATORIA

A mi familia, por su incesante impulso y apoyo incondicional para responder a cada desafío.

A la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, por permitirme vivir una experiencia muy enriquecedora a nivel académico y personal.

A los profesores y amigos que me guiaron y me acompañaron en la realización de este proyecto.

TABLA DE CONTENIDO

SIGLAS	3
RESUMEN	4
INTRODUCCIÓN	8
Capítulo primero	11
Tendencias de la estructura internacional de protección de las inversiones extranjeras	11
1.1. Concepto de inversión extranjera	11
1.1.1. Alcance y definición de inversión extranjera.....	11
1.1.2. Determinantes de la inversión extranjera.....	16
1.1.3. Tendencia de la política pública en materia de inversiones.....	18
1.1.4. Flujos de la inversión extranjera: alcance global y regional.....	23
1.2. Acuerdos internacionales de inversión	26
1.3. Relación de los principios del Derecho Internacional con los estándares de protección de las inversiones extranjeras.....	33
1.3.1. Trato justo y equitativo	34
1.3.2. Trato nacional	37
1.3.3. Trato de la nación más favorecida	38
1.3.4. Protección y seguridad plenas.....	40
1.3.5. Cláusula paraguas	41
1.3.6. Previsiones relacionadas a la protección de las inversiones extranjeras.....	42
1.4. Tendencia de la celebración de acuerdos internacionales de inversión.....	44
Capítulo segundo	52
Configuración del régimen de inversiones extranjeras en el marco jurídico boliviano	52
2.1. Comportamiento histórico de la inversión extranjera en Bolivia y su tratamiento normativo	52
2.2. Acuerdos internacionales de inversiones en la experiencia boliviana.....	60
2.2.1. Evaluación de los acuerdos internacionales de inversión	60
2.2.2. Proceso de denuncia de los acuerdos internacionales sobre inversión	67
2.3. Política nacional y marco jurídico en materia de inversiones	74
2.3.1. Modelo económico, el rol de la inversión extranjera y la política exterior	75
2.3.2. Escenario del tratamiento de las inversiones extranjeras.....	84
2.3.3. Perspectivas del tratamiento de la inversión extranjera en Bolivia a través de AII.....	88

Capítulo tercero	93
Elementos para una adecuada negociación de acuerdos internacionales de inversión.....	93
3.1. La celebración de tratados en las relaciones económicas internacionales	93
3.2. Elementos necesarios para la negociación de acuerdos internacionales de inversión.....	95
3.2.1. Consideraciones de política económica	96
3.2.2. Consideraciones de orden jurídico.....	101
3.2.3. Consideraciones de orden institucional	108
CONCLUSIONES.....	112
BIBLIOGRAFÍA.....	119
ANEXO 1.....	136

SIGLAS

AII	acuerdo internacional de inversión
ACE	acuerdo de complementación económica
ALBA	Alianza Bolivariana para los Pueblos de Nuestra América
ALP	Asamblea Legislativa Plurinacional
APPRI	acuerdo de promoción y protección recíproca de inversiones
BCB	Banco Central de Bolivia
BM	Banco Mundial
CAN	Comunidad Andina
CFIA	Acuerdos de Cooperación y Facilitación de la Inversión (por sus siglas en inglés)
CIADI	Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones
CNUDMI	Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional
C-PROBOL	Centro de Promoción Bolivia
DS	desarrollo sostenible
ENTEL	Empresa Nacional de Telecomunicaciones
ETI	Euro Telecom International N.V.
FMI	Fondo Monetario Internacional
GA	Gravamen Arancelario
GATT	Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (por sus siglas en inglés)
IDH	Impuesto Directo a los Hidrocarburos
IED	inversión extranjera directa
INI	Instituto Nacional de Inversiones
IPFSD	Marco de Políticas Públicas en materia de Inversiones para el Desarrollo Sostenible (por sus siglas en inglés)
IVA	Impuesto al Valor Agregado
MIC	Medidas en materia de Inversiones relacionadas con el Comercio
MIGA	Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (por sus siglas en inglés)
MPD	Ministerio de Planificación del Desarrollo
MRE	Ministerio de Relaciones Exteriores
OIC	Organización Internacional del Comercio
OMC	Organización Mundial del Comercio
PD	países desarrollados
PED	países en desarrollo
PND	Plan Nacional de Desarrollo
TBI	tratado bilateral de inversión
TCP	Tratados de Comercio de los Pueblos
TJE	trato justo y equitativo
TLCAN	Tratado de Libre Comercio de América del Norte
TN	trato nacional
TNMF	trato de la nación más favorecida
UNASUR	Unión de Naciones Suramericanas
UNCTAD	Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (por sus siglas en inglés)
YPFB	Yacimientos Petrolíferos Fiscales Bolivianos

INTRODUCCIÓN

Desde la aparición de Bolivia como república independiente, la presencia de capitales extranjeros en su economía ha sido de gran importancia, los cuales fueron principalmente atraídos por las oportunidades de explotación de recursos naturales. Consecuentemente, la política pública para de su tratamiento fue, desde un principio, de apertura en razón de su esencialidad. Es así que el marco jurídico correspondiente ha sido de espíritu liberal, incorporando algunos elementos que intensificaban la actividad del Estado en la regulación de las relaciones económicas.

Sin embargo, la estructura jurídica, que fue construyéndose después de la mitad del siglo XX, permitió que la inversión extranjera se desarrolle todavía en un espacio de cierta facilitación debido a los incentivos otorgados y a la normativa configurada en una lógica de promoción. Ello fue acentuado entre las décadas de 1980 y 1990, dadas las modificaciones estructurales en la política económica que apuntaban a reducir la participación del Estado en la economía. En aquel entorno, sumada la inscripción de Bolivia en organismos internacionales que marcaban línea respecto del tratamiento de la inversión extranjera, el país llevó adelante la celebración de tratados bilaterales de inversión (TBI) ajustados a la realidad y al ambiente económico de la época, el cual preponderaba la liberalización y facilitación de la inversión extranjera.

Posteriormente, a partir de 2005, saliendo de un escenario de conflictividad política, económica y social, resultado de las diferencias en la distribución de la riqueza provocadas por el régimen económico liberal dominante, un nuevo gobierno asumió la dirección del Estado efectuando cambios en la política económica mediante la incorporación de componentes de orden colectivo. En esa línea, se tomaron acciones como la modificación del régimen hidrocarburífero incrementando la captación de recursos tributarios a favor del Estado, la reforma total de la Constitución Política del Estado, así como la denuncia de los tratados bilaterales de inversión suscritos a la fecha, por existir una contradicción entre sus cláusulas y la nueva norma constitucional. No obstante, cabe tener en cuenta que, a pesar de dicha terminación, por efecto de sus cláusulas de prórroga, dichos instrumentos se encuentran vigentes por un periodo de entre diez a veinte años a partir de la efectividad de la denuncia.

Dotada de un nuevo ordenamiento jurídico que resalta la conducción de las relaciones económicas internacionales en base a decisiones independientes en el marco de su soberanía, como lo estipula la Constitución, Bolivia tiene prevista en su planificación, la preparación y suscripción de acuerdos internacionales de inversión ajustados a los nuevos lineamientos de la política económica y a los preceptos normativos vigentes, buscando que esta realmente traiga resultados en beneficio del Estado y de la sociedad.

De esta manera, con la presente tesis se pretende dar a conocer las condiciones o elementos necesarios con los cuales Bolivia podría optar por la negociación de acuerdos internacionales de inversión como estrategia para la atracción de flujos, verificando si existen o no restricciones jurídicas para ello, considerando el desarrollo y la tendencia de la estructura internacional de protección de la inversión extranjera, así como la actual política pública y marco jurídico internos.

Se advierte que se procedió a la breve sistematización de las principales categorías del Derecho Internacional de las Inversiones, sin que se haya pretendido ahondar en ellos, pues ese no es el objeto de la presente investigación. Asimismo, se aclara que las citas jurisprudenciales reiteradas al momento de tratar algunos conceptos son simplemente referenciales y utilizadas como ilustración de la forma en que la mencionada disciplina ha ido configurándose a partir de dichas interpretaciones.

Con esa explicación, este trabajo se estructura en tres capítulos detallados a continuación: en el primer capítulo se desarrollan aspectos sobre la tendencia de la estructura internacional de protección de las inversiones extranjeras, abordando el concepto de inversión extranjera desde su alcance y definición, sus determinantes, la tendencia internacional de la política pública y los flujos de inversión con un alcance global y regional. Como segundo punto del mismo capítulo, se expone la evolución de la protección jurídica de las inversiones extranjeras mediante los acuerdos internacionales respectivos. Al mismo, le sigue el punto tercero destinado a describir los principales contenidos de aquellos acuerdos y su relación con los principios del derecho internacional, es así que se expone la concepción de los estándares de tratamiento de la inversión como ser el trato justo y equitativo (TJE), el trato

nacional (TN), el trato de la nación más favorecida (TNMF), la protección y seguridad plenas, la cláusula paraguas y otras previsiones relacionadas.

El capítulo segundo se dedica a la configuración del régimen de inversiones extranjeras en el marco jurídico boliviano. En el primer punto de dicho capítulo se hace una sistematización del comportamiento histórico de la inversión extranjera en Bolivia y su tratamiento normativo. En un segundo punto se aborda la política nacional y el marco jurídico en materia de inversiones a partir de la comprensión del modelo económico vigente, el rol de la inversión extranjera y la política exterior boliviana, y el nuevo escenario de tratamiento de la misma. El tercer punto trata la experiencia de Bolivia vinculada a los acuerdos internacionales de inversión suscritos, desde una perspectiva de evaluación del contexto de su celebración y sus efectos; además de los procesos de denuncia llevados adelante, de 2006 a 2013; y la perspectiva actual del trato a la inversión a través de acuerdos internacionales.

Finalmente, en el capítulo número tres es turno de plantear conclusiones acerca del relacionamiento económico internacional llevado adelante por Bolivia, y de los elementos necesarios para una adecuada negociación de futuros acuerdos, haciendo una distinción de lo relacionado al campo de la política económica, las consideraciones jurídicas y otras cuestiones de carácter institucional, junto a la constatación o no de limitantes en el marco jurídico interno vigente.

Capítulo primero

Tendencias de la estructura internacional de protección de las inversiones extranjeras

1.1. Concepto de inversión extranjera

1.1.1. Alcance y definición de inversión extranjera

La inversión real “es el acto de gastar en productos o servicios que no serán consumidos durante un periodo contable [...] orientada a la formación de capital y a su asignación a la producción”.¹ De otra parte, según la Nueva Enciclopedia Británica, la inversión se trata de un “proceso de intercambio, en un periodo de tiempo determinado, de un ingreso monetario por activos empresariales de los cuales existe la expectativa de un rendimiento futuro de ganancias. De modo que el consumo actual se sacrifica por la obtención de una ganancia económica futura”.² Ahora bien, la inversión extranjera se relaciona con la transferencia de bienes tangibles o intangibles desde un Estado a otro con el propósito de generar riqueza a partir del control total o parcial por parte del propietario de esos bienes.³ Las definiciones descritas aportan elementos que permiten construir una idea acerca de la inversión extranjera a partir de la acción de colocar capital, temporalmente, a través de activos en una compañía que opera en otro Estado con la perspectiva de lograr un beneficio económico.

La doctrina del Derecho Internacional de las Inversiones hace una distinción entre inversión extranjera directa (IED) y la inversión de cartera, pues se relaciona a la primera con la propiedad física de bienes como recursos financieros, equipamiento, plantas industriales, hasta la propiedad intelectual, considerando que la evolución de las relaciones económicas determinan lo que se entiende por

¹ Emilio Soldevilla García, *Inversión y mercado de capitales* (Vigo: Milladoiro, 1990), 18.

² Rigel Bolaños Linares, *Inversión extranjera* (México D.F.: Porrúa, 2002), 99. Traducción de dicho autor citando a Encyclopaedia Britannica, *The New Encyclopaedia Britannica, Micropaedia*, ed. 15, vol. 6 (USA: Encyclopaedia Britannica Inc, 1988), 363.

³ Muthucumaraswamy Sornarajah, *The international law on foreign investment*, 3a. ed. (Nueva York: Cambridge University Press, 2010), 8. Traducción propia: “Foreign investment involves the transfer of tangible or intangible assets from one country to another for the purpose of their use in that country to generate wealth under the total or partial control of the owner of the assets”.

inversión extranjera; se adiciona el carácter de larga temporalidad en una economía extraña e incluso el porcentaje de las acciones adquiridas en la empresa correspondiente (equivalente a más del 10%) que permita una participación en la gerencia. La inversión de cartera se asocia al movimiento de dinero y la compra de acciones de empresas ya establecidas, pero sin la intención de adquirir la propiedad a largo plazo, caracterizándose por su volatilidad, siendo otro elemento de distinción el hecho de que este tipo de inversión no involucra una participación del inversor en el manejo y control de la empresa, como es el caso de la IED la que además si somete a un riesgo.

Por otro lado, la IED es objeto de protección del Derecho Internacional debido a que se trata de la salida de grandes capitales que dejan el Estado anfitrión cuando bien podrían permanecer en él a fin de contribuir al mejoramiento económico del mismo, además de que, para su ingreso al país receptor, es necesario contar con su autorización lo cual no sucede con las inversiones de cartera que pueden realizarse automáticamente y en cualquier parte del mundo en el mercado de bolsas de valores.⁴ A dicha justificación puede agregarse que se considera que la inversión extranjera directa merece protección debido a sus aspectos beneficiosos tales como la habilitación de capitales locales que podrían ser utilizados de forma diversificada, la difusión de tecnología, la creación de empleo, la formación de capacidades de personal local, la actualización de servicios básicos y la cuestión de infraestructura,⁵ entendiendo que la misma se canaliza mediante las figuras jurídicas con implicancia económica señaladas precedentemente.

En los acuerdos internacionales de inversión, se ha optado tradicionalmente por una definición amplia de inversión que puede traer el riesgo de que se considere como tal a cualquier tipo de transacción comercial que no se hallé en el marco de protección del tratado, de ahí que es necesario que en los instrumentos internacionales se precise el término con más rigurosidad. Esto no excluye que los Estados, a la vez, contemplen en sus legislaciones una definición que puede otorgar un margen de idea. Así, se tiene que en el caso de Bolivia, de acuerdo a la Ley N° 516 de 4 de abril de 2014 sobre Promoción de Inversiones, la inversión es toda colocación de aportes destinados al permanente desarrollo de actividades económicas

⁴ Sornarajah, *The international law on foreign investment*, 9.

⁵ *Ibíd.*, 48.

y a la generación de rentas que contribuyan al crecimiento económico y social del país, aquellos podrían traducirse en: moneda nacional o extranjera de libre convertibilidad; bienes muebles o inmuebles sobre los cuales se ejerce derechos de propiedad; utilidades reinvertidas; derechos de propiedad intelectual, contribuciones tecnológicas intangibles y otros derechos sobre bienes intangibles; adquisición de acciones registradas o cotizables en la Bolsa Boliviana de Valores, de empresas que operan en el país, conforme a la legislación aplicable; plantas industriales, máquinas o equipos nuevos o reacondicionados, repuestos, piezas y partes; materia prima y productos intermedios; y otros definidos por ley.⁶

De acuerdo con la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD, por sus siglas en inglés), la inversión extranjera se define desde los ámbitos de: la empresa, en referencia al establecimiento o adquisición de alguna participación que le de facultades de control al inversor; y la presencia comercial, como entidades jurídicas, sucursales u oficinas de representación de un inversor en otro Estado, como un suministrador transfronterizo de servicios, útil para los acuerdos de liberalización.⁷

Dentro del género de los acuerdos internacionales, algunos tratados bilaterales de inversión contienen una definición amplia pero basada en una lista de activos, por ejemplo, la extraída del Convenio sobre Promoción y Protección a las Inversiones entre la República de Bolivia y la República de Francia suscrito el 25 de octubre de 1989:

ARTÍCULO 1.- Para la aplicación del presente Convenio:

1. El término inversión designa a los activos, tales como los bienes, bienes, derechos e intereses de toda naturaleza y en particular, pero no exclusivamente:

a) los bienes muebles e inmuebles, así como todos los demás derechos reales, como hipotecas, privilegios, usufructos, prendas y derechos análogos;

b) las acciones, primas de emisión y otras formas de participación, incluso minoritarias e indirectas, en las sociedades constituidas en el territorio de una de las Partes Contratantes;

⁶ Bolivia. Ley N° 516 de Promoción de Inversiones, arts. 4, inc. a) y 10.I en Gaceta Oficial del Estado Plurinacional de Bolivia, edición N° 633 (La Paz, 4 de abril de 2014).

⁷ Sornarajah, *The international law on foreign investment*, 20-1.

c) las obligaciones, adeudos y derechos de toda la prestación que posea un valor económico;

d) las regalías devengadas por concepto de derechos de autor, derechos de propiedad industrial (tales como patentes de invención, licencias, marcas registradas, modelos y maquetas industriales), los procesos técnicos, los nombres registrados y la clientela verificable;

e) las concesiones acordadas por la ley o en virtud de un contrato, en especial las concesiones relativas a la prospección, el cultivo, la extracción o la explotación de riquezas naturales, incluyendo aquellas que se sitúen en zonas marítimas de las Partes Contratantes”.

Con el objeto de limitar el alcance del término inversión, pueden establecerse restricciones como la exclusión de las inversiones de cartera a no ser que estén relacionadas directamente con las actividades producto de la IED, o podrían excluirse otros activos como los contratos comerciales, los préstamos y títulos de deuda, la deuda pública y los activos utilizados para fines no comerciales.⁸

En otros instrumentos internacionales se opta por una lista cerrada y específica con definiciones basadas en activos o en la empresa, ejemplo reflejado en el modelo canadiense de TBI,⁹ mientras que otros limitan su precisión a las inversiones realizadas conforme a las legislaciones de los países que estén en vigor en ese momento, como se asumió en el laudo del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) en el caso Phoenix Action Ltd. contra la República Checa. No obstante, sobre esta última la jurisprudencia del CIADI ha albergado el entendimiento sobre que establecer requisitos formales como la emisión de un certificado de registro podría afectar el objetivo material del tratado bilateral¹⁰ por el hecho de que la supuesta entidad infractora no se viese cobijada por su

⁸ UNCTAD, *Alcance y definiciones, Colección de publicaciones de la UNCTAD sobre temas relacionados con los Acuerdos Internacionales de Inversión II* (Ginebra: Naciones Unidas, 2011), 27-31.

⁹ El modelo de TBI de Canadá entiende por inversión: una empresa, acciones de una empresa; títulos de deuda de una empresa, cuando la empresa sea filial del inversor o cuando el plazo de vencimiento originario de los títulos de deuda sea de tres años o más, pero no de títulos de deuda de una empresa estatal, cualquiera que su plazo de vencimiento originario; y un préstamo de una empresa, en las mismas condiciones que un título de deuda. En UNCTAD, *Alcance y definiciones, Colección de publicaciones de la UNCTAD sobre temas relacionados con los Acuerdos Internacionales de Inversión II*, 32.

¹⁰ Phoenix Action Ltd. c. República Checa, caso CIADI N° ARB/06/5, laudo, 15 de abril de 2009, párr. 103.

protección en razón de no cumplir ese requerimiento. Otras limitaciones a propósito de la demarcación del alcance de la palabra inversión son: el factor del riesgo, la fecha de establecimiento, el tamaño y el sector, y otras especificaciones sobre la propiedad intelectual para evitar previsiones por demás amplias en los AII que incluyan elementos que no sean protegidos como formas tradicionales de propiedad intelectual y que abarquen todos los derechos intangibles de los que el inversor pueda gozar, a fin de evitar la afectación de la potestad del Estado receptor a reglamentar, por ello debe existir compatibilidad entre el alcance de los mismos en un AII y lo dispuesto en leyes y reglamentos.¹¹

La inversión no es un concepto jurídico sino un proceso económico que se configura en diferentes realidades jurídicas, como la propiedad de un inmueble o de una cartera de valores, pasando por el control de una empresa, incluso como un contrato de concesión de un servicio público. Jurídicamente, lo más viable es establecer un catálogo de características a fin de apreciar si una situación encaja dentro de una categoría económica.¹²

Han habido entendimientos arbitrales que aportaron requisitos objetivos para aclarar el término, de esa forma, es posible citar el caso *Salini Costruttori SpA e Italstrade Spa contra el Reino de Marruecos* que señala: “la inversión conlleva los siguientes elementos: aportaciones de capital, una cierta duración de la ejecución del contrato, y una participación en los riesgos de transacción [...] podría añadirse como condición adicional la contribución al desarrollo económico del Estado receptor”.¹³ Por otro lado, existen enfoques jurisprudenciales que, por el contrario, defienden una visión más amplia, pues se teme que los criterios de *Salini* se conviertan en inmutables e inflexibles y que puedan verse en conflicto con otras definiciones recogidas en los TBI,¹⁴ o que plantean que el desarrollo económico no es un elemento de la definición objetiva de la inversión, sino una consecuencia esperada de aquella.¹⁵ A pesar de ello, la perspectiva del caso *Salini* es el más destacado y generalmente aceptado sin importar que haya sido reiterado, modificado o

¹¹ UNCTAD, *Alcance y definiciones*, 45-6.

¹² *OI European Group B.V.c. República Bolivariana de Venezuela*, caso CIADI N° ARB/11/25, laudo, 10 de marzo de 2015, párr. 222.

¹³ *Salini Costruttori SpA e Italstrade Spa c. Reino de Marruecos*, caso CIADI N° ARB/00/4, decisión sobre competencia, 23 de julio de 2001, párr. 52.

¹⁴ *Biwater c. Tanzania*, caso CIADI N° ARB/05/22, laudo, 24 de julio de 2008, párr. 312.

¹⁵ *Quiborax S.A., Non Metallic Minerals S.A. y Allan Fosk Kaplún c. Estado Plurinacional de Bolivia*, caso CIADI N° ARB/06/2, decisión sobre competencia, 27 de septiembre de 2012, párr. 222 y 225.

contradicho por fallos posteriores, pues es tomado como punto de partida de considerable legitimidad para el análisis del término inversión por su test de requisitos objetivos,¹⁶ divulgado como prueba de constatación de la legitimación activa a efectos de demandar la cobertura de un tratado bilateral de inversión, debido a que además de la condición de nacionalidad y otras que conmine el TBI, el demandante deberá acreditar la titularidad de una inversión como se indica en aquel.¹⁷

En ese contexto, definir unívocamente una idea polisémica como la inversión extranjera resulta complejo y depende de la posición de los países a la hora de negociar un tratado para que luego, dada una controversia futura en cuanto a la comprensión del término, vía jurisprudencia, se discierna el mismo con base en las circunstancias del caso concreto.

1.1.2. Determinantes de la inversión extranjera

La inversión extranjera directa como la fuente más significativa de flujos de capital tiene varios efectos dentro de las economías en las que se implantan y, al igual que cualquier actividad en la que se pretende obtener algún rendimiento económico, trae consigo beneficios y costos.

Entre los beneficios está la transferencia de tecnología y conocimientos que, a pesar de que es más común que las empresas multinacionales se enfoquen más en adaptar la tecnología a sus necesidades estratégicas que al desarrollo del país receptor, si es posible como se verifica en los sectores automotriz, informático y electrónico. Otro efecto positivo de la IED es la generación de empleo, sea directamente a través de la contratación de nacionales del país anfitrión, o bien por la demanda de suministros de fuente local que se traduce en nueva producción que requiere emplear a más trabajadores. Aunque no es automático ni garantizado, la inversión puede conllevar beneficios como la extensión a otros sectores económicos, sin embargo, ello contempla pensar en la incidencia de otros factores como el aprendizaje y la educación que se traduce en la capacidad de las empresas locales

¹⁶ Alex Grabowski, "The Definition of Investment under the ICSID Convention: A defense of Salini" *Chicago Journal of International Law*, vol. 15, No. 1 (2014): 297, <<http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1058&context=cjil>> Consulta: 7 septiembre, 2015.

¹⁷ SAUR International c. República Argentina, caso CIADI N° ARB/04/4, Decisión del Tribunal de Arbitraje sobre excepciones a la jurisdicción, 26 de febrero de 2006, pár. 61.

para captar la tecnología extranjera, lo cual es posible fortalecer mediante políticas públicas por parte de los Estados receptores.¹⁸

Haciendo énfasis en las ventajas que representa la inversión extranjera, es necesario considerar cuáles son sus determinantes. Con los elementos teóricos del planteamiento de John Dunning –citado por Erdal Demirhan y Mahmut Masca – sobre la clasificación de los tipos de inversión: búsqueda de mercado, búsqueda de recursos y búsqueda de eficiencia, además de variables extraídas de la evidencia empírica,¹⁹ la UNCTAD formuló una descripción de los determinantes de la IED divididos en tres grupos²⁰ relacionados con:

1. El marco de políticas que influyen en la IED, en el que participan factores como la estabilidad económica, política y social del país receptor, las normas sobre la entrada y las actividades, las normas de tratamiento de las filiales de empresas extranjeras, las políticas relativas al funcionamiento y estructura de los mercados (especialmente la política de competencia y la política de fusiones y absorciones), los acuerdos internacionales de inversión, la política de privatizaciones, la política de comercio exterior y la política fiscal.
2. Los condicionantes económicos, que a la vez se subagrupan según lo que se busca a través de la inversión extranjera directa:
 - a) *Penetración en mercados*, para lo cual se toma en cuenta el tamaño del mercado y la renta por habitante, el crecimiento del mercado, el acceso al mercado regional y al mercado mundial, las preferencias de los consumidores del país receptor, y la estructura de su mercado.
 - b) *Explotación de recursos naturales o de adquisición de activos*, que dependerá de la búsqueda de materias primas; de mano de obra no calificada barata; de mano de obra calificada; de activos creados tecnológicos, innovadores y de otro tipo (marcas, por ejemplo), incluidos los incorporados en personas físicas, empresas y agrupaciones de empresas; y de infraestructura física.

¹⁸ Ian Goldin y Kennet Reinert, *Globalización para el desarrollo, Comercio, Financiación, Ayuda, Migración y Políticas* (Bogotá: Banco Mundial/ Planeta, 2007), 143.

¹⁹ Erdal Demirhan y Mahmut Masca, “Determinants of Foreign Direct Investment Flows to Developing Countries”, en *Prague Economic Papers*, vol. 4, 357-62. 2008.

²⁰ UNCTAD, *El papel de los acuerdos internacionales de inversión en la atracción de inversión extranjera directa hacia los países en desarrollo, Colección de publicaciones de la UNCTAD sobre políticas de inversión para el desarrollo* (Ginebra: Naciones Unidas, 2009), 6.

- c) *Mejora de la eficiencia*, procurando la reducción de costos de los recursos y activos, según la productividad de la mano de obra y de costos de otros factores de producción, por decir, transporte, comunicaciones y otros productos económicos; también se considerará la pertenencia del Estado receptor a un acuerdo regional de integración que favorece el establecimiento de redes empresariales regionales.
3. La facilitación de la actividad empresarial relacionada con la promoción de las inversiones, por ejemplo, mediante actividades de creación de imagen y generación de inversiones y servicios de facilitación; los incentivos; los costos derivados de determinados obstáculos, como los que tienen que ver con la corrupción y la eficiencia productiva; las ventajas sociales; y los servicios posinversión.

Es necesario comprender que la decisión de invertir en otro país no depende solo de un factor o varios específicamente, sino de una combinación de determinantes con base en los fines que persigue la IED a través de un tipo de empresa, cuya relación puede ser necesaria pero además tendrá que ser suficiente para motivar tal determinación puesto que ello siempre implicará un riesgo a asumir.

1.1.3. Tendencia de la política pública en materia de inversiones

Invertir en otro país, como se señalaba, tiene distintos efectos ventajosos y desventajosos que dependen de la política económica del país receptor, su contexto social, su infraestructura, su geografía, en fin, de sus propias circunstancias. Aquellas van cambiando con el tiempo, no solo en la esfera interna de un Estado, sino a nivel global lo cual es fundamental tomar en cuenta. El actual ambiente de la inversión extranjera viene evolucionando, ahora, los países emergentes ya no son solo anfitriones de inversión sino también inversores, además de que las empresas estatales asumen cada vez más un papel más importante como inversores. Por otro lado, los gobiernos tienen la responsabilidad del manejo de la economía de sus países, enfocando su atención a la creación y participación en cadenas globales de valor, el impacto en el empleo y la contribución al desarrollo sostenible (DS).

Existe una necesidad de coordinación de medidas en los niveles nacional e internacional a fin de dar lugar a un clima favorable para las inversiones extranjeras, dada su indispensable presencia en la economía de los Estados, en el cual se

maximicen las consecuencias positivas de las mismas y se minimicen las negativas, y que, además, se dirija a procurar el equilibrio entre las posiciones regulatorias y liberalizadoras.

En ese sentido, la UNCTAD ha trabajado en el “Marco de Políticas Públicas en materia de Inversiones para el Desarrollo Sostenible” (IPFSD, por sus siglas en inglés) como una herramienta guía para los formuladores de políticas públicas teniendo en cuenta no solo las necesidades presentes sino también las de las generaciones futuras, en consideración del panorama expuesto anteriormente. En el IPFSD se plantean lineamientos que responden a principios centrales de la creación de políticas de inversión para el desarrollo sostenible,²¹ atendiendo al surgimiento de nuevas preocupaciones de carácter social y ambiental.

A la luz de estos principios, la UNCTAD proporciona orientaciones en los ámbitos nacional e internacional, con la identificación de los retos a los cuales deberían responder las directrices de política pública. En el plano internacional, dichos retos tienen que ver con opciones de negociación incluyendo en los acuerdos internacionales de inversión aspectos de fortalecimiento del desarrollo sostenible; aquello será abordado más adelante. Mientras tanto, se hará referencia a la propuesta en el plano nacional. Esta última dimensión plantea tres desafíos relacionados con la integración de la política pública en materia de inversiones en una estrategia general de desarrollo, la incorporación de objetivos de desarrollo sostenible en las antedichas políticas, y el aseguramiento de la relevancia y efectividad de las mismas.

Cada país tiene una distinta realidad, por lo tanto, sus percepciones acerca de las inversiones extranjeras también son diferentes, de esa forma sus decisiones y estrategias responden a factores económicos, políticos, históricos, sociales y hasta culturales, sin que deba dejarse de lado su participación dentro de la sociedad internacional. En ese marco, los lineamientos de política nacional del IPFSD se proyectan en cuadros específicos clasificados por secciones y subsecciones,²² constituyéndose en guías que deberían ajustarse y adecuarse a los contextos de cada Estado.

²¹ UNCTAD, *Investment Policy Framework for Sustainable Development* (Ginebra: Naciones Unidas, 2012), 10-4.

²² La explicación en relación a las secciones y subsecciones de lineamientos de política nacional se encuentra enfocada en los aspectos más relevantes del IPFSD.

La primera sección consiste en la relación entre la inversión y la estrategia de desarrollo sostenible. Dentro de ella, en la primera subsección, se plantea que las prioridades estratégicas de la política de inversión estén conectadas con la estrategia general de desarrollo del país en la que se incluyan inversiones en actividades económicas específicas, áreas de fortalecimiento tanto de la inversión pública y privada, contribución al desarrollo mediante la creación de oportunidades de trabajo decente, fomento de sustentabilidad, expandiendo y promoviendo la capacidad productiva y la competitividad internacional. En la segunda subsección se propone una política de inversiones coherente para la formación de capacidad productiva, para lo cual es importante pensar en: el vínculo entre las políticas de inversión y las políticas de desarrollo de recursos humanos a propósito de priorizar la formación de capacidades conducentes a las prioridades de desarrollo; el desarrollo de la infraestructura a través de la IED en consideración de áreas que permitan el desarrollo de capacidades productivas, como servicios básicos, caminos, puertos, aeropuertos o parques industriales, especialmente por asociaciones público-privadas bajo un marco regulatorio que asegure su dirección hacia el interés público; y la promoción del emprendimiento que conlleve beneficios por medio de enlaces de negocios y la estimulación de empresas locales.

Seguidamente, en la segunda sección se tocan aspectos referidos a la regulación y la promoción de las inversiones. En la subsección uno, respecto de la entrada, el establecimiento y las operaciones de los inversores extranjeros cobran protagonismo los siguientes lineamientos de política pública: de apertura sujeta a calificaciones y restricciones selectivas orientadas a las necesidades de desarrollo y otras preocupaciones concernientes a la provisión de bienes públicos; y de restricción justificada de la propiedad o limitaciones a la entrada de IED. La segunda subsección se enfoca en el tratamiento y la promoción de las inversiones, para lo cual las políticas públicas estarían direccionadas a: la no discriminación *vis a vis* de los inversores e inversiones extranjeras frente a las nacionales, existiendo distinciones fundamentadas en los objetivos de desarrollo y sujetas a una revisión periódica; la garantía de la transferencia y la repatriación de capital relativo a las inversiones en bienes productivos, sujetos a reportes, obligaciones impositivas y a eventuales restricciones durante crisis de balanza de pagos y de acuerdo al derecho internacional; y al tratamiento igualitario en la ejecución de contratos, creación de

mecanismos de ejecución oportunos, eficientes y efectivos, posibilidad de la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* u otras razones legítimas para el incumplimiento de contratos por parte del Estado.

En la tercera subsección de la ya mencionada segunda sección, la formulación de políticas públicas, se concentraría en la no discriminación de inversores nacionales y extranjeros en la exigencia del cumplimiento de la obligación de observar las leyes nacionales del Estado receptor, y la promoción responsable de estándares de inversión responsable y códigos de conducta para los inversores extranjeros, contemplando la posibilidad de convertirlos en normas obligatorias nacionales. Asimismo, en la cuarta subsección sobre la promoción y la facilitación de la inversión, los lineamientos de política se enmarcan en la otorgación de responsabilidad a una agencia de promoción de inversiones que asiste al inversor; la evaluación de los incentivos en función de los costos a largo plazo y los beneficios antes de su implementación, por el riesgo de los efectos distorsionadores, y en función al logro de los objetivos planteados.

Cabe hacer énfasis en la tercera sección, pues en ella se desarrollan propuestas de políticas de inversiones propiamente y en distintas áreas. Así, se sugiere la suscripción de acuerdos comerciales internacionales, la definición de barreras arancelarias y no arancelarias en coordinación con los objetivos de desarrollo y las demás políticas de inversión, la observancia de las mejores prácticas en los procedimientos de frontera; sobre la política tributaria, se considera que los incentivos fiscales deberían brindarse para fortalecer la inversión en industrias específicas y con el objeto de alcanzar objetivos también específicos; sobre las transferencia de precios, se sugiere establecer reglas claras para minimizar la evasión de impuestos, para lo cual es útil el seguimiento de prácticas internacionales y la cooperación entre autoridades centrales en la materia; también se recomienda la celebración de tratados para evitar la doble tributación, procurando asegurar el principio de imposición en la fuente.

Continuando con los lineamientos de políticas relacionadas a las inversiones, se plantea la flexibilidad de los sistemas de protección de propiedad intelectual; se recomienda que mediante leyes y regulaciones se cubran prácticas de restricción de la competencia, abuso del poder del mercado, adicionando mecanismos efectivos de

monitoreo y fortalecimiento para así establecer reglas niveladas para inversores tanto extranjeros como locales, sin dejar de lado la coordinación entre las autoridades competentes para evitar prácticas anticompetitivas. En lo que se refiere a la regulación del mercado laboral, se procura buscar un equilibrio entre la flexibilidad laboral y la protección de los empleados, y la aplicación de estándares internacionales. De otra parte, se contemplan lineamientos de adopción de altos estándares de responsabilidad social corporativa, creando capacidades y asistiendo técnicamente en el fortalecimiento de industrias locales que puedan acceder a mercados internacionales.

Las políticas de inversión también deben considerar el factor ambiental, mediante la inclusión de evaluaciones de impacto ambiental cuyas normas sean transparentes, estables, predecibles y no discriminatorias, y la adopción de estándares internacionales de protección del ambiente para no dar lugar al dumping ambiental. Por último, las políticas relacionadas a la inversión comprenden las cuestiones de infraestructura, concesiones y asociaciones públicas y privadas, en las cuales la apertura a las inversiones se dé por sectores pensando en el rol de los inversores privados locales e internacionales.

Finalmente, la sección cuarta, en cuanto a lineamientos a nivel nacional del IPFSD, trata sobre la efectividad de las políticas de inversiones que se acentúa en el gobierno y las instituciones. Para la implementación de políticas los gobiernos deberían proponerse alcanzar metas como la integridad y la imparcialidad e independencia en las instituciones regulatorias sujetas a proporcionar reportes y responsabilidad funcionaria, transparencia y predictibilidad para los inversores, y un servicio de orientación destinado a ellos. La lucha contra la corrupción también debe ser una tarea de los gobiernos por medio de la legislación y acciones en los campos administrativos, institucionales y judiciales, guiados por la práctica internacional.

Estando conscientes de que el diseño y la implementación de política pública son procesos de adaptación a necesidades y circunstancias, resulta necesario realizar revisiones periódicas –de tres o cuatro años– del desenvolvimiento de las mismas en verificación de su coherencia con la estrategia general de desarrollo, evaluando su efectividad a través de indicadores específicos, identificando causas del bajo nivel de

desenvolvimiento, y examinando el retorno de la inversión de las medidas más costosas de tratamiento de inversiones, como los incentivos.

1.1.4. Flujos de la inversión extranjera: alcance global y regional

Teniendo en cuenta la importancia de la inversión extranjera como uno de los flujos monetarios más relevantes en el mundo y los impactos a los que da lugar, resulta necesario conocer cuál es su tendencia. Según el Informe de las Inversiones en el Mundo,²³ en 2015, los flujos de IED experimentaron un descenso del 16% (de US \$ 1,47 trillones a 1,23 trillones) debido a la fragilidad de la economía global, la incertidumbre de las políticas dirigidas a los inversores y los riesgos geopolíticos.²⁴ A pesar de este balance general, los reportes por región y por país difieren entre sí, pues se han tenido incrementos como bajas. La IED en servicios es prominente, en manufacturas media, y no muy significativa en el sector primario, como resultado de la liberalización en los dos primeros sectores, particularmente en actividades reservadas a las empresas transnacionales (área financiera y de telecomunicaciones). Pese a ello, el sector primario extractivo, en los países en desarrollo (PED), en proyectos en terrenos no urbanizados como minas, excavaciones y petróleo alcanzó un valor de inversión extranjera directa de US \$ 40 billones en 2014, de los 25 billones en 2013.

De otra parte, según el tipo de inversor, las firmas de capital privado lograron un movimiento de US \$ 200 billones constituyendo el 17% de las inversiones globales. Mientras tanto, los fondos soberanos de riqueza siguen ganando espacio, alcanzando su mayor nivel en cinco años con un flujo de US \$ 16 billones, promovidos por ventajas específicas como oportunidades de inversión de gran escala y retornos relativamente estables. Las empresas multinacionales estatales también desempeñaron un rol importante en 2014, sin embargo, se reporta una baja significativa respecto de los flujos en 2013, tanto en inversiones en terrenos no urbanizados y en fusiones y adquisiciones, en las primeras de US \$ 60 billones a 49 billones, y en las segundas de 113 billones a 69%. En ese orden, examinando la

²³ UNCTAD, *World Investment Report 2015, Reforming International Investment Governance* (Ginebra: Naciones Unidas, 2015). Sobre la base de este documento se desarrolla el presente punto, contrastando datos con información de la CEPAL.

²⁴ UNCTAD, *World Investment Report 2015*, 2.

evolución de los flujos desde 2007, la tendencia de la IED por multinacionales estatales está marcada por la baja.

Las fusiones y adquisiciones transfronterizas continúan siendo importantes como canal de inversiones y, a pesar de su descenso consecutivo de dos años, alcanzaron los US \$ 400 billones traducido en un incremento del 28% en relación a 2013. Separadamente, se resalta el crecimiento del 66% de las economías en transición y en desarrollo frente a un 16% de las desarrolladas. Las adquisiciones por parte de las corporaciones multinacionales destacaron en las industrias de manufactura y de servicios, en los sectores farmacéuticos y de comunicaciones, entre países de Norte América y Europa, pero también existe una notable actuación de las multinacionales de países en desarrollo que buscan adquisiciones en economías desarrolladas.

En relación a las salidas de inversiones por región, entre los años 2012 y 2014, Asia en desarrollo lleva la delantera, seguida de América del Norte, Europa, otros países desarrollados (PD), América Latina y el Caribe, y África. El escenario difiere en cuanto a la recepción de aquellos flujos, Asia en desarrollo, Europa y América Latina y el Caribe lideran, y detrás de ellos quedan América del Norte, las económicas en transición y África.

Puede notarse que las economías en transición y en desarrollo continúan invirtiendo; se destaca que los países en desarrollo asiáticos son los protagonistas, asimismo, resalta la posición de algunos países de dicha región respecto de la recepción de inversión extranjera siendo China un país que cobra importancia como el segundo, precedido de los Estados Unidos de Norte América.

Otra tendencia mundial se traduce en el crecimiento sostenido de las inversiones intrarregionales Sur-Sur,²⁵ lo que llega a ocupar un tercio del total global, considerando que el fenómeno radica en la similitud de políticas de internacionalización de inversiones de los países de origen, además de los factores históricos que los conectan.

²⁵ Los mayores inversores de este grupo son Brasil, China, Hong Kong (China), India, Corea del Sur, Malasia, México, Singapur, Sud África y Taiwan (China).

En Latinoamérica y el Caribe –con excepción de los países caribeños costa afuera– el flujo de IED sufrió un descenso de 14% llegando a US \$ 159 billones en 2014, ello se debió a la caída de las fusiones y adquisiciones transfronterizas en América Central y el Caribe y a la baja de los precios de las *commodities* en América del Sur. Sin embargo, Brasil, Chile, México y Colombia lograron ubicarse entre los veinte primeros anfitriones de inversión en el mundo, cerrando la lista de los cinco primeros en la región con Perú. Las inversiones hacia afuera realizadas por las multinacionales latinoamericanas y caribeñas también disminuyeron en un 18% (US \$ 23 billones), no obstante, es notable que solo en el caso de Chile el flujo creció de manera relevante en un 71% alcanzando los \$ 13 billones.

En los últimos veinticinco años, la IED en la región se ha incrementado significativamente, tomando en cuenta un flujo inicial de menos de US \$ 20 billones que llegó a su pico en 2013 con más de US \$ 180 billones. Esto se explica a partir de un cambio radical en la orientación de la política pública que trajo como consecuencia una nueva lógica de los flujos de las inversiones extranjeras marcada por dos olas.²⁶

La primera comenzó a mediados de la década de 1990 como resultado de las políticas de liberalización y privatización emprendidas por los gobiernos. Al buscar nuevos mercados, las inversiones, a través de adquisiciones transfronterizas, se asentaron en servicios no comercializables como telecomunicaciones, generación y distribución de electricidad, transporte y servicios bancarios; de igual manera, por el determinante de atracción que significan los recursos, los capitales extranjeros miraron hacia América del Sur y su industria extractiva primordialmente. Inversiones en búsqueda de eficiencia pusieron los ojos en México con el establecimiento de plantas en la industria automovilística, de autopartes, entre otros, cuyo modelo fue copiado por países de Centro América y el Caribe a través de la creación de zonas de procesamiento para la exportación. Esta ola encontró su declive entre los años 2000 a 2003. La segunda ola, que comenzó a mediados de la década del 2000, se caracterizó por el acrecentamiento de los flujos de IED en la industria extractiva en razón del alza de los precios de las *commodities*, y aún no se tiene certeza de su finalización, pues se percibe un declive diferenciado por sectores en distintos años.

²⁶ UNCTAD, *World Investment Report 2015*, 61.

Al respecto de la proveniencia de los capitales extranjeros en América del Sur, la mayor participación la tiene Europa, siendo Países Bajos el principal punto de partida (20% como país concreto),²⁷ acompañada de inversiones de economías en transición y en desarrollo, de las cuales el mayor porcentaje es intrarregional, las cuales aumentaron durante la segunda ola,²⁸ mientras que durante en la primera, entre España y Estados Unidos se copó el 50% de los flujos de IED.

La tendencia producto del actual detrimento de los flujos de IED hacia América Latina y el Caribe sugieren reflexión en la formulación de políticas públicas en las cuales se dimensione el potencial de la inversión extranjera directa pensando en su contribución al desarrollo y en nuevos caminos como la participación en cadenas globales de valor, la expansión hacia otros sectores, la creación o/y fortalecimiento de enlaces entre empresas extranjeras y locales, la reinversión productiva y la diversificación a fin de no depender de la explotación primaria sujeta a los vaivenes de los precios de las *commodities*.

Para 2015, se proyecta un incremento mundial de 11% de los flujos de IED,²⁹ que llegue a los US \$ 1,4 trillones, y de forma progresiva en 2016 y 2017, de 1,5 y de 1,7 trillones respectivamente. Ello gracias a factores macroeconómicos y empresariales, especialmente el ajuste de la política monetaria norteamericana, los efectos en la demanda por el descenso de los precios del petróleo, la liberalización de las inversiones y la promoción de las mismas. No obstante, aquel crecimiento puede verse amenazado por riesgos económicos y políticos como la incertidumbre en la eurozona, las expansiones en sectores por presiones geopolíticas y las vulnerabilidades de los países emergentes.³⁰

1.2. Acuerdos internacionales de inversión

Las formas de proteger la inversión extranjera han ido evolucionando a medida como se ha ido configurando dicho proceso económico en la historia. Una de las primeras manifestaciones de la protección a extranjeros, la sugirió Francisco de

²⁷ CEPAL, *La Inversión Extranjera Directa en América Latina y el Caribe 2015* (Santiago de Chile: Naciones Unidas, 2015), 31.

²⁸ La segunda ola también se caracteriza por la participación de China que viene tomando fuerza.

²⁹ Considerando que las entradas de IED en los países en desarrollo seguirá siendo prominente, al contrario de la situación de las economías en transición que tiene como una de sus causas la caída de los precios del petróleo.

³⁰ UNCTAD, *World Investment Report 2015*, 21.

Vitoria, en su obra *De Indis et de Jure Belli Reflectiones* de 1557 –citado por el profesor Sornarajah– al indicar que los comerciantes extranjeros merecían recibir un trato igual que el otorgado a un nacional, en razón a que el comercio era una expresión del sentimiento de la comunidad y que es inherente al ser humano.³¹ Ya en los siglos XVIII y XIX, con la expansión de Europa en el mundo, la estructura de protección de capitales extranjeros era colonial y aseguraba su protección por parte del sistema imperial.³²

Las capitulaciones fueron instituciones básicas mediante las cuales los Estados europeos buscaban proteger a sus nacionales en Asia y África, sustrayendo del conocimiento de los tribunales locales los litigios entre extranjeros, abriendo para ello la jurisdicción consular de nacionalidad de las partes. Asimismo, la protección diplomática se constituyó como otra vía abierta para aquellos extranjeros que se consideraban perjudicados en su persona o en sus bienes por un acto imputable a un Estado, al no ser resarcidos por este habiendo recurrido a las vías ordinarias, sin embargo esta era reservada a la disposición del Estado acreditante.³³ Para ese entonces, la preocupación se asentaba en los negociantes como personas naturales, no obstante, es a mediados del siglo XIX que surgió un nuevo canal de la inversión extranjera, de esa manera, a través de las *Free-Standing* el Reino Unido podía trasladar capitales a los Estados Unidos.³⁴

En 1868, en un contexto de solución de conflictos comerciales por medios no pacíficos y en el que América Latina resultó afectada, surgió la Doctrina Calvo cuyos principales postulados son: que las controversias suscitadas con extranjeros deben ser resueltas en instancias jurisdiccionales del país receptor, y el establecimiento del trato nacional como trato mínimo al extranjero. Más adelante, en 1902, producto de incidentes bélicos contra Venezuela por parte de Alemania y Gran Bretaña en reacción a la afectación de los contratos con sus nacionales y su propiedad, Luis M. Drago respondió a estas dos potencias señalando que el cobro de deudas públicas no puede ser efectuado por medio de la fuerza, como el ataque armado o la ocupación territorial. En 1907, las Doctrinas Calvo y Drago fueron objetadas por el general

³¹ Sornarajah, *The international law on foreign investment*, 19.

³² *Ibíd.*, 20.

³³ Julio A. Barberis, *Fuentes del derecho internacional* (La Plata: Platiense, 1973), 168-9.

³⁴ Peter T. Muchlinski, *Multinational Enterprises & and the law* (Nueva York: Oxford University Press, 2007), 10.

estadounidense Horace Porter, quien añade a la prohibición de la intervención militar por motivo de deuda de un Estado, su excepción bajo el no sometimiento de la disputa a foros arbitrales, o, en caso de haberla sometido, la falta de acatamiento del correspondiente laudo.³⁵

Si bien posteriormente en la época de guerras, la economía mundial se paralizó y los flujos de inversiones no fueron significativos, puede resaltarse algunos acontecimientos relacionados a su protección, uno de ellos la expropiación de empresas sin compensación acontecida en 1917 como resultado de la revolución rusa que dio lugar al arbitraje de Lena Goldfields en 1930, cuyo fallo mandó a la Unión Soviética el pago de la misma. En 1938, Cordell Hull, Secretario de Estado de los Estados Unidos, en vista de las nacionalizaciones en los sectores agrario y de petróleo, manifestó al gobierno mexicano, por vía diplomática, que el derecho internacional permite la expropiación de propiedad extranjera siempre y cuando medie una compensación efectiva, pronta y adecuada.³⁶ De esta forma, a partir de la Doctrina Calvo, la revolución rusa y la posición de México dieron lugar al pensamiento de que el “extranjero debe ser protegido de medidas inaceptables de los estados anfitriones, por las reglas del derecho internacional las cuales son independientes de las de los estados anfitriones”, lo que eventualmente sería conocido como el mínimo estándar de trato.³⁷

Con el desarrollo de la industria petrolera y el crecimiento de las inversiones, los Estados suscribieron acuerdos con sociedades extranjeras sujetándolas al derecho interno, situación que llevó a la posibilidad de que el Estado en cuestión pueda modificar su legislación administrativa o instaurar medidas que afectaran la situación jurídica de las empresas, para lo cual la protección diplomática resultaría insuficiente a fin de contrarrestarlas. Por ese motivo, los inversores buscaron alternativas para afrontar esos riesgos y sustrajeron los convenios con los Estados del orden jurídico interno amparándose en el internacional, consecuentemente, dichos instrumentos

³⁵ Gustavo Prieto, “Evolución del Derecho internacional de inversiones: hacia un régimen global estable”, *Revista de Derecho: Foro*, N° 17 (Quito), I semestre 2012, 12-4.

³⁶ Rudolph Dolzer y Christoph Scheuer, *Principles of International Investment Law* (Nueva York: Oxford University Press, 2008), 13.

³⁷ H. Roth, *The Minimum Standard of Treatment of International Law Applied to Aliens* (1949) y E. Borchard, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad* (1915), referidos por Dolzer y Scheuer, *Principles of International Investment Law*, 13.

asumieron características como la inclusión del arbitraje como medio de solución de disputas y de la cláusula de estabilización.³⁸

Con posterioridad, la protección de las inversiones extranjeras tomó la vía de los tratados internacionales la cual ha ido evolucionando, pasando por una etapa de multilateralismo en la cual las expectativas de los Estados no coincidieron en conjunto, pero que sí generaron un aporte válido para la formación de un sistema de protección de las inversiones extranjeras, lo cual llevó a que estos comiencen a negociar bilateralmente, concluyendo instrumentos internacionales de promoción y protección recíproca desde el año 1959, y que vienen proliferándose con el paso del tiempo, además de adecuarse a las exigencias globales de la época.

El primer intento de regulación de las inversiones a nivel multilateral fue la redacción de la Carta de La Habana de 1948 de creación de la Organización Internacional del Comercio (OIC), que formaría parte del bloque institucional del nuevo orden económico mundial;³⁹ la misma no comprendía reglas sustantivas de protección, por lo cual no fue respaldada por varios países. La Convención de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico sobre Protección a la Propiedad Extranjera, de 1967 corrió la misma suerte por la falta de ratificaciones.

Más adelante en 1974, se celebraron dos importantes instrumentos declarativos en el seno de las Naciones Unidas: La Declaración sobre el Establecimiento de un Nuevo Orden Económico Internacional que inspiró la Carta de los Derechos y Deberes de los Estados en la que se destaca que todo Estado tiene y ejerce soberanía plena y permanente sobre su riqueza, sus recursos naturales y sus actividades económicas, además de establecer que aquellos tienen el derecho a:

1. Reglamentar y ejercer autoridad sobre las inversiones extranjeras dentro de su jurisdicción conforme a su ordenamiento jurídico y sus prioridades nacionales,
2. Reglamentar y supervisar el desempeño de las empresas transnacionales, las cuales no deben interferir en asuntos internos del Estado receptor, y

³⁸ Barberis, *Fuentes del derecho internacional*, 171-2.

³⁹ El bloque estaría compuesto por el Fondo Monetario Internacional, el Banco de Reconstrucción y Fomento y las normas GATT.

3. Nacionalizar, expropiar o transferir propiedad extranjera siempre y cuando se compense apropiadamente.⁴⁰

Posteriormente, en el marco de la Organización Mundial del Comercio (OMC) se suscribió el Acuerdo sobre Medidas en materia de Inversiones relacionadas con el Comercio (MIC) en el que, sustancialmente, se establece la prohibición de aquellas medidas que afecten el comercio de mercancías que den lugar a efectos de distorsión, disponiendo plazos de eliminación y transiciones excepcionales, y crea un Comité de vigilancia del cumplimiento del acuerdo. Asimismo, señala que las MIC no pueden ser incompatibles con las previsiones del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT, por sus siglas en inglés) en cuanto al otorgamiento de trato nacional y las reglas sobre restricciones cuantitativas.

En caso del primero, se ilustran medidas como la prescripción de la compra o la utilización por una empresa de productos de origen nacional o de fuentes nacionales, específicamente el tipo de producto, el volumen o el valor, o la proporción de aprovisionamiento local en el valor y volumen; y la previsión de la compra o la utilización de productos de importación limitada a una cantidad relacionada con el volumen o el valor de los productos locales que la empresa exporte. Respecto de la incompatibilidad con las disposiciones sobre las restricciones cuantitativas: la importación de productos utilizados en la producción local de una empresa o relacionados con ella, en general o a una cantidad vinculada al volumen o el valor de la producción local que la empresa exporte; la importación de productos utilizados por una empresa en su producción local o relacionados con esta, con el límite al acceso a divisas, a una cantidad relacionada con las entradas de divisas que le sean atribuibles; y la exportación o la venta para la exportación de productos, especificando productos determinados, en términos de volumen o valor de los productos o como proporción del volumen o valor de su producción local.⁴¹

En 1988, el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas aprobó el Código de Conducta de las Empresas Transnacionales en el que se indica que las actividades que estas realicen deben enmarcarse en las políticas, objetivos y

⁴⁰ Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados (1974), art. 2.

⁴¹ Acuerdo sobre Medidas en materia de Inversiones relacionadas con el Comercio (1994), anexo.

prioridades de desarrollo de los Estados anfitriones, y mantener una conducta de cooperación con ellos.

Asimismo, en el seno del Banco Mundial (BM) surgieron dos importantes instituciones. El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados se creó por convenio de 1965, con el propósito de estimular las inversiones poniendo a disposición una instancia neutral de solución de disputas. En 1985, se creó el Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (MIGA, por sus siglas en inglés) con el objeto de fomentar la IED ofreciendo garantías que constituyen seguros contra riesgos políticos y no comerciales.

Con el ánimo de uniformizar un marco normativo sobre el tratamiento de las inversiones, dentro de la OECD se llevaron adelante negociaciones a fin de suscribir el Acuerdo Multilateral de Inversiones, sin embargo fueron interrumpidas en 1998 debido a que los países desarrollados ya habían generado ventajas con los PED, que no cederían fácilmente a otros PD.⁴² Cabe adicionar que a nivel regional, el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) es una referencia significativa que regula el tratamiento de las inversiones, así como las Decisiones de la Comunidad Andina (CAN).

En ese marco, es pertinente hacer una aproximación a: la Decisión 24 de 31 de diciembre de 1970 sobre el Régimen común de tratamiento a los capitales extranjeros y sobre marcas, patentes, licencias y regalías, que sentaba reglas de protección a la inversión extranjera y, a la vez, promovía la capitalización nacional; seguida de la Decisión 220 de 11 de mayo de 1987 que sustituyó a la primera junto a otras relacionadas a la materia, conservando la mayoría de las mismas reglas de control y fomento a la empresa nacional, pero generando más apertura hacia la IED, por ejemplo, mediante la extensión del plazo para la conversión de empresas extranjeras en nacionales a objeto de ser beneficiarios de las ventajas del Programa de Liberalización.⁴³

⁴² Prieto, “Evolución del Derecho Internacional de las inversiones: hacia un régimen global estable”, 20.

⁴³ Comunidad Andina, Decisión 220 de 11 de mayo de 1987, art. 25.

Posteriormente están: la Decisión 291 de 21 de marzo de 1991, actualmente en vigencia, la cual abandonó la lógica proteccionista optando por una línea de apertura, de forma que da a los países andinos la libertad de definir sus políticas de inversiones mediante sus propias legislaciones. A manera de ejemplificar, se tienen normas más flexibles en cuanto a la entrada de capitales, los cuales no requerirían de una autorización sino más bien de su registro por parte del organismo nacional competente, así como el tratamiento del capital neutro proveniente de instituciones financieras internacionales,⁴⁴ figura creada por la Decisión 220. La última norma andina descrita es acompañada de la Decisión 292 de la misma fecha acerca del Régimen de las empresas multinacionales andinas que regula su constitución, funcionamiento y tratamiento especial.

Si bien los Acuerdos de Amistad, Comercio y Navegación celebrados a partir del siglo XVIII por Estados Unidos no constituyen precursores directos de los TBI, si se los considera como el antecedente más remoto en la negociación bilateral del tratamiento de las inversiones por la relación intrínseca mantenida con las actividades comerciales. Es así que en ellos se instituía la litigación a nivel nacional e internacional y la protección individualizada de extranjeros, pues no se contemplaba aún la inversión vía empresarial.⁴⁵

La práctica de la celebración de TBI inició en 1959, con el primer tratado de este tipo suscrito entre Alemania y Pakistán, a quienes les siguieron otros países europeos como Suiza en 1961 y Francia en 1972, los cuales concluyeron sus primeros tratados bilaterales de inversión con Túnez. No obstante, fue en la década de 1990 que se produjo una proliferación de estos instrumentos bajo la figura de acuerdos de cooperación económica mediante los cuales los países se comprometían a promover y proteger recíprocamente las inversiones que realizaran sus nacionales en el territorio del Estado anfitrión.

Las motivaciones de este fenómeno pudieron deberse a la creencia de que los TBI fomentaban las inversiones al ofrecer un marco jurídico internacional que les otorgaría protección siendo motivo de preocupación que estas recibieran un tratamiento adecuado por el significativo flujo de capitales desde una economía a

⁴⁴ Comunidad Andina, Decisión 291 de 21 de marzo de 1991, arts. 3, 17 y 18.

⁴⁵ Sornarajah, *The international law on foreign investment*, 180.

otra que representaba la IED. También se considera que la suscripción masiva de tratados bilaterales en la materia se dio en razón de equiparar las condiciones de competencia entre los PED debido a que estos buscaban atraer inversiones a objeto de que contribuyan a su desarrollo y crecimiento económico, por lo que se comenzó a imitar las conductas respecto del tratamiento de las mismas, de forma que se ofrecían iguales o similares ventajas.

Pero lo que no puede negarse es que la razón más importante de la proliferación de los TBI fue la influencia del neoliberalismo en los regímenes económicos a nivel mundial durante aquel periodo, acompañada de la difusión ideológica por parte de las instituciones financieras internacionales.⁴⁶ De esa forma, es posible señalar a partir de dicha década, dada la nueva lógica en la que se comenzó a desenvolver la economía global, los países fueron adoptando posturas conducentes a la apertura de sus mercados y a la facilitación de las inversiones.

1.3. Relación de los principios del Derecho Internacional con los estándares de protección de las inversiones extranjeras

En los tratados bilaterales de inversión, menos complejos en su negociación, se recogieron estándares basados en principios de derecho internacional que continúan vigentes actualmente, es así que el Derecho Internacional de las Inversiones también se influencia por aquellos proclamados en la Resolución 2625 (XXV) de 24 de octubre de 1970 de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre las Relaciones de Amistad y a la Cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, resumidos de la siguiente manera:

1. Relaciones internacionales en abstención de recurrir a la amenaza y/o al uso de la fuerza,
2. Arreglo de controversias por medios pacíficos,
3. No intervención en asuntos de jurisdicción interna,
4. Obligación de cooperación conforme a la Carta,
5. Igualdad de derechos y libre determinación de los pueblos,
6. Igualdad soberana de los Estados, y
7. Cumplimiento de obligaciones internacionales de buena fe.

⁴⁶ *Ibíd.*, 174.

Se añade que aquellos tratados deberían ser conforme a las fuentes del Derecho Internacional, como son la costumbre internacional y los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas tomando en cuenta lo dispuesto en el artículo 38.1 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

Los principales estándares de protección incorporados en la mayoría de los tratados bilaterales han sido homologados en los señalados instrumentos, así como en otros acuerdos internacionales que comprenden capítulos sobre el tratamiento de las inversiones extranjeras, estableciendo que los Estados contratantes tengan la obligación de proporcionarles protección y un cierto nivel de trato. En cuanto a las obligaciones de protección destaca el otorgamiento de trato justo y equitativo, protección y seguridad plenas y la garantía de la libre transferencia de fondos, mientras que el deber de conceder un cierto nivel de trato se relaciona con el trato de la nación más favorecida y el trato nacional.⁴⁷

1.3.1. Trato justo y equitativo

La primera manifestación de este estándar se halla en los tratados de amistad, comercio y navegación suscritos por Estados Unidos, ejemplo de ello es el tratado con Alemania de 1954 en cuyo artículo I (1) las partes acordaban otorgar un trato justo y equitativo a los nacionales y las compañías de cada Estado parte, así como a su propiedad, sus empresas y otros intereses. También se lo instituye en otros instrumentos como la Carta de la Habana de 1948 para la creación de la OIC; en el proyecto de Código de Conducta de las Corporaciones Internacionales de 1983; específicamente en materia de inversiones, en los Lineamientos para el Tratamiento de la Inversión Extranjera Directa adoptada por el Comité de Desarrollo del panel de Gobernadores del FMI y del BM en 1992, por el cual los Estados se comprometían a brindar un trato justo y equitativo a las inversiones establecidas en el territorio de otro Estado; entre otras incorporaciones como las del TLCAN de 1992 y la Carta de la Energía de 1994.

Es complejo pretender uniformizar el entendimiento del trato justo y equitativo pues el mismo puede reclamarse en relación a varias medidas que un

⁴⁷ UNCTAD, *Trato de la Nación Más Favorecida, Colección de publicaciones de la UNCTAD sobre temas relacionados con los acuerdos internacionales de inversión, II* (Ginebra: Naciones Unidas, 2012), 15-6.

Estado puede tomar. A pesar de ello, es considerado como un estándar absoluto de protección puesto que se aplica a las inversiones independientemente en situaciones determinadas y no refiriéndose al tratamiento de otras provenientes de terceros Estados o nacionales. Su inclusión en los TBI buscaba la protección contra acciones estatales como la cancelación arbitraria de licencias, multas y penalidades injustificadas.

Antes de las interpretaciones arbitrales el calificativo de justo era comprendido con una connotación de equidad, lo cual sugería un balance, un equilibrio, aquello que se consideraría correcto en todas las circunstancias y que sería aceptado por el Derecho Internacional, por lo que el trato justo y equitativo implicaría “una actitud de gobernar basada en un conjunto imparcial de normas que deberían ser aplicadas con una visión de justicia para todas las partes interesadas que puedan verse afectadas por la decisión del Estado en cuestión, incluyendo la población de aquel Estado”.⁴⁸

Rudolph Dolzer y Christopher Scheuer brindan un detalle sobre sus aplicaciones específicas, con base en las interpretaciones de instancias arbitrales como el CIADI, arbitrajes con reglas de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), arbitraje TLCAN y otros.

El primer contexto de aplicación hace referencia a la transparencia, estabilidad y protección de las expectativas legítimas del inversor, que tiene que ver con el marco jurídico sobre las inversiones en el Estado receptor. En ese sentido, un acto contrario al orden legal claramente difundido y que el inversor ha tomado en cuenta previamente al depositar su capital en una economía extranjera, constituiría una violación al TJE, añadiendo que el elemento estabilidad se relaciona con la predictibilidad de aquel marco, el cual no debiera sufrir modificaciones injustificadas.⁴⁹

El segundo criterio es la conformidad con las obligaciones contractuales expresado como vulneración del estándar en su cumplimiento, en razón al deber de

⁴⁸ UNCTAD, *Fair and equitable treatment, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II* (Ginebra: Naciones Unidas, 2012), 7. Traducción propia: “requires an attitude to governance based on an unbiased set of rules that should be applied with a view to doing justice to all interested parties that may be affected by a State’s decision in question, including the host State’s population at large”.

⁴⁹ Dolzer y Scheuer, *Principles of International Investment Law*, 134.

su observancia como instrumento que busca garantizar estabilidad y predictibilidad a los inversores. El siguiente criterio es el de la correcta aplicación de procedimientos y el debido proceso, no solo en el ámbito judicial, sino también en el gubernamental y legislativo, en otras palabras, en cuanto a procedimientos jurisdiccionales y administrativos. La buena fe como elemento básico e inherente al trato justo y equitativo, es el tercer criterio que se relaciona íntimamente con el Derecho Internacional, destacando que, si bien la mala fe no es un componente esencial para la configuración de una infracción al estándar, si se convierte en un agravante. Finalmente queda el criterio de coerción y acoso al inversor por parte del Estado, que puede darse a través de amenazas o presiones.⁵⁰

En la práctica de los tratados, el TJE tiene diferentes manifestaciones, entre ellos existen instrumentos que:

1. no la contemplan,
2. tienen cláusulas autónomas sin hacer referencia al Derecho Internacional,
3. en sus cláusulas si se vinculan al derecho internacional,
4. se asocian al mínimo estándar de tratamiento al extranjero en el marco del derecho consuetudinario internacional, y
5. involucran otros elementos como la denegación de justicia, medidas discriminatorias irracionales, o violación de otras obligaciones del tratado.⁵¹

Vale la pena hacer una breve aproximación a la relación entre el estándar en cuestión y el mínimo estándar de tratamiento al extranjero,⁵² en ese sentido, el último, aparte de que ser considerado como una norma a favor del súbdito de otro país y su propiedad –que todos los Estados deben observar independientemente a sus regímenes legales– y de que se vincula a la denegación de justicia y a la responsabilidad del Estado por daño al extranjero, tiene un significado indeterminado incluso más en materia de inversiones que no ha podido proporcionar soluciones en

⁵⁰ *Ibíd.*, 140-7.

⁵¹ UNCTAD, *Fair and equitable treatment*, 18.

⁵² No obstante, a fin de contar con una idea de sobre el mínimo estándar de trato es indispensable referirse al caso *Neer* de 1926 sobre denegación de justicia por parte de autoridades mexicanas a un imputado extranjero por asesinato, en cuyo fallo se destacó que el tratamiento de un extranjero, a fin de constituir un acto de delincuencia internacional debe producirse como una acción atroz, mala fe, negligencia voluntaria, o cualquier insuficiencia de un acto gubernamental reconocible por cualquiera. En UNCTAD, *Fair and equitable treatment*, 45-6.

controversias actuales, sino más que permitir formular una idea de cómo el Estado receptor no debería comportarse.⁵³

1.3.2. Trato nacional

El estándar de trato nacional se caracteriza por su relatividad en razón a que depende del trato que se da, dentro de un Estado, a un inversor extranjero en comparación con el brindado a uno nacional, y no de un trato basado en principios determinados.⁵⁴ En materia de inversiones extranjeras este consiste en otorgar a las mismas un tratamiento igualmente ventajoso y privilegiado que a las inversiones locales, ello quiere decir que una vez que los capitales extranjeros ingresen en un Estado, este no podrá imponer más requisitos que los establecidos para capitales locales.⁵⁵ Además, este estándar se considera también relativo, debido a que los Estados han asumido posiciones distintas respecto de ella. Por un lado, están los países que optan por una postura de apoyo al tratamiento nacional de las inversiones extranjeras, en razón de aprovechar ventajas, y, de otra parte, están los países que piensan en un mínimo estándar de trato internacional.

Por el TN se entiende que los inversores nacionales y extranjeros deben ser sujetos a las mismas condiciones de competitividad, por lo tanto, ninguna medida gubernamental por parte del Estado receptor podría favorecer excesivamente a los nacionales. Su alcance en cuanto al objeto, abarca más que el comercio de mercancías también el comercio de componentes, tecnología y *know-how*, producción y distribución interna, capitales de financiamiento y la prestación de servicios, ello en virtud de los tratados suscritos al respecto.⁵⁶ Su alcance en el tiempo involucra que el trato nacional deba ser aplicado antes y/o después del ingreso de las inversiones al Estado anfitrión.

Como se señaló precedentemente siguiendo lo planteado por la UNCTAD, la definición del estándar de trato nacional responde a dos entendimientos: en relación al principio de igualdad en el tratamiento de inversiones extranjeras y nacionales y, en cuanto a la posibilidad de otorgar un trato más favorable a las no nacionales. El

⁵³ UNCTAD, *Fair and equitable treatment*, 45-6.

⁵⁴ UNCTAD, *National treatment*, *UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements* (Ginebra: Naciones Unidas, 1999), 6.

⁵⁵ Sornarajah, *The international law on foreign investment*, 202.

⁵⁶ UNCTAD, *National treatment*, 9.

primer entendimiento, *tan favorable como*, hace referencia a que el tratamiento otorgado a los inversores extranjeros no puede ser mejor que el dado a los nacionales, lo cual excluye la posibilidad de demandar un trato preferencial, sin embargo, nada impediría que el propio Estado receptor decida otorgarlo. El segundo entendimiento, *no menos favorable*, establece un trato tan favorable como el recibido por los inversores locales del país anfitrión, teniendo en cuenta que, si bien existe la alternativa de dar un tratamiento más favorable a los capitales extranjeros, esto podría darse en un escenario donde los inversionistas locales reciban un trato por debajo de los estándares internacionales mínimos.⁵⁷

Sobre el contenido sustantivo del estándar del trato nacional puede señalarse tres situaciones: *en las mismas circunstancias*,⁵⁸ que constituye la más restrictiva pues implica el demostrar la identidad de situaciones, especificando el tipo de actividades económicas y/o industriales en las cuales se aplicaría el estándar, ello puede surgir de acuerdos suscritos en un área determinada; *en circunstancias similares*, que son menos restrictivas que las anteriores, en cuyo caso, es necesario determinar que se entendería por similitud de circunstancias dependiendo de hechos concretos; y aquella situación que tiene que ver con tratados que no necesariamente precisan un margen de comparación, como la identidad, la similitud o la indicación específica, lo cual la hace menos restringida.⁵⁹

1.3.3. Trato de la nación más favorecida

Al igual que el trato justo y equitativo, los primeros usos del estándar del trato de la nación más favorecida se remontan a la suscripción de los tratados de amistad, comercio y navegación celebrados por Estados Unidos, en ellos los países se comprometían a brindar dicho trato, pero de forma condicionada bajo las mismas ventajas. Ya de manera incondicional apareció en la Carta de la Habana, sin que esta entrara en vigor, y tomó fuerza mediante su inclusión en el GATT de 1947, siendo posteriormente objeto de estudio de la Comisión de Derecho Internacional de las

⁵⁷ *Ibíd.*, 34-7.

⁵⁸ En comercio exterior, el término “en circunstancias similares” es utilizado a fin de limitar el efecto del trato nacional, sin embargo, tratar de comprender aquello resulta complejo, pues podría dar lugar a un acto de discriminación, perdiendo dicho estándar su objetivo, así como en otras situaciones excepcionales, como en caso de salud pública o la seguridad nacional, siendo que en materia de inversiones no existe precedente de la interpretación de este tipo de excepciones. En Sornarajah, *The international law on foreign investment*, 203.

⁵⁹ UNCTAD, *National treatment*, 28-34.

Naciones Unidas que preparó el Proyecto de artículos sobre las cláusulas de la nación más favorecida que no fue aprobado por la Asamblea General. Más adelante, el estándar comenzó a ser parte de los contenidos de los tratados bilaterales de inversiones.

Específicamente en el campo de las inversiones el TMNF “garantiza que un país receptor otorga al inversor extranjero protegido y a sus inversiones, según proceda, un trato que no es menos favorable que el que concede a los inversores extranjeros de cualquier otro país”.⁶⁰ De la misma manera que el trato nacional, este estándar no es de protección absoluta, sino relativa pues su aplicación depende del tratamiento de un Estado a un tercer Estado, esto quiere decir que los beneficios otorgados por el Estado anfitrión a un Estado A son extensibles un Estado B, en una misma relación bajo la identificación de criterios de comparación. Tampoco comprende un nivel único en razón de que el tratamiento otorgado a extranjeros, en este caso inversiones e inversores, se configura en función a lo que los propios Estados entienden por nivel mínimo de trato o un trato adecuado, en virtud de sus realidades y sus relaciones entre sí.

El objeto de las cláusulas TMNF es el de sentar la igualdad de oportunidades de competencia entre inversores de diferentes países, a fin de que esta no sea distorsionada con base en la discriminación por la nacionalidad.⁶¹ Asimismo, el trato de la nación más favorecida establece garantías antes y después del ingreso de las inversiones al Estado receptor, antes respecto de la entrada sin diferencias y después en el trato de conformidad con sus leyes y reglamentos, también indiferenciado.⁶² Por otro lado, es posible que se admitan excepciones en el otorgamiento del trato, por ejemplo en temas tributarios, cuando se consienten ventajas entre países a través de convenios internacionales para evitar la doble tributación, o cuando se otorgan beneficios derivados de la participación de los Estados en organizaciones regionales de integración económica.

⁶⁰ UNCTAD, *Trato de la Nación Más Favorecida*, 13.

⁶¹ *Ibíd.*, 14.

⁶² Para tener una idea más clara sobre la etapa de entrada puede señalarse que esta tiende a relacionarse con actividades de establecimiento, adquisición y expansión, mientras que la etapa post-entrada comprende la gestión, el mantenimiento, la dirección, la operación, el uso, el disfrute, la venta, la liquidación, o la disposición de las inversiones, tomando como referencia el Acuerdo de asociación económica de Japón y Malasia de 2006.

Respecto de su naturaleza jurídica, el estándar involucra una obligación convencional y no un principio de Derecho Internacional, ello parte de su distinción con el principio de no discriminación, aunque aparentemente pueda deducirse una relación. El TNMF tiene que ver con una prueba comparativa que no es dependiente de cuestiones de arbitrariedad o seriedad, mientras que el principio de Derecho Internacional mencionado prohíbe el tratamiento discriminatorio independientemente del trato a terceros inversores, vinculándose con criterios de arbitrariedad que podrían poner trabas a la inversión.⁶³

1.3.4. Protección y seguridad plenas

También introducido en la mayoría de los TBI, teniendo su origen en los Acuerdos celebrados por Estados Unidos hace dos siglos aproximadamente, el estándar de protección y seguridad plenas es de carácter general, es decir, no es aplicable respecto del tratamiento otorgado a un tercero, inclusive se ha llegado a confundirlo con el trato justo y equitativo.

Por la protección y seguridad plenas se pretende que los Estados parte, en su condición de receptores, implementen diligentemente medidas a fin de proteger las inversiones de efectos adversos que podrían ser provocados por sus propios órganos o por terceros Estados. El deber del Estado de actuar con diligencia da a entender que el estándar no es absoluto en relación a la responsabilidad estatal por transgresiones a la propiedad física o infracciones legales en contra del inversor, pues está obligado a cumplir con el deber razonablemente dependiendo las circunstancias.⁶⁴

Es así que las acciones del Estado no deben estar dirigidas a la afectación de los intereses de los inversionistas sino a protegerlos, inclusive existiendo una tendencia de extender el margen de dicha protección a la obligación del Estado anfitrión a mantener las condiciones de estabilidad de las que goza la inversión.⁶⁵ De otra parte, es importante tener en cuenta la presencia de la cláusula en un TBI, en caso de que en él no se contemplen otras previsiones de similar amplitud como las

⁶³ *Ibíd.*, 22-3.

⁶⁴ Dolzer y Scheuer, *Principles of International Investment Law*, 149.

⁶⁵ Sornarajah, *The international law on foreign investment*, 205.

cláusulas paraguas o del TJE, pues podrá servir de referencia para reclamar la protección y seguridad vulneradas por la aplicación de normas nacionales.⁶⁶

La protección se da contra la violencia física y el acoso, por un lado, cuando se dan actos invasivos por parte de órganos del Estado o de particulares. Asimismo, la protección opera en el ámbito legal dando lugar a la creación de un clima propicio para las inversiones.

Existen instrumentos que vinculan el estándar de protección y seguridad plenas al Derecho Internacional, mientras que otros no. Al respecto, la Comisión del TLCAN ha sostenido que el mencionado estándar refleja los mismos elementos del trato mínimo a extranjeros conforme al Derecho Internacional General, incluso mediante jurisprudencia arbitral se ha llegado a dar una interpretación que sugiere la trascendencia al mismo.⁶⁷

1.3.5. Cláusula paraguas

La cláusula paraguas es una disposición incluida con cierta frecuencia en los tratados bilaterales de inversión que tiene por fin garantizar la observancia de las obligaciones relacionadas a inversiones, de parte de los Estados suscriptores. Sus raíces se asientan después de 1945, en las controversias posteriores acerca del estatus de los contratos como acuerdos internacionales de inversiones, pero sometidos al derecho local o, alternativamente, a medidas en el marco del Derecho Internacional, siendo luego que se comenzó a pensar si el derecho nacional gozaba de la suficiente estabilidad a fin de justificar los costos de proyectos de inversión a gran escala, de ahí que se asimilaba que las cláusulas paraguas servía de puente entre los contratos privados, el derecho local y el derecho internacional con el objeto de brindar más seguridad la inversor extranjero.⁶⁸

La atención académica poco se ha concentrado en la cláusula paraguas, es así que los pocos autores que la han estudiado se orientan por un entendimiento que equipara la violación de obligaciones comprendidas en contratos de inversión a transgresiones a nivel del Derecho Internacional. No obstante, desde 2003 la

⁶⁶ Dolzer y Scheuer, *Principles of International Investment Law*, 149.

⁶⁷ Nota interpretativa de la Comisión de Libre Comercio del TLCAN de 31 de julio de 2001, y Fallo de la Corte Internacional de Justicia de 1989 en el caso *Eletttronica Sicula S.p.A. (EEUU c. Italia)*, referidos por Dolzer y Scheuer, *Principles of International Investment Law*, 153.

⁶⁸ *Ibíd.*, 154-5.

jurisprudencia toma caminos divergentes observando un nuevo entendimiento convencional que indica que la cláusula tiene un alcance amplio cuestionando que tenga que ser interpretada de una forma determinada.⁶⁹

1.3.6. Previsiones relacionadas a la protección de las inversiones extranjeras

Los autores Dolzer y Scheuer incluyen dentro de los estándares de protección otros aspectos relevantes regulados en los tratados bilaterales de inversión, como:

1. *Acceso a la justicia, debido proceso y denegación de justicia*: A pesar de que podrían formar parte de las obligaciones devenidas de los estándares de trato justo y equitativo (en su faceta procedimental), y de seguridad y protección, cabe especificar que, como estándar de protección, proyecta principios –que también rigen en el Derecho Internacional– en relación a las tres etapas del proceso, que reflejan la necesidad y la obligación de los Estados de establecer sistemas judiciales idóneos a nivel internacional y nacional.⁷⁰
2. *Emergencia, necesidad, conflictos armados y fuerza mayor*: Para el derecho consuetudinario internacional rige el principio de no responsabilidad del Estado receptor en caso de contiendas y desorden sociales, pues este tiene el deber de actuar con debida diligencia a fin de preservar los derechos de los extranjeros, de todas formas, el principio es relativo debido a que cada caso tiene sus particularidades. En la práctica, algunos tratados de protección de inversiones incluyen la previsión y otros no, lo cual no quiere decir que no sea una obligación para el Estado, sino que si lo es tácitamente considerándolo como un principio de Derecho Internacional. Lo que es primordial es saber que este tipo de situaciones extraordinarias son de interés tanto del Estado anfitrión como del inversor, para uno, por la preocupación sobre cómo lidiar con las mismas sin incurrir en responsabilidad y, para el otro, por la protección que se le brindaría en esas circunstancias.⁷¹

A propósito de eximir al Estado receptor de responsabilidad internacional existe el presupuesto de emergencia, el cual es condicionado dependiendo el caso. Mientras que el principio de fuerza mayor se configura ante la imposibilidad por

⁶⁹ Dolzer y Scheuer, *Principles of International Investment Law*, 154-6.

⁷⁰ *Ibíd.*, 162-4.

⁷¹ *Ibíd.*, 166-7.

parte del Estado de cumplir una obligación debido a que el evento está fuera de su control.⁷²

3. *Preservación de derechos*: El objeto de esta previsión es el de mejorar el clima de las inversiones y no derogar los derechos de los inversores garantizados en los tratados y en la legislación local.⁷³
4. *Medidas arbitrarias o discriminatorias*: La regla es su prohibición en razón a que rige el Estado de Derecho, además de considerar que cuando hay arbitrariedad también se estaría incurriendo en una infracción del trato justo y equitativo.⁷⁴ La discriminación puede darse por distintas razones; en materia de inversiones la causa más común es la nacionalidad, en cuyo caso podría presentarse un escenario de posibles vulneraciones a los estándares de trato nacional y de trato de la nación más favorecida.⁷⁵
5. *Transferencia de fondos*: Por su importancia en relación al desarrollo de la política monetaria del país receptor y los intereses de los inversores, su derecho a transferir fondos hacia o desde el Estado anfitrión forma parte de las previsiones de los TBI. Por lo general, este derecho se encuentra restringido a la relación que guarda dicha operación con las actividades propias de la inversión; en ocasiones los tipos de pago son especificados comprendiendo ganancias, dividendos, intereses, otros ingresos, fondos de financiamiento, liquidaciones, pagos contractuales, regalías, entre otros. Igualmente, algunos tratados establecen la posibilidad de transferencia en divisas libremente convertibles. De otra parte, en la práctica reciente, los Estados suelen aplicar restricciones en marco del derecho a regular, como:
 - a) Restricción de retiro de capitales un año posteriormente a su entrada,
 - b) Restricciones a la transferencia por periodos en los que medien circunstancias de afectación de la política monetaria, y

⁷² *Ibíd.*, 168-71.

⁷³ *Ibíd.*, 172.

⁷⁴ S. Vascannie, "The Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law and Practice" *British Year Book of International Law* (1999), 133, citado por Dolzer y Scheuer, *Principles of International Investment Law*, 175.

⁷⁵ Dolzer y Scheuer, *Principles of International Investment Law*, 176-7.

- c) Restricción de la provisión de servicios financieros extraordinariamente para mantener la seguridad, integridad o por responsabilidad de las instituciones financieras.⁷⁶

Las cláusulas que contienen los estándares de protección abordados son negociadas a fin de alcanzar el objetivo de los tratados que es el de llegar a un régimen de protección y promoción equilibrado para las inversiones extranjeras generando un ambiente de seguridad y estabilidad pero que se ajuste a las metas de desarrollo de los Estados receptores. Afrontar los retos de un camino hacia el desarrollo sostenible –como la tendencia lo sugiere– significa una evolución en la práctica de celebración de acuerdos internacionales de inversión, sea mediante la inclusión de nuevas cláusulas o la actualización de las tradicionalmente dispuestas en torno a: la introducción de compromisos concretos que promuevan y faciliten la inversión para el DS, el balance de los compromisos estatales y las obligaciones del inversor, la garantía del equilibrio entre la protección y la regulación para el desarrollo, y el velar porque los Estados anfitriones no sean sujetos a responsabilidades injustificadas y altos costos procedimentales.⁷⁷

1.4. Tendencia de la celebración de acuerdos internacionales de inversión

Los contenidos de los acuerdos bilaterales de inversión resultan amplios hasta a veces vagos en ciertos casos, siendo cierto que la interpretación jurisprudencial ha proporcionado ideas más claras sobre la configuración de sus elementos, pues los mismos se aplican de distintas formas dependiendo de los factores que intervienen en la actividad de inversión. Pese a ello, hay cierto riesgo debido a que, al existir varias instancias de solución de controversias y multiplicidad de casos, entre los cuales existe la posibilidad de encontrar similitudes, puede darse una situación de divergencia lo que complejizaría la comprensión de dichos contenidos. Es así que en tratados recientes se ha verificado la inclinación por técnicas de acotación del alcance de las interpretaciones amplias, por ejemplo, en la definición de los términos inversión e inversor.⁷⁸

⁷⁶ *Ibíd.*, 191-4.

⁷⁷ UNCTAD, *Investment Policy Framework for Sustainable Development*, 39-40.

⁷⁸ UNCTAD, *Alcance y definiciones*, 5.

Otro tema que ha sido cuestionado en los contenidos tradicionales de los TBI es la inclusión de cláusulas de solución de controversias. Además de aquellas previsiones para la resolución de una diferencia entre Estados, exclusivamente, derivada de la aplicación o de la interpretación del instrumento internacional, los TBI contemplan cláusulas para el arreglo de controversias Estado-inversor. Las últimas han sido incorporadas como forma de desplazamiento de la protección diplomática, la cual podría haber sido ejercitada por parte del Estado de origen si un inversor de su nacionalidad lo requiriera en caso de la infracción de sus derechos como tal, sin embargo, ello representa dificultades pues, en la práctica, la protección diplomática resulta ser potestativa, sin olvidar que el endoso transformaría la problemática en un conflicto entre Estados, lo que traería consecuencias políticas para estos.

Ante ese escenario, los tratados bilaterales de inversión contemplan distintas opciones de proceder ante una eventual diferencia entre Estados e inversores extranjeros habiendo recogido algunos métodos alternativos de solución de conflictos reconocidos por el Derecho Internacional. De esa manera, a través de la negociación, se da a las partes la opción de hallar una solución amistosa retomando el equilibrio en la relación jurídica dentro de un periodo de tiempo, antes de recurrir a algún otro mecanismo. Haciendo referencia a una fase ya contenciosa, en muchos tratados se ha incorporado la solución de controversias por parte de tribunales locales del Estado receptor, sea como requisito previo a acudir al arbitraje internacional o como opción junto a este.

Por otro lado, la conciliación y el arbitraje, también son métodos considerados en los TBI. En la práctica, la conciliación no es precisamente la vía más habitual por la que los Estados y los inversores ponen fin a una situación conflictiva, pues a través de ese medio no se llega a una solución definitiva, debido a no se trata de un proceso litigioso en sí, sino más bien se procura acercar a las partes para que estas lleguen a un acuerdo de forma acompañada con la intervención de un tercero, incluso es considerada como condición previa al arbitraje. Respecto de este, su abordaje en los tratados bilaterales de inversión es opcional, esto quiere decir que existen dos formas de arbitraje, uno institucional y otro *ad hoc* entre los cuales se puede elegir. El institucional ofrece a las partes resolver la diferencia en un tribunal permanente dotado de sus propias reglas de procedimiento, como el CIADI por ejemplo, mientras que mediante el arbitraje *ad hoc* se deberá conformar un tribunal para el caso

concreto, ejemplo de ello se encuentra en las disposiciones sobre el arbitraje de acuerdo a las reglas del CNUDMI. Por último, sobre este método es posible indicar que es el más utilizado para el arreglo de diferencias Estado-inversor, por su resultado vinculante, su naturaleza formal y su carácter privado.

La materialización de estas cláusulas acentúa las obligaciones para los Estados en su faceta de receptores de la inversión, pues son los inversores quienes resultan demandándolos por la falta de cumplimiento de lo previsto en un TBI, sin que se haya puesto mucho énfasis en aquellas que el inversor debería cumplir, por lo que existiría un panorama de desequilibrio.

La visión sobre el rol de la inversión extranjera está cambiando y orientándose hacia una lógica no solo de ganancia privada sino también de desarrollo con atención de temas sociales y ambientales. De acuerdo a lo descrito precedentemente, la UNCTAD, en su tarea de proporcionar una guía para la elaboración de políticas públicas para afrontar los retos globales sobre el tratamiento de la IED, no solo ha trabajado en lineamientos vinculados al desarrollo sostenible en el marco nacional sino también en el internacional relacionados a la celebración de acuerdos internacionales, como tratados bilaterales de inversión, mediante tratados de libre comercio (TLC)–ya sean bilaterales o regionales en los cuales no es extraño que se incluyan apartados sobre el tratamiento de las inversiones extranjeras, por ejemplo el TLCAN–, acuerdos de alianza económica y acuerdos regionales, como una necesidad de balancear obligaciones y de lidiar con la complejidad de los múltiples instrumentos internacionales suscritos.

En ese contexto, al momento de suscribirse acuerdos internacionales que reglen el tratamiento de las inversiones extranjeras será necesario considerar la política nacional no debiendo existir contradicciones con la estrategia internacional, debe haber entonces una relación de coherencia entre ellas. Al incluir en los acuerdos internacionales de inversión elementos en pro del desarrollo sostenible, se debe poner atención a los espacios de decisión por política pública, por ejemplo, al establecer excepciones; al equilibrio de obligaciones para los Estados e inversores; y a las medidas de promoción efectiva.⁷⁹

⁷⁹ UNCTAD, *Investment Policy Framework for Sustainable Development*, 36.

Ahora bien, la tendencia en cuanto a la política internacional de inversiones refleja una continuidad en la celebración de acuerdos internacionales, que, en 2014, llegaron a 3,271 (2,926 TBI y 345 otros AII), número al que se suman cinco tratados suscritos entre enero y abril de 2015. Con estos instrumentos han sido perceptibles los esfuerzos de los países a fin de modernizarlos y ampliar la dimensión del desarrollo sostenible en uso de la herramienta IPFSD como referencia. Al mismo tiempo, se ha notado que los países vienen denunciando sus TBI, como optó Sudáfrica con la terminación de sus tratados con Austria, Dinamarca y Alemania. Por otra parte, algunos Estados han iniciado procesos de revisión de sus modelos de AII.⁸⁰

La propuesta plasmada en el IPFSD se divide en tres secciones: posterior al establecimiento, anterior al mismo y tratamiento especial y diferenciado. Resultaría demasiado extenso explicar todas las sugerencias incluidas en el mencionado documento, por lo que se hará referencia a las más relevantes.

En la primera sección se abarcan lineamientos opcionales respecto a cada parte o tópico contemplados en la mayoría de los tratados. De esta manera, en el preámbulo se sugiere añadir el componente de responsabilidad en la atracción de inversiones y su contribución al desarrollo sostenible, a fin de que haya un balance en la interpretación, y no solo se tome en cuenta el fin de crear condiciones favorables para las inversiones. En cuanto a la definición de los términos inversión la recomendación principal va en sentido de que la lista de activos sea más exhaustiva o se excluyan activos específicos como instrumentos de deuda soberana e inversiones de cartera no vinculadas a la IED, además de contemplar requisitos como su impacto positivo en el desarrollo del Estado anfitrión.

En cuanto a los estándares de protección, en el caso del trato nacional se sugiere introducir reservas específicas en políticas respecto de poblaciones vulnerables o empresas de determinado tamaño, o incluso omitir la cláusula, lo que se adecuaría a las expectativas de países de políticas económicas reticentes a flexibilizar su derecho a regular en cuanto a la discriminación en favor de la inversión local, en esa situación, también podría adaptarse la redacción en sentido de la obligación del trato nacional *sujeta a las leyes y regulaciones internas*. Sobre el

⁸⁰ UNCTAD, *World Investment Report 2015*, 106, 108 y 110.

estándar del trato de la nación más favorecida se propone, asimismo, la especificación de excepciones y reservas, pero no se contempla la eliminación de la cláusula correspondiente. Sobre el trato justo y equitativo se recomienda referirse al mínimo trato al extranjero y/o a principios de Derecho Internacional, así como la descripción de las obligaciones que implica el otorgar aquel estándar de trato.

Estas sugerencias de lineamientos han sido observadas por algunos países en cierta medida. Brasil, al suscribir los Acuerdos de Cooperación y Facilitación de la Inversión (CFIA, por sus siglas en inglés), incluyó en su modelo provisiones sobre el trato nacional en sujeción a la ley aplicable, además del trato de la nación más favorecida. En el caso de Alemania, el Ministerio Federal de Asuntos Económicos y Energía publicó en mayo de 2015 un memorándum, *Gutachten*, acerca de un modelo de TBI para con los PED con un sistema legal en funcionamiento. La intención en este modelo es resguardar el derecho del Estado a regular a través de políticas públicas excepcionales, dando opciones para conferir derechos (a los inversores extranjeros) no más amplios que aquellos que gozan los nacionales, de tal forma que se clarifica el contenido de la cláusula de trato justo y equitativo.⁸¹

India, con su nuevo modelo de TBI que continua en proceso de revisión, plantea innovaciones sobre temas como el trato nacional, siendo aplicable en *circunstancias similares*, además de una lista de alcance del trato equitativo, en la cual se establecen obligaciones de los Estados. Indonesia, al mismo tiempo que se embarca en un proceso de denuncia de sus TBI, también se encuentra desarrollando un nuevo modelo de tratado para su negociación. De acuerdo al mismo, el estándar del trato nacional se sujetaría a excepciones relacionadas con un trato especial en favor de pequeñas y medianas empresas e inversiones, y medidas que afecten los recursos naturales. Asimismo, se aclara el alcance del TJE.⁸²

Respecto de la expropiación se plantea especificarla de forma que su compensación sea pronta, adecuada y efectiva, entendiendo que la falta de uno de estos elementos daría lugar a una reparación total. En ese sentido, Brasil incluye en sus CFIA una previsión relacionada a la expropiación. Mientras, Alemania se esfuerza por precisar aquel estándar en comparación con lo dispuesto en el borrador

⁸¹ UNCTAD, *World Investment Report 2015*, 108-9.

⁸² *Ibíd.* 109-10.

de Acuerdo Integral de Economía y Comercio entre Canadá y la Unión Europea. Noruega, en su nuevo modelo de TBI abierto a consulta pública en mayo de 2015, circunscribe la expropiación indirecta *en circunstancias excepcionales*.⁸³

Sobre la transferencia de fondos, el lineamiento consiste en adicionar una lista de calificación de transferencias, establecer excepciones como en caso de riesgo de afectación a la situación macroeconómica del país receptor o por balanza de pagos, y reservar el derecho de aquel Estado a restringir las transferencias por obligaciones tributarias, insolvencia o bancarrota de la empresa, prevención de lavado de dinero, entre otros. También se sugiere incorporar medidas que reflejen transparencia y acceso a la información tal como la publicación de leyes, otras regulaciones, procedimientos y tratados sobre inversiones. En cuestión de personal, es una recomendación incluir consideraciones sobre la facilitación del nacionales y no nacionales en el territorio de la otra parte que vayan a desempeñar actividades con relación a la inversión, de conformidad con las leyes sobre migración, sea cubriendo el caso de todo el personal y sus familias o solo ejecutivos y personal clave. Se toma en cuenta el establecimiento de excepciones de política pública, en otras palabras, que el Estado receptor pueda actuar de forma incompatible con el tratado, pero solo bajo circunstancias excepcionales, como cuando deba prevalecer la seguridad nacional o la paz y seguridad internacionales, además de especificarse el tipo de medidas.

En lo que respecta al arreglo de diferencias se plantea garantizar el derecho de los inversores a recurrir a instancias de arbitraje internacional, establecer que tipos de disputas encajarían en la categoría de Estado-inversor, promover el uso de medios alternativos de solución de controversias como la conciliación y cooperar en el desarrollo de mecanismos de prevención de diferencias, y esclarecer en qué áreas específicas el Estado receptor no se sometería a un arreglo de diferencias con un inversor.

En respuesta a esas preocupaciones generadas acerca del funcionamiento del sistema de solución de controversias entre inversor y Estado, la UNCTAD propuso cinco vías de reforma como: la promoción de vías alternativas de solución de diferencias, la modificación del sistema actual mediante AII individuales, la

⁸³ *Ibíd.*

limitación del acceso de los inversores al sistema, la introducción de un mecanismo de apelación y la creación de un tribunal internacional permanente de las inversiones. Ello, proponiendo a los Estados interesados la evaluación de su actual sistema sopesando las opciones disponibles a fin de la implementación de medidas concretas de reforma, en consideración de esfuerzos colectivos multilaterales que pudieran contribuir a crear consenso sobre las vías más adecuadas de reforma y los modos de ponerla en práctica.⁸⁴ En este ámbito, es destacable que el Acuerdo de Asociación Económica entre Australia y Japón no prevé una cláusula de solución de controversias entre Estado e inversor, y en el caso de Brasil, los CFIA dan preponderancia a la labor de un Comité Conjunto compuesto por representantes gubernamentales de las partes contratantes, a fin de resolver amigablemente posibles desacuerdos, además de incluir un mecanismo obligatorio de prevención de conflictos antes de iniciarse un proceso de arbitraje entre Estados.⁸⁵

Por otro lado, se recomienda introducir obligaciones para los inversores como el reconocimiento de estándares de la Organización Internacional del Trabajo o los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre las Empresas y los Derechos Humanos, y la observancia de estándares de responsabilidad social corporativa.

La sección segunda trata aspectos sobre la fase previa al establecimiento de las inversiones extranjeras en la cual se sugiere la extensión del trato nacional y/o del trato de la nación más favorecida como derecho del inversor sujeto a restricciones de política pública. En la última sección sobre el trato especial y diferenciado, se sugiere la implementación de obligaciones asimétricas traducida en: la contemplación de una programación del tiempo en que se demoraría en aplicar las reglas sobre obligaciones previas al establecimiento, transferencia de fondos, trato nacional y otros, por parte del país que se considere menos desarrollado; la reducción de la rigidez de las normas, por ejemplo, respecto de los requerimientos para el desempeño de las inversiones; el establecimiento de reservas a las obligaciones generales; y la promoción de una interpretación de los estándares de protección tomando en cuenta los niveles de desarrollo de las partes. Adicionalmente, se sugiere la

⁸⁴ UNCTAD, *Informe sobre las Inversiones en el Mundo 2013, Panorama General, Las cadenas de valor mundiales: Inversión y Comercio para el Desarrollo* (Ginebra: Naciones Unidas, 2014), 20.

⁸⁵ UNCTAD, *World Investment Report 2015*, 106 y 108.

complementación de los compromisos asumidos con la obligación de proporcionar asistencia técnica y la promoción de inversión externa mediante incentivos.

Capítulo segundo

Configuración del régimen de inversiones extranjeras en el marco jurídico boliviano

2.1. Comportamiento histórico de la inversión extranjera en Bolivia y su tratamiento normativo

La economía boliviana se ha caracterizado por asentarse en la explotación de recursos naturales no renovables y la captación de capitales extranjeros, combinados con aportes privados nacionales. Haciendo una brevísima reseña, puede identificarse que desde la Colonia española y durante las primeras décadas a partir del nacimiento de la República en 1825 hasta finales del siglo XIX, la plata fue el recurso más explotado, lo cual configuró el surgimiento de un empresariado conformado por una élite local que, en razón de la crisis de aquel mineral, apostó por el fortalecimiento del viejo mercado minero recurriendo a capitales europeos y chilenos.⁸⁶

Posteriormente, entre 1879 y 1935, la economía boliviana sufriría un debilitamiento por la insuficiencia de sus instituciones, su inestabilidad política, y sus pérdidas territoriales y de vidas humanas causadas por enfrentamientos bélicos⁸⁷, periodo en el que rigió una lógica normativa liberal, dado que los preceptos de la primera Constitución promulgada en 1826 (no solo en materia económica) mostraron una tendencia claramente abierta cuyo espíritu fue seguido en las modificaciones que le siguieron, con algunas variaciones en 1834, 1839, 1843, 1851, 1861, 1868 y 1878 –relacionadas con la abolición de la esclavitud; la no prohibición de ningún género de trabajo e industria opuesto a las costumbres, salubridad y seguridad; propiedad intelectual; atribuciones de Concejos Municipales en materia tributaria– hasta 1880 año en el que se promulgó una de las Constituciones que tuvo mayor vigencia en Bolivia y la última que se enmarcaba en el constitucionalismo liberal en sentido estricto, culminando con el apego a principios que no concebían que el Estado

⁸⁶Javier Luna, *Las instituciones y el rol del Estado en la economía una mirada al caso boliviano* (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador/ Ediciones Abya- Yala/ Corporación Editora Nacional, 2009), 60.

⁸⁷ Guerra del Pacífico, 1879-1880; Guerra Civil, 1880-1899; Guerra del Acre, 1899-1913; y Guerra del Chaco, 1932-1935.

intervenga en la economía y limite su accionar principalmente a las tareas de defensa, orden público, relaciones exteriores, justicia y hacienda.⁸⁸

A partir de 1938, la Constitución Política del Estado continuó siendo modificada con la introducción de disposiciones que nutrieron el estatuto básico de las inversiones extranjeras, considerando que las reformas previas ya habían incorporado algunos elementos esenciales, como el derecho a la propiedad privada y su inviolabilidad, la expropiación justamente indemnizada, la protección de la propiedad intelectual, y la protección por parte del Estado del trabajo y el capital como factores de producción.

A raíz de las consecuencias políticas y económicas que las guerras trajeron al Estado, los cambios constitucionales se orientaron a su intervención en la economía, es así que, en la Constitución de 1938, pueden destacarse las siguientes disposiciones, aclarando que a ella le siguió la reforma de 1947 en la cual no se contemplaron variaciones en el ámbito económico:

- artículo 6.b, acerca de la dedicación al trabajo, la industria y el comercio condicionados a no perjudicar el bien colectivo, lo que se traduce en la libertad de empresa;
- artículo 17, en el cual se añadió el requisito de la función social para la configuración del derecho a la propiedad;
- artículo 18, que indicaba que las personas individuales o empresas extranjeras, en relación a la propiedad, se encontrarían en igualdad de condiciones respecto de los bolivianos sin que puedan invocar ninguna situación de excepcionalidad ni apelar a reclamaciones diplomáticas, salvo en caso de denegación de justicia;
- artículo 19, que establecía la prohibición a los extranjeros de adquirir o poseer suelo ni subsuelo, bajo pena de pérdida a favor del Estado, con excepción de declaración de necesidad mediante ley;
- artículo 20, señalando la consideración como nacionales de todas las empresas establecidas para explotaciones, aprovechamiento o negocios en el país, sometiéndolas a la soberanía, a las leyes y a las autoridades nacionales;

⁸⁸ Carlos Alberto Goitia Caballero, *Constitución, Estado y Economía, Intervención del Estado en la economía en las constituciones de los países miembros de la Comunidad Andina* (La Paz: Azul, 2006), 235-6.

- artículo 58.8, mediante el cual se asignaba al Poder Legislativo la atribución de conceder subvenciones o garantías de interés para la construcción de ferrocarriles, canales, carreteras y demás empresas de vialidad,⁸⁹ y
- artículo 107, sobre el dominio originario de bienes del Estado y su adjudicación a particulares mediante ley.

Con el desplome del precio de la plata y la cada vez más creciente demanda internacional del estaño, esta nueva materia prima pasó a ser el eje de la explotación minera, actividad reservada para tres empresarios quienes controlaron la economía boliviana hasta principios de los años cincuenta. Uno de ellos fue Mauricio Hochschild, de origen judío-alemán, lo cual significó una concentración de la riqueza en manos de élites minoritarias, en un ambiente de desigualdad económica y social que dio lugar a la revolución nacional de 1952.⁹⁰ Dicho evento, a su vez, trajo como resultado transformaciones en la economía a través de medidas como la reforma agraria y la nacionalización de las minas; sin embargo, se dio muestra de que las nuevas concepciones estatistas tenían matices que apuntaban a la necesidad de la inversión extranjera para potenciar la explotación del petróleo⁹¹ que, como consecuencia de un mal manejo de la situación económica durante la década de los ochenta, condujo a Bolivia a enfrentar el más agudo índice de hiperinflación en su historia llegando al 1.870% y a inquietantes indicadores macroeconómicos,⁹² a pesar los efectos de las regulaciones derivadas de la revolución que buscaban convertir al país en un verdadero empresario.⁹³

En esa etapa, sobresale la reforma constitucional de 1961 que en su artículo 165 señaló la falta de reconocimiento del latifundio, garantizando la existencia de propiedades comunitaria, cooperativa y privada, tomando en cuenta el dominio originario del Estado sobre el suelo y el subsuelo con sus riquezas naturales, aguas

⁸⁹ Modificación realizada partiendo de que el Estado tomó conciencia de su necesidad de contar con vías de comunicación cuya deficiencia lo llevó a enfrentar dificultades en las guerras sostenidas.

⁹⁰ Liderada por el Movimiento Nacionalista Revolucionario, partido político gestado después de la Guerra del Chaco entre Paraguay y Bolivia (1932-1935 con el consiguiente agotamiento militar y críticas a la clase gobernante, surgiendo como una alianza entre la clase media y sectores obreros con principios nacionalistas y revolucionarios.

⁹¹ Carlos Diego Mesa Gisbert, Teresa Gisbert Carbonell, y José de Mesa Figueroa, *Historia de Bolivia*, 6a. ed. aum. (La Paz: Gisbert, 2007), 502.

⁹² Luna, *Las instituciones y el rol del Estado en la economía una mirada al caso boliviano*, 75.

⁹³ Por la administración de empresas estatales como la Corporación Minera de Bolivia, la Empresa Nacional de Ferrocarriles, la Empresa Nacional de Telecomunicaciones (ENTEL), el Lloyd Aéreo Boliviano y Yacimientos Petrolíferos Fiscales Bolivianos (YPFB), sumadas a otras de menor escala.

lacustres, fluviales y termales, así como elementos y fuerzas físicas susceptibles de aprovechamiento, y la autorización de su concesión y adjudicación bajo ley; con el artículo 57.20 se reconocía la necesidad de la actividad privada en la prestación de servicios públicos al otorgar la facultad de aprobar o modificar los contratos respectivos; por otro lado, con el artículo 145 resaltaba la planificación estatal en la cual se contemplaba el estímulo y la cooperación del Estado a la iniciativa privada cuando esta contribuyera al mejoramiento de la economía nacional.

En 1960, fue promulgada la primera Ley de Fomento a la Inversión⁹⁴ la cual fue complementada, en 1965 con el Decreto Ley N° 7366 el cual establecía la necesidad de canalizar el capital privado a actividades productivas y otorgar incentivos a las inversiones como la liberación de aranceles e impuestos para la importación de maquinaria y materia prima, la reducción de timbres en las actividades de constitución y aumento de capital, la exención tributaria, entre otros. Junto con el Decreto Ley N° 7900 promulgado el mismo año, ambas normas contendrían previsiones sobre la libre disponibilidad y convertibilidad en las transferencias de capitales provenientes del exterior debidamente registrados, la indemnización por expropiación y el consecuente derecho a repatriación del monto que correspondiera por la misma; también se creó el Instituto Promotor de Inversiones en Bolivia.

La Constitución de 1967, en términos generales, mantuvo el contenido de la de 1961, sin embargo, en el ámbito económico es resaltable la modificación del artículo 133 cuyo tenor indicaba que “El régimen económico propenderá al fortalecimiento de la independencia nacional y al desarrollo del país mediante la defensa y el aprovechamiento de los recursos naturales y humanos en resguardo de la seguridad del Estado y en procura del bienestar del pueblo boliviano”. Esta Constitución tuvo vigencia hasta 1994.

En sustitución de la legislación descrita, se promulgo el Decreto Ley N° 10045 de 12 de diciembre de 1971 sobre el tratamiento especial de las inversiones nuevas nacionales y/o extranjeras y reinversiones concretadas en industria, minería, agricultura, ganadería, recursos naturales renovables, construcción y turismo, pues en

⁹⁴ CEPAL, *Directorio sobre inversión extranjera y empresas transnacionales: caso Bolivia*, LC/R.865/Add.4, 15 de diciembre de 1989. Distribución restringida. BCB, BO/332.6739S C733b.

cuanto al petróleo y al gas se contaba con legislación particular. Este decreto contemplaba beneficios a través de incentivos tributarios y otros, como las concesiones de tierras para la explotación agropecuaria.

Con carácter previo, habrá que añadir que mediante el Decreto Ley N° 9798 de 30 de junio del mismo año, se aprobó el régimen comunitario de tratamiento a los capitales extranjeros y sobre marcas, patentes, licencias y regalías, determinado por la Decisión 24 de la CAN, norma supranacional de aplicación inmediata y efecto directo, en la cual se definía la inversión extranjera directa como “los aportes provenientes del exterior de propiedad de personas naturales o empresas extranjeras, al capital de una empresa, en monedas libremente convertibles, plantas industriales, maquinaria o equipos, con derecho a la reexportación de su valor y a la transferencia de utilidades al exterior” además de incluir las inversiones en moneda nacional provenientes de recursos a remitir al exterior; cabe verificar que se excluyen algunos elementos que son convencionalmente contenidos en la definición de los TBI, sin embargo, es interesante ver como se contempla un derecho que, por lo general, es abordado separadamente y de manera más desarrollada.

Asimismo, en 1974, surgieron normas complementarias a dicho régimen como los Decretos Supremos N° 11450, N° 11751, N° 11774 y N° 1155, que regían aspectos como el establecimiento de instituciones financieras extranjeras destinadas a promover el desarrollo intensivo de las actividades productivas del país.

Más tarde en 1981, se reemplaza el anterior Decreto N° 10045 por el Decreto Ley N° 18751 que proporcionó mayores garantías para las empresas inversoras estableciendo un régimen de franquicias fiscales con exenciones en el régimen arancelario de importación y en los impuestos directos; para su ejecución se creó el Instituto Nacional de Inversiones (INI) que también tendría la función de administrar y ejecutar la Decisión 24 de la CAN sustituida por la Decisión 220 en 1987. Dentro de ese periodo, la política económica dio un giro siendo definida con la promulgación del Decreto Supremo N° 21060 de 29 de agosto de 1985, que veía al mercado como único agente asignador de recursos, desmantelando al Estado empresario con la implementación de una economía liberal vinculada a la lógica de mercado.

En 1989, dentro de la Estrategia Nacional de Desarrollo Económico se formuló una política concreta en materia de inversiones extranjeras, proponiendo un Sistema Nacional de Inversiones. Así, en el sector minero aparece la figura del *joint venture* y, en hidrocarburos se autoriza la celebración de contratos de operación conjunta entre Yacimientos Petrolíferos Fiscales Bolivianos y empresas privadas. También en el citado año, a través del Decreto Supremo N° 22268, se crea el Consejo Promotor de Exportaciones y el Instituto Nacional de Promoción de Inversiones tras la disolución del INI.

Los siguientes años se enmarcaron en una nueva lógica económica que propugnaba reformas estructurales recomendadas por el Fondo Monetario Internacional (FMI) y el Banco Mundial las cuales consistían en la reducción de la presencia del Estado y su casi abstención en la economía.⁹⁵ De esta forma, se tomaron acciones como la privatización y la capitalización, entre otras, que permitieron una significativa implantación de capitales extranjeros en Bolivia.

El marco legal general se desarrolló mediante la asunción de las siguientes disposiciones normativas:

1. La Ley N° 1182 de 17 de septiembre de 1990 –en ese entonces la nueva ley de inversiones– que garantizaba: el derecho a la propiedad para inversiones nacionales y extranjeras; un régimen de libertad cambiaria sin restricción para el ingreso y salida de capitales, ni la remisión al exterior de dividendos, intereses y regalías, sujetos a tributación; la libre convertibilidad de la moneda; la libre contratación de seguros en el país o en el exterior; la libertad de importación de bienes y servicios; la libertad de producción y comercialización de los mismos y la determinación de precios; el sometimiento de diferencias a tribunales arbitrales;⁹⁶ y la posibilidad de acogerse a otros incentivos aprobados. Por otra

⁹⁵ La reducción de la presencia del Estado y casi abstención en la economía devino de la aplicación de un Programa de Reajuste Estructural diseñado por el Consenso de Washington, cuyos postulados fueron dirigidos a orientar medidas de política económica tales como: la implementación y continuidad de una estricta disciplina fiscal y monetaria, la liberalización de importaciones, la liberalización cambiaria, la apertura de la cuenta de capitales, la apertura de la inversión extranjera, la desregulación de los mercados, la redefinición de las funciones del Estado, la privatización de empresas y actos públicos, y la reforma del sistema de seguridad social de largo plazo. En Carlos Villegas Quiroga, *Nuevo escenario y nuevos agentes de inversión en Bolivia* (La Paz: CEDLA, 1997), 21.

⁹⁶ La posibilidad de acudir al arbitrajes para la solución de diferencias es reforzada con la promulgación de la Ley N° 1770 de 10 de marzo de 1997 sobre arbitraje y conciliación.

parte, establecía: la sujeción al régimen tributario nacional; la regulación de los contratos de trabajo conforme a la ley general y la libre determinación de remuneraciones y empleados y trabajadores; la prohibición de monopolios privados; la no evaluación de créditos por parte del Estado; el reconocimiento del *joint venture*; y el funcionamiento de zonas francas aduaneras bajo el principio de segregación aduanera y fiscal. Se establecía también que la autoridad competente para la aplicación, ejecución y cumplimiento de la mencionada norma era el Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, además de los Ministerios del sector.

2. La Ley N° 1330 de 24 de abril de 1992, de privatización, que tenía por objeto transferir al sector privado la responsabilidad de dirigir las empresas estatales en el sector hotelero agroindustrial, metal mecánico y otros. Asimismo, autorizaba la enajenación de bienes de dominio público a favor de particulares nacionales o extranjeros, además de destinar los recursos obtenidos de la privatización a proyectos de infraestructura en los respectivos departamentos.
3. La Ley N° 1544 de 21 de marzo de 1994, sobre capitalización, por la que se establecía la constitución de sociedades de economía mixta con participación de accionistas privados nacionales o extranjeros hasta el 50%.

De la misma, destacó la adopción de las Decisiones 291 y 292 de la CAN (1991) que fueron explicadas en el capítulo anterior, y la suscripción y ratificación de convenios para la participación y membresía de Bolivia en instituciones internacionales como el MIGA (1990) y el CIADI (1994), y la celebración de acuerdos de complementación económica (ACE), acuerdos internacionales de inversión a nivel bilateral, siendo el primero el suscrito con Alemania el 23 de marzo de 1987. El análisis de estos tratados se efectuará en el siguiente punto.

Respecto de las previsiones constitucionales, como se señaló precedentemente, la Constitución de 1967 prolongó su vigencia hasta 1994, considerando que durante ese periodo el Estado pasó de ser empresario a ser regulador, además de que en la última reforma no se incorporaron cambios al régimen económico como se hubiera supuesto ante un nuevo escenario económico local e internacional.⁹⁷ Tampoco fue así con las reformas realizadas en 2002, 2004 y

⁹⁷ Goitia, *Constitución, Estado y Economía, Intervención del Estado en la economía en las constituciones de los países miembros de la Comunidad Andina*, 252.

2005, mediante las que, principalmente, se definió a la república como Estado Social y Democrático de Derecho y se posibilitó la reforma total de la Constitución a través de una Asamblea Constituyente, sin incursionar nuevamente en el aspecto económico.

Mediante la Ley N° 2446 de 19 de marzo de 2003 se creó el Ministerio de Desarrollo Económico con la atribución de formular y ejecutar políticas de cooperación y estímulo de la inversión y la iniciativa privada. Las instituciones encargadas de la promoción de inversiones durante esa época fueron el Viceministerio de Industria, Comercio y Exportaciones proponiendo políticas, reglamentos e instructivos para ese fin, además del Centro de Promoción Bolivia (C-PROBOL) –creado en 1998 por Decreto Supremo N° 24946–, como institución descentralizada con personería jurídica y autonomía de gestión y patrimonio propio, con el fin de promover la internacionalización de la economía boliviana incrementando sus exportaciones y su diversificación, atrayendo inversiones y creando alianzas estratégicas, cuya dependencia pasó del Ministerio de Comercio Exterior e Inversión al Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto, por Ley N° 27901 de 13 de diciembre de 2004.

Para ese entonces se contaba con una estructura jurídica dotada de instrumentos esenciales de protección y atracción de inversiones extranjeras, haciendo referencia a las disposiciones constitucionales: primero en el ámbito económico sobre: la propiedad privada, la expropiación con una justa indemnización, la protección del trabajo y el capital, la libertad de empresa, la posibilidad de otorgar concesiones para la prestación de servicios públicos, así como de bienes nacionales, y el estímulo a la iniciativa privada; y segundo, en el campo de las relaciones internacionales y la capacidad del Estado de celebrar tratados estableciendo las atribuciones del Presidente de conducir las relaciones exteriores, de negociar y concluir tratados, y la atribución del Poder Legislativo de aprobar aquellos. Resulta oportuno notar que fue bajo esos preceptos Bolivia procedió con la celebración de los TBI.

2.2. Acuerdos internacionales de inversiones en la experiencia boliviana

2.2.1. Evaluación de los acuerdos internacionales de inversión

Como se indicó anteriormente, para la oportunidad en la que se suscribieron los TBI, la configuración constitucional exponía elementos esenciales que permitieron llevar adelante la mencionada estrategia. De esa forma, es posible citar los artículos más resaltantes en el ámbito económico relacionados con el tratamiento de la inversión extranjera y las relaciones internacionales.

En primer lugar, habrá que señalar que la carta fundamental de la época consagraba:

1. El reconocimiento del derecho fundamental a la propiedad privada que cumpla con una función social y su garantía sin que perjudique el interés colectivo (artículos 7 inc. i) y 22.I).
2. El reconocimiento del derecho fundamental a trabajar y dedicarse al comercio, la industria, o a cualquier actividad lícita sin perjudicar el bien colectivo (artículo 7 inc. d).
3. La expropiación con una previa y justa indemnización, impuesta por causa de utilidad pública o cuando la propiedad no cumpla con la función social (artículo 22.II).
4. La falta de reconocimiento del monopolio privado y la posibilidad de otorgar concesiones de servicios públicos por un periodo que no sobrepase los cuarenta años (artículo 134).
5. La consideración de las empresas establecidas para la explotación, aprovechamiento o negocios en el país como nacionales sometidas a la soberanía, a las leyes y a las autoridades de la república (artículo 135).
6. El dominio originario del Estado sobre el suelo; el subsuelo con todas sus riquezas naturales, las aguas lacustres, fluviales y medicinales; los elementos y fuerzas físicas susceptibles de aprovechamiento, además de los bienes determinados por ley, ello junto a la reserva legal a fin de establecer las condiciones de su concesión y adjudicación a particulares (artículo 136).
7. La formulación periódica de un plan general de desarrollo económico y social comprendiendo los sectores estatal, mixto y privado, además del estímulo de la

iniciativa privada cuando contribuya al mejoramiento de la economía nacional (artículo 144).

8. La protección del trabajo y del capital (artículo 157.I).
9. La garantía de la propiedad privada dentro del régimen agrario y campesino (artículo 167).

Sobre las relaciones internacionales la Constitución sentaba meramente elementales, no muy desarrolladas como:

1. La atribución del Poder Legislativo de: aprobar de tratados, concordatos y convenios (artículo 59.12).
2. Las atribuciones del Presidente de: negociar y concluir tratados con naciones extranjeras, y su canje previa ratificación del Congreso; y la de conducir las relaciones exteriores, ejercidas conjuntamente con los Ministros de Estado (artículos 85 y 96.2 y 3).

Con ese marco constitucional, adicionando la estructura jurídica del tratamiento de la inversión extranjera expuesta en el punto precedente, y dado un contexto de reformas económicas estructurales, Bolivia tomó la decisión de sumarse a la iniciativa global de crear ambientes propicios para las inversiones extranjeras incluyendo dentro de sus estrategias la suscripción de acuerdos internacionales de protección y promoción recíproca de las mismas. Es así que el país celebró veintidós acuerdos de promoción y protección recíproca de inversiones (APPRI) y un TLC con un capítulo relativo a las inversiones, de acuerdo al siguiente detalle:

Tabla I

APPRI suscritos por Bolivia

N°	País	Fecha de suscripción	Fecha de ratificación	Entrada en vigencia
1	Alemania	23/03/1987	01/11/1989	09/11/1990
2	Argentina	17/03/1994	12/08/1994	01/05/1995
3	Austria	04/04/1997	07/02/2001	01/07/2002
4	Bélgica y Luxemburgo	24/04/1990	04/07/1990	10/01/2004
5	Costa Rica	07/10/2002	sin ratificación	sin ratificación
6	Corea del Sur	01/04/1996	21/01/1997	04/06/1997

7	Cuba	06/05/1995	15/12/1995	23/08/1998
8	Chile	22/09/1994	18/03/1999	16/05/1999
9	China	08/05/1992	11/02/1993	01/09/1996
10	Dinamarca	12/03/1995	19/07/1996	20/03/1997
11	Ecuador	25/05/1995	15/12/1995	15/08/1997
12	España	29/10/2001	07/05/2002	09/07/2002
13	Estados Unidos	17/04/1998	18/09/1998	07/06/2001
14	Francia	25/10/1989	28/02/1994	12/10/1996
15	Gran Bretaña e Irlanda del Norte	24/05/1988	19/01/1990	16/02/1990
16	Italia	30/04/1990	10/07/1990	22/02/1992
17	México*	10/09/1994	23/12/1994	01/01/1995
18	Países Bajos	10/03/1992	12/08/1994	01/11/1994
19	Paraguay	03/05/2001	20/06/2003	04/09/2003
20	Perú	30/07/1993	12/07/1994	20/02/1995
21	Rumania	09/10/1995	17/01/1997	16/03/1997
22	Suecia	20/09/1990	07/05/1992	03/07/1992
23	Suiza	13/11/1987	19/01/1990	13/05/1991

*TLC con capítulo relativo a inversiones

Fuente: Ministerio de Relaciones Exteriores

Elaboración: Propia

Cabe hacer notar que entre los años 1978 y 1994 era común la práctica de las *aprobaciones de urgencia* caracterizadas por la corta duración de las sesiones del Congreso que impidieron la discusión profunda y pormenorizada de una gran cantidad de leyes y convenios internacionales.⁹⁸

Más allá de apearse a criterios que los critiquen asumiendo una posición defensora del Estado amparada en el hecho de que se perciba más la intención de proteger a los inversores, o aquellos que los defienden justificándolos bajo la premisa de que las inversiones contribuyen al desarrollo económico, los APPRI son una expresión de la voluntad de cooperación de los Estados, significan un acercamiento a la uniformización de reglas respecto del tratamiento de las inversiones, puesto que si bien son bilaterales –caso boliviano–, en un momento determinado los países casi han adoptado un régimen común, aunque en su aplicación esas reglas se configurarían de distinta forma de acuerdo a la realidad de cada Estado y la situación concreta, además de considerar algunas particularidades que podrían haberse incluido en cada tratado.

⁹⁸ Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto y Honorable Congreso Nacional, *Los tratados internacionales y la relación entre los poderes ejecutivo y legislativo en Bolivia (1978-1994)* (La Paz: PAP, 1995), 64.

Ahora bien, es cierto que estos acuerdos contienen cláusulas muy parecidas entre sí, especialmente aquellas que definen los términos de inversión, inversor, territorio, ganancia (ganancia, renta, utilidad o retorno), y otros, y las que tratan sobre aspectos como la expropiación, la subrogación, la libre transferencia de fondos, la indemnización por pérdidas, la solución de controversias y el tiempo de vigor y prórroga. Acerca de los demás contenidos también se percibe cierta uniformidad, no obstante, servirá mencionar algunas precisiones que las diferencian, sin pretender realizar un análisis exhaustivo artículo por artículo, y considerando que la estructura respecto del tratamiento para la protección y promoción, en general, responde a la conceptualización abordada en el primer capítulo.

Las disposiciones sobre los activos que se consideran inversión, en cuanto a la inclusión de derechos de propiedad intelectual, en el caso de los TBI con Rumania y Chile solo se enuncian los derechos de autor y de propiedad intelectual, al mismo tiempo que con otros países se opta por una lista más amplia introduciendo procesos técnicos, como con Suecia y Argentina, además del *know how* y *good will* con Corea, y secretos comerciales como con Estados Unidos y Perú.

Para demostrar la calidad de inversor como toda persona jurídica constituida de conformidad con las leyes y reglamentaciones de una parte contratante con sede en la misma, persiga o no fines de lucro, en virtud de un protocolo, como en el caso del acuerdo con Argentina, se podrían solicitar pruebas de control como el carácter de filial de una entidad jurídica constituida según la legislación del respectivo país, o un porcentaje de participación directa o indirecta en el capital de una entidad jurídica que dé lugar a un control efectivo.

Con Corea y Bélgica y Luxemburgo, la promoción de las inversiones puede comprender la concesión de permisos necesarios para lograr acuerdos de licencia y contratos para asistencia técnica, comercial o administrativa, mientras que con Argentina solo se hace mención a la admisión conforme a legislación nacional de cada Estado contratante.

También respecto de la promoción, se permite la contratación de personal técnico y especializado, se garantiza el acceso a tribunales, agencias administrativas u otros organismos nacionales que ejerzan funciones jurisdiccionales, así como la

difusión del ordenamiento jurídico, en cuanto a los tratados celebrados con Rumania, Estados Unidos y Ecuador.

Sobre el estándar de trato justo y equitativo, se especifica su objeto traducido en operaciones de gestión, mantenimiento, empleo, disfrute o disposición de las inversiones en relación a los acuerdos con Suecia, Corea y Argentina. Además, de considerar como obstáculos a dicho trato las restricciones a la comercialización interna y externa de mercancías al igual que su transporte, así se establece en el TBI con Francia y similarmente con Suecia. Con este último país, particularmente, se incluye la autorización de entrada, permanencia y abandono del territorio conforme a la legislación nacional a los extranjeros contratados y a sus familiares, asimismo, se expresa que para favorecer la apreciación financiera de la inversión además de realizar la compatibilización y auditoría de la misma de acuerdo a las normas del país anfitrión también se permitirá que dichos procedimientos se efectúen conforme a las normas del país de origen o normas aceptadas internacionalmente (acuerdo con Suecia).

En relación al trato nacional, de modo excepcional, no es contemplado en los tratados con Bélgica y Luxemburgo, Suecia y China. Francia es el único estado con el que se acordó conceder el TN específicamente con referencia al mismo otorgado a los nacionales y no como un trato no menos favorable que a aquellos. El caso de Estados Unidos es particular pues se establecen excepciones a aquel estándar de protección y al de trato de la nación más favorecida en materias y sectores conforme a una lista anexada al tratado, mientras que se sienta una excepción a ambos estándares en cuanto a cualquier regulación que facilite el tráfico fronterizo, ello con Austria. Asimismo, existe una excepción al otorgamiento expreso del estándar de protección y seguridad plenas en los casos de Chile y Corea.

Respecto de la libre transferencia de fondos relacionados a la inversión se introducen los montos por pago de remuneraciones a nacionales de las partes contratantes, como con España. Mientras que el tratado con Estados Unidos prevé que una parte puede impedir transferencias mediante la aplicación de su legislación de forma equitativa, imparcial y de buena fe cuando se tratara de quiebras, insolvencias o la protección de derechos de acreedores; emisión, comercio o corretaje de valores; infracciones criminales o penales; y cumplimiento de

mandamientos o fallos en actuaciones judiciales, ello de la misma manera que con Paraguay.

Más previsiones particulares se observan en el TBI con Estados Unidos al establecer la prohibición de condiciones para invertir y las ventajas a otorgar a los inversores, así como la reserva del derecho de denegación de los beneficios del tratado a sociedades que pertenezcan a nacionales de un tercer país o si están bajo su control, el no impedimento de toma de medidas respecto al mantenimiento o la restauración de la paz o seguridad internacional o para la protección de intereses esenciales de seguridad, y la autorización para celebrar *joint ventures* dentro de los cincuenta kilómetros en zonas fronterizas bolivianas.

Los instrumentos internacionales suscritos con Gran Bretaña e Irlanda del Norte y Perú no consideran en sus cláusulas de solución de controversias Estado-inversor la alternativa de someter la diferencia a tribunales locales. Así tampoco se acuerda que el CIADI sea un foro para tal efecto, en los casos de Cuba y Suecia. En los TBI con Bélgica y Luxemburgo, y España, se va más allá al definir la ley aplicable teniendo el tribunal arbitral que aplicar la legislación nacional del país receptor, reglas de conflicto de leyes, el acuerdo propiamente y los principios de Derecho Internacional.

Ahora bien, identificar el verdadero impacto de los acuerdos internacionales de inversión requiere un ejercicio econométrico que siga una determinada metodología dependiendo la hipótesis que se pretenda demostrar las cuales pueden ser:

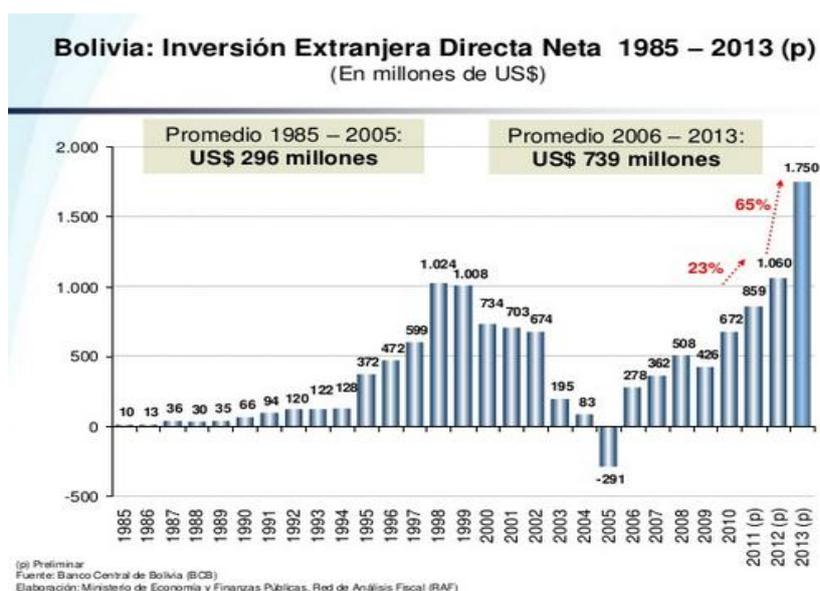
1. si se han dado efectos de un compromiso internacional vinculante que brinde protección y un trato satisfactorio a los inversores extranjeros y, de esa forma, reduzca riesgos e intensificara los flujos de IED de los países contratantes;
2. si se han dado efectos de demostración de seriedad de intenciones del país receptor sobre la mejora de derechos de propiedad y, así, ello fomente la inversión de todos los países y no solo los firmantes;
3. si se han dado efectos de mejora de la calidad institucional que compensen las deficiencias institucionales dando lugar a la atracción de inversiones de los Estados contratantes; o

4. si los acuerdos con disposiciones firmes estimulan más inversiones que aquellos con disposiciones débiles.

El objetivo de este ejercicio econométrico es evaluar, sobre la base de un mayor número posible de observaciones de corrientes bilaterales de IED, entre pares, el rol de todos los determinantes clave que la fomentan, aislando el papel de los tratados. Ello ha significado la elaboración de un modelo que proyecta la relación entre las fluctuaciones de IED, como variable dependiente, y los determinantes más relevantes, junto a la celebración del TBI, como variables explicativas. A fin de aislar el último factor señalado es preciso identificar las otras variables explicativas y calcular su efecto en la inversión extranjera directa, de otra forma se estaría asumiendo que las modificaciones en el flujo de la IED se atribuirían a la concertación de TBI, lo cual no resultaría coherente.⁹⁹

Trasladándose a las consecuencias de la suscripción de acuerdos internacionales de inversión por parte de Bolivia, es posible identificar que a partir de la puesta en vigor de los primeros instrumentos (1990), los flujos de IED neta se han incrementado significativamente de US \$ 66 millones de dólares a un pico de 1,024 millones en 1998 pasando por un descenso progresivo que, en 2005, llegó a resultados negativos hasta lograr su recuperación en los siguientes años alcanzando la cifra máxima de US \$ 1,750 millones en 2013.

Gráfico 1



⁹⁹ UNCTAD, *El papel de los acuerdos internacionales de inversión en la atracción de inversión extranjera directa hacia los países en desarrollo*, 27-9.

No existe evidencia sobre la confirmación de que lo que se reporta haya sido provocado particularmente por la suscripción de TBI, por lo tanto, su impacto en relación a la atracción de inversión extranjera es relativo ya que este no es un determinante exclusivo sino más bien pertenece a un grupo de factores de política pública que inciden en la captación de IED.

Es así que habrá que considerar otras acciones normativas que también influyeron en este fenómeno, sin olvidar aquellos condicionantes económicos que se asientan, hasta ahora, en una atracción sectorial de capitales privados extranjeros mayoritariamente primaria, por la exploración y explotación de hidrocarburos y la actividad minera, además del campo de las telecomunicaciones, transporte, electricidad, agua, importaciones, y manufacturas.

En los primeros años posteriores a la suscripción de los TBI¹⁰⁰ se vio que las inversiones más representativas provinieron de países con los que efectivamente se habrían celebrado tratados de ese tipo, de esta forma, destacan los intereses estadounidenses –los que siempre han tenido prominencia en Bolivia–, españoles, italianos, alemanes, suizos, franceses, británicos, holandeses, suecos, argentinos, chilenos, y peruanos, pero observando también la presencia de inversores pertenecientes a economías con las cuales no se habría suscrito acuerdos de este tipo, como Canadá, Brasil, Sudáfrica y Australia.

Por esa razón, puede reiterarse que la única política atractiva de inversiones no fue la negociación de TBI, sino que a la misma le acompañaron otras condiciones, siendo la más visible la promulgación de las leyes de privatización y capitalización, coyuntura aprovechada por los países mencionados en la ocupación de acciones de las empresas estatales,¹⁰¹ hipótesis que, por supuesto, debería verificarse a través de un estudio econométrico.

2.2.2. Proceso de denuncia de los acuerdos internacionales sobre inversión

Es necesario continuar con la observación del curso de los tratados bilaterales de inversión, siendo esencial revisar el proceso de su denuncia a objeto de contar con

¹⁰⁰ El análisis de los cambios en los volúmenes de IED en años posteriores será realizado en el siguiente punto.

¹⁰¹ Luis Alberto Echazu Alvarado, *Los nuevos dueños de Bolivia* (La Paz: Universidad Nacional Siglo XX, 1997), 60-131.

un panorama casi completo sobre su desempeño y actual situación. Por otro lado, no está de más hacer un breve alcance sobre otra acción estatal que también marcó la concepción del modelo tradicional de protección de la inversión extranjera, como lo fue la denuncia del Convenio de creación del CIADI.

A este propósito cabe referirse al periodo de nacionalizaciones que tuvo su antecedente en 2005, al establecerse la nueva política hidrocarburífera¹⁰² y la renegociación de contratos en la materia, para luego extenderse a otros sectores como el de minería, servicios básicos y telecomunicaciones. En ese contexto, habiendo sido capitalizadas el 50% de las acciones de ENTEL, empresa nacional de telecomunicaciones, por la empresa italiana STET (a mediados de la década de 1990) para luego transferirlas a la empresa Euro Telecom International N.V. (ETI) compañía de propiedad italiana pero registrada en Países Bajos.

Sin embargo, en 2007, Bolivia decidió renacionalizar activos estatales de ENTEL, lo cual ETI calificó como una expropiación y una eliminación de la certificación de cumplimiento a fin de disminuir el valor de las acciones de la empresa previamente a su compra por parte de Bolivia. De esa forma, el 1 de mayo 2007, antes de la formalización de una demanda ante el CIADI por parte de ETI, el Estado boliviano optó por la estrategia de denunciar el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados,¹⁰³ mediante nota diplomática GM-127/2007 dirigida al Presidente del Banco Mundial, tratado al que se habría adherido el 3 de mayo de 1991, con entrada en vigor el 23 de julio de 1995, siendo removido de la lista de Estados miembros efectivamente desde el 3 de noviembre de 2007.¹⁰⁴

La decisión de denunciar dicho compromiso internacional se efectuó en ejercicio de la facultad soberana del Estado, cumpliendo el procedimiento previsto en

¹⁰² La nueva política hidrocarburífera se caracterizó por la recuperación de la propiedad del Estado de los hidrocarburos en boca de pozo, la refundación de YPFB recuperando las acciones bolivianas en empresas capitalizadas para poder participar en toda la cadena productiva, ejerciendo control y dirección de la actividad, además del establecimiento de un régimen tributario que comprende el IDH con una alícuota del 32% del total de la producción de hidrocarburos y el pago de regalías del 18%. Bolivia, Ley N° 3058 de Hidrocarburos [2005], arts. 5,6 y 55, en Gaceta Oficial del Estado Plurinacional de Bolivia, edición N° 2749 (La Paz, 17 de mayo de 2005).

¹⁰³ Max Valverde Soto, "Bolivia se margina del CIADI", *Puentes: Revista*, vol. 9, No. 1 (2008), 15-6.

¹⁰⁴ Al respecto, poco antes de que se cumpla el plazo de espera para la denuncia efectiva del tratado, ETI formalizó su demanda ante el CIADI, no obstante, la diferencia fue concluida en aquel centro en 2009 por discontinuación de procedimiento con base la Regla de Arbitraje 44.

la cláusula de denuncia del propio instrumento, cuya fundamentación técnico-jurídica fue procesada internamente por el Ministerio de Relaciones Exteriores.¹⁰⁵

En relación a la denuncia de los veintidós tratados bilaterales de inversión en vigor –sin contar el suscrito con Costa Rica por no haber sido ratificado–, esta fue realizada conforme a la costumbre internacional y al principio *pacta sunt servanda* tomando en cuenta lo establecido por cada uno de los acuerdos en observancia de los plazos y de los procedimientos respectivos.¹⁰⁶ Los TBI se denunciaron según el siguiente orden cronológico:

Tabla 2

APPRI denunciados por Bolivia

Nº	País	Fecha de denuncia efectiva
1	Suiza	27/12/2006
2	Corea	11/01/2007
3	Cuba	09/07/2008
4	Países Bajos	01/11/2009
5	México**	07/06/2010
6	Italia	22/02/2011
7	Estados Unidos	07/06/2012
8	España	04/01/2012
9	Suecia	03/07/2012
10	Paraguay	03/09/2012
11	Austria	30/12/2012
12	Ecuador	07/05/2013
13	Perú	07/05/2013
14	Chile	07/05/2013
15	Argentina	13/05/2013
16	Francia	13/05/2013
17	China	13/05/2013
18	Alemania	13/05/2013
19	Dinamarca	13/05/2013
20	Gran Bretaña e Irlanda del Norte	13/05/2013

¹⁰⁵ Nota Externa GM-DGAJ-UAJ-140-13 de 16 de enero de 2013, del Ministerio de Relaciones Exteriores en respuesta a la Procuraduría General del Estado por su solicitud de informes técnicos, jurídicos y todos los antecedentes de la denuncia del convenio en cuestión.

¹⁰⁶ Ministerio de Relaciones Exteriores del Estado Plurinacional de Bolivia, *Denuncia y Renegociación de Tratados Internacionales para su adecuación a la Constitución Política del Estado* (La Paz: Ministerio de Relaciones Exteriores, 2013), 7.

21	Bélgica y Luxemburgo	14/05/2013
22	Rumania	14/05/2013

**TLC renegociado en el capítulo relativo a inversiones

Fuente: Ministerio de Relaciones Exteriores

Elaboración: Propia

Las denuncias hechas hasta 2008 (Suiza, Corea y Cuba) tuvieron su motivación en la adecuación de la política en materia de inversiones. Posteriormente a partir de 2009, la justificación invocada por Bolivia fue el mandato constitucional de la Disposición Transitoria Novena –con un plazo límite de cuatro años desde la elección del nuevo Órgano Ejecutivo– que obliga al Estado a denunciar o renegociar los tratados internacionales contrarios a la norma fundamental habiéndose identificado efectivamente contradicciones entre las cláusulas de los APPRI y las disposiciones previstas en la Constitución Política del Estado promulgada el 7 de febrero del citado año sobre el régimen de inversiones.

Ya en el ámbito de fondo, de manera genérica y según los informes técnicos respaldados por los jurídicos, procesados por el Ministerio de Relaciones Exteriores y que dieron viabilidad a la denuncia de los TBI, una de las discordancias normativas que motivaron dichas denuncias tiene que ver con las disposiciones relativas a la concesión del trato nacional, del trato de nación más favorecida, del trato justo y equitativo y de protección y seguridad plenas bajo estándares de Derecho Internacional, a favor de las inversiones extranjeras incluidas en los tratados y que contradirían ciertas previsiones del artículo 320 de la Constitución, conforme se indica en el Informe Técnico VCEI-s/n de 28 de marzo de 2012 sobre el análisis de la denuncia de los Acuerdos al Fomento y Protección Recíproca de Inversiones suscritos por Bolivia con Francia, Rumania, Alemania, Argentina, China, Dinamarca, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Suecia, Paraguay, Ecuador, Bélgica, Perú y Chile, al siguiente tenor:

La mayor parte de los acuerdos de inversiones contienen cláusulas de trato nacional, trato justo y equitativo y de la nación más favorecida [...] Los artículos mencionados estarían en contradicción con lo señalado en el Artículo 320 de la Constitución Política del Estado, que en su inciso I señala que la inversión boliviana se priorizará frente a la inversión extranjera, inciso III las relaciones económicas con estados o empresas extranjeras se realizaran en condiciones de independencia, respeto

mutuo y equidad. No se podrá otorgar a estados o empresas extranjeras condiciones más beneficiosas que las establecidas para los bolivianos y el inciso V que señala que las políticas públicas promocionaran el consumo interno de productos hechos en Bolivia.

A esto se adiciona el argumento que indica que “la interpretación de los principios de trato justo y equitativo efectuada en distintos arbitrajes llevadas a cabo por inversionistas privados contra Estados ha sido muy diversa llegando a ocasionar conflictos”, además de considerar que “la cláusula de la nación más favorecida [...] impide que el país receptor conceda mayores beneficios que los establecidos en el acuerdo a los inversionistas de un tercer país sin mejorar simultáneamente las condiciones al país emisor de inversión”.¹⁰⁷

En ese contexto, sobre las cláusulas que regulan la expropiación, se menciona en el antedicho informe que:

...algunos de estos acuerdos prohíben la expropiación por la aplicación de medidas equivalentes a la expropiación o nacionalización, salvo que sea con fines de interés público, sin discriminación, contra el pago de una indemnización pronta, adecuada y efectiva, de acuerdo al valor del mercado y de conformidad con el debido procedimiento legal. Asimismo, reconoce una restitución o pago de indemnización, en caso de que las inversiones abarcadas sufran pérdidas en su territorio por guerra u otro conflicto armado, revolución, estado de crisis nacional, insurrección, disturbio civil o cualquier otro acontecimiento parecido.

El otro argumento clave de las denuncias por la contradicción entre los APPRI y la norma constitucional se da en el ámbito de la solución de controversias:

En el tema de solución de controversias los acuerdos de inversiones establecen la posibilidad de acudir a tribunales internacionales, en muchos casos al CIADI. Los acuerdos por lo general establecen que las diferencias entre las Partes Contratantes (entre los estados) se resolverán por medio de consultas a solicitud de cualquiera de ellas, en caso de no ser así podrán recurrir al arbitraje bajo reglas del CNUDMI u otros centros. Asimismo, respecto a la solución de diferencias inversionista-estado por lo general otorgan tres opciones para acudir para su resolución [...] En ese punto se debe tener en cuenta lo establecido en el inciso II del Artículo 320 de la Constitución Política

¹⁰⁷ Informe Técnico VCEI-s/n de 28 de marzo de 2012, elaborado por el Viceministerio de Comercio Exterior e Integración del Ministerio de Relaciones Exteriores, en referencia al análisis sobre la denuncia de los Acuerdos al Fomento y Protección Recíproca de Inversiones suscritos entre Bolivia y otros países.

del Estado, que establece que *toda la inversión extranjera estará sometida a la jurisdicción, a las leyes y a las autoridades bolivianas, y nadie podrá invocar situación de excepción, ni apelar a reclamaciones diplomáticas para obtener un tratamiento más favorable*".¹⁰⁸

Cabe aclarar que por efecto de las cláusulas de prórroga incorporadas en los APPRI, el hecho de denunciar los tratados no impide que un inversor—cuya inversión haya ingresado al país antes de aquella manifestación— pueda demandar al país ante una instancia de arbitraje internacional, pues aquella disposición prevé que los artículos de los TBI seguirán vigentes por un periodo suplementario (por lo general de diez a veinte años) respecto de las inversiones ingresadas al Estado receptor previamente a la fecha efectiva de la denuncia.

Otro factor importante fue la duración de los acuerdos que condicionaría la independencia y soberanía de los Estados en cuanto a la cláusula de prórroga, sumada a la concepción de que los TBI son el marco jurídico para el reconocimiento de los intereses y prerrogativas de los inversionistas, y considerando que:

la violación a lo acordado en los acuerdos se considera como una violación al derecho internacional [...] Las grandes corporaciones transnacionales, movilizadoras de la inversión, están protegidas por un marco jurídico que va desde leyes internas de protección a los inversionistas tanto por normas del derecho internacional: cuanto por los acuerdos establecidos en este tipo de Tratados.¹⁰⁹

Asimismo, mediante el informe técnico elaborado por el Viceministerio de Comercio Exterior e Integración se manifestó que: “Del análisis de los acuerdos de Bolivia con otros países se puede establecer que los mismos prevén una protección amplia a las inversiones, siendo extremadamente extenso en el listado de lo que comprende el término inversión”.

En el ámbito procedimental, respecto del Derecho Internacional, se observaron las cláusulas correspondientes sobre la entrada y permanencia en vigor de los tratados, y el momento, el modo y la antelación con los que se debía efectuar las denuncias, a fin de proceder en respeto de lo pactado y a través de canales diplomáticos. De otra parte, en relación al derecho interno, se aclaró que a pesar de

¹⁰⁸ *Ibíd.*

¹⁰⁹ *Ibíd.*

que la Constitución dispone en el artículo 260.II que las denuncias de tratados ratificados deben ser aprobadas por la Asamblea Legislativa Plurinacional antes de su ejecución por el Presidente del Estado, fue la misma carta fundamental la que habilitó, mediante la Disposición Transitoria Novena, que no se aplique dicho procedimiento al menos durante el término de cuatro años en el caso de los instrumentos internacionales contrarios a ella.¹¹⁰

Como ya se mencionó en párrafos atrás, el efecto inmediato de la denuncia de los APPRI por parte de Bolivia, es su continua vigencia por un plazo determinado por motivo de las cláusulas de prórroga, porque las inversiones extranjeras provenientes de los países contratantes, antes de la denuncia efectiva, siguen beneficiándose de la cobertura de todas las cláusulas del TBI.

De otra parte, en respuesta a las comunicaciones oficiales, varios países con los que se habrían firmado los acuerdos internacionales de inversión manifestaron su disposición para negociar nuevos convenios en la materia, además que, posteriormente, sus representaciones diplomáticas se acercaron al Ministerio de Relaciones Exteriores con la voluntad de promover negociaciones siguiendo los preceptos constitucionales y legales en vigencia.¹¹¹

Más allá, después de la denuncia de los APPRI puede verificarse (volviendo al Gráfico 1) que los flujos de IED neta han crecido significativamente siguiendo casi el mismo ciclo posterior a la entrada en vigor de los mismos, sin embargo, la diferencia es marcada entre los dos momentos al observar el incremento del 63% en las fluctuaciones de 2012 a 2013, lo cual da como resultado el promedio superior de US \$ 739 millones en el periodo 2006-2013, sobre el promedio de US \$ 296 millones en el periodo 1985-2005.

Por otro lado, identificando los flujos hacia los diferentes sectores se percibe que la diversificación de la IED bruta entre 1997 y 2005 alcanzó los siguientes promedios: hidrocarburos 42%; comercio, electricidad y otros servicios 25%;

¹¹⁰ Informe GM-DGAJ-UAJ-182/2013 de 24 de abril de 2013, de la Dirección General de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Relaciones Exteriores del Estado Plurinacional del Bolivia.

¹¹¹ Austria: Nota Verbal GZ: BMeiA-bo.8.19.03/0001-1.2c/20011 de 4 agosto de 2011 del Ministerio Federal para Asuntos Europeos e Internacionales; Argentina: Nota Diplomática de 25 de junio de 2013 del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto; y Nota Externa GM-DGAJ-UAJ 1671-13 de 17 de julio de 2013 del Ministerio de Relaciones Exteriores del Estado Plurinacional de Bolivia dirigida al Ministerio de Planificación del Desarrollo solicitando información sobre el estado actual de avance y elaboración de la nueva Ley de Inversiones.

transporte, almacenamiento y comunicaciones 12%; industria 10%; y minería 8%. Mientras que de 2006 a 2012 el promedio porcentual de los dichos flujos se proyectó de la siguiente manera: hidrocarburos 33%; minería 29%; comercio, electricidad y otros servicios 15%; industria 14%; y transporte, almacenamiento y comunicación 9%.¹¹²

En cuanto al comportamiento de la IED por país de origen (firmantes de TBI), es posible señalar referencialmente que desde 2008 han sido casi los mismos países, con algunas alternancias, los que han encabezado la lista de los mayores inversores, ellos son España, Suecia, el Reino Unido, Francia, Perú y Estados Unidos. Ahora bien, se repite que aquel dato es simplemente referencial pues para analizar la incidencia de la denuncia de los tratados en la atracción o repulsión de IED sería pertinente realizar un examen caso por caso, pues, por ejemplo, dentro de este grupo de países, la situación de Suecia es diferente puesto que después de la denuncia en 2012, a 2013 sus inversiones subieron, pero bajaron estrepitosamente en 2014, mientras los demás han invertido mayores capitales en esa relación temporal.¹¹³

2.3. Política nacional y marco jurídico en materia de inversiones

Debido a las convulsiones políticas y sociales derivadas del papel de la administración estatal respecto del sector de hidrocarburos –que venía sustentando la economía nacional– desde 2004 hasta la fecha, se han desarrollado acciones dirigidas a la contundente participación del Estado en el ámbito económico, tales como la nacionalización de los hidrocarburos y de algunas empresas que habían sido privatizadas, el establecimiento de un nuevo marco jurídico, y la denuncia de tratados internacionales en materia de inversiones. Entre estas, sin duda, la acción más destacable es la promulgación de la Constitución Política del Estado de 2009, la cual marca la diferencia de una etapa a otra en la que se fortalece la intervención del Estado en la economía orientando su visión en un sentido de colectividad, cuyos

¹¹² Luis Alberto Arce Catacora, Ministro de Economía y Finanzas Públicas del Estado Plurinacional de Bolivia, “El modelo económico social, comunitario y productivo y sus resultados” (presentación, Universidad San Francisco Xavier, Chuquisaca, 9 de agosto de 2013).

¹¹³ Estos datos han sido obtenidos de la observación de los cuadros sobre la inversión extranjera directa por país de origen expuestos en los Reportes del Capital Privado Extranjero de las gestiones 2014-2013, 2013-2012, 2012-2011, 2011-2010, 2010-2009, 2009-2008 y 2008-2007, elaborados por el Banco Central de Bolivia.

aspectos más relevantes y pertinentes para fines de esta investigación serán expuestos a continuación.

2.3.1. Modelo económico, el rol de la inversión extranjera y la política exterior

La Constitución Política del Estado de 2009 hace entender que el actual modelo económico boliviano es híbrido, puesto que recoge algunos componentes esenciales, pero de corte liberal y otros de carácter colectivista social. Es así que se caracteriza por perfilar al Estado como interventor en la economía y regulador. Destaca el rol central de la planificación; la propiedad del pueblo y la administración estatal de los recursos naturales; la búsqueda de la transformación en una economía de base productiva; la articulación de las formas de organización económica como la estatal, la privada, la comunitaria y la cooperativista, lo que identifica al modelo como plural; su función de distribución de la riqueza y que además está orientado al vivir bien de los bolivianos y al mejoramiento de su calidad de vida, en armonía con la naturaleza y operando bajo los principios de complementariedad, reciprocidad, solidaridad, redistribución, igualdad, seguridad jurídica, sustentabilidad, equilibrio, justicia y transparencia.¹¹⁴

Como se sabe, la constitución económica no se limita a un capítulo que regule el régimen económico en una Constitución, sino a todas las previsiones que en ella hagan referencia a aspectos que se relacionan con el desempeño económico de forma íntegra. Específicamente en el ámbito de las inversiones, puede observarse que la norma fundamental boliviana no solo ha conservado preceptos (de anteriores constituciones) que daban lugar a que la inversión extranjera pueda protegerse de una manera racionalmente básica, sino que además agrega elementos que complementan ese marco de protección, pero, al mismo tiempo, fortalecen el rol del Estado como regulador.¹¹⁵

De ese modo, en primer lugar, es posible ver que la protección de la inversión extranjera desde una dimensión constitucional se configura entendiendo que Bolivia

¹¹⁴ Constitución Política del Estado de Bolivia [2009], cuarta parte, “Estructura y organización económica del Estado”, tít. I, “Organización económica del estado”, cap. primero “Disposiciones generales”, art. 306. I, III y V ([Sucre]: Tribunal Constitucional Plurinacional, 2013): 128.

¹¹⁵ El análisis que sigue ha sido realizado a partir de la constatación de las disposiciones constitucionales más relevantes sobre la inversión extranjera y la actividad económica privada. En ese sentido, los artículos revisados fueron: 14.III, V y VI; 20.II; 46.II; 47.I; 52; 56.I y II; 311.II.2; 57; 255.II.11; 262.I; 300.I.34; 308; 311.II.5; 314; 333; 351.I.II y 4; 357; 362; y 366.

reconoce que su ley nacional es aplicable a bolivianos y extranjeros y que a estos se les garantiza el goce de sus derechos sin discriminación, salvo excepciones establecidas en la misma.

Por otro lado, se reconocen y garantizan derechos elementales como los derechos a la propiedad privada, a la libre asociación empresarial, a ejercer el comercio, la industria o cualquier actividad económica lícita, y a la confidencialidad de las operaciones financieras de personas naturales o jurídicas extranjeras, salvo en procesos judiciales sobre delitos financieros o se investiguen fortunas, entre otras causas; se protege las formas de trabajo y la iniciativa privada brindándole seguridad; y se prohíbe el monopolio y el oligopolio privado u otra forma de asociación privada de nacionales o extranjeros con fines de control y exclusividad en la producción y comercialización de bienes y servicios.

Como otros estímulos a la participación de inversión extranjera en nuestro país, se establece que la expropiación puede darse por causa de necesidad o utilidad pública conforme a ley y previa indemnización justa, y, además, se otorga la competencia exclusiva a los gobiernos departamentales para promocionar la inversión privada en el departamento en el marco de la política económica nacional.

Asimismo, se percibe un margen de apertura a la IED puesto que, respecto de los sectores en los que las empresas privadas podrían desarrollar actividades, se acepta que, en cuanto a los servicios básicos de electricidad, gas domiciliario y telecomunicaciones, estos puedan ser desempeñados por ellas.

Por otra parte, se establece la posibilidad de contratar empresas privadas o mixtas en la cadena productiva de los recursos naturales estratégicos, y de suscribir contratos de asociación con personas jurídicas extranjeras para el aprovechamiento de los recursos naturales, asegurando la reinversión de utilidades económicas en el país. También se da autorización a YPFB para suscribir contratos con empresas extranjeras o mixtas a fin de que realicen a su nombre y en su representación determinadas actividades en la cadena productiva hidrocarburífera, debiendo contar con la aprobación de la Asamblea Legislativa Plurinacional (ALP) en caso de exploración y explotación.

En relación a los preceptos constitucionales que realzan el papel del Estado como regulador de la economía, puede señalarse que se prohíbe a extranjeros adquirir propiedad dentro de los cincuenta kilómetros a partir de la línea de frontera, a excepción del caso de necesidad estatal, además de inscribir la propiedad de recursos naturales bolivianos en el mercado de valores y de utilizarlos como medios de operaciones financieras de titularización o seguridad.

Como otro punto, se somete a empresas extranjeras que realicen actividades en la cadena productiva hidrocarburífera a la soberanía del Estado, a la dependencia de las leyes y de las autoridades nacionales, sin reconocer tribunal ni jurisdicción extranjera, ni invocar situación de excepcionalidad de arbitraje internacional, ni recurrir a reclamaciones diplomáticas. Aparte de ello, se establece el principio de protección y preferencias para la producción boliviana y fomento a las exportaciones de valor agregado, en la negociación, suscripción y ratificación de tratados internacionales.

Con ese bagaje, es importante resaltar textualmente las disposiciones del artículo 320 de acuerdo al siguiente tenor concretamente en relación a los postulados jurídico-económicos en materia de inversiones:

I. La inversión boliviana se priorizará frente a la inversión extranjera.

II. Toda inversión extranjera estará sometida a la jurisdicción, a las leyes y a las autoridades bolivianas, y nadie podrá invocar situación de excepción, ni apelar a reclamaciones diplomáticas para obtener un tratamiento más favorable.

III. Las relaciones económicas con estados o empresas extranjeras se realizarán en condiciones de independencia, respeto mutuo y equidad. No se podrá otorgar a Estados o empresas extranjeras condiciones más beneficiosas que las establecidas para los bolivianos.

IV. El Estado es independiente en todas las decisiones de política económica interna, y no aceptará imposiciones ni condicionamientos sobre esta política por parte de estados, bancos o instituciones financieras bolivianas o extranjeras, entidades multilaterales ni empresas transnacionales.

V. Las políticas públicas promocionarán el consumo interno de productos hechos en Bolivia.

De la verificación del marco constitucional es posible indicar que este contiene las libertades y los derechos esenciales que permitirían el desenvolvimiento

regular de las empresas privadas, sin importar su calidad de nacional o extranjera, además de las condiciones generales para la celebración de tratados.

No obstante, la restricción más sobresaliente es la priorización de la inversión nacional sobre la extranjera, lo cual implica que el Estado está plenamente autorizado a otorgar ventajas a la inversión nacional sin que los inversores extranjeros pudieran reclamar el mismo trato. Esta disposición resulta muy general pues no se especifica en qué circunstancias se diera esa priorización, para lo cual debería considerarse aspectos como, la importancia reconocida a la IED en los sectores estratégicos, toda vez que el empresariado nacional, ni público ni privado, no se encuentra todavía en condiciones de asumir la ejecución de las actividades de la cadena productiva, hecho del cual el Estado es plenamente consciente.

También se establecen ciertas restricciones a las corporaciones extranjeras como la excepcionalidad de participación en la provisión de servicios básicos que no sean telecomunicaciones, electricidad y gas domiciliario o la titularidad de los recursos estratégicos. Por otro lado, el régimen específico de la inversión extranjera establece una línea diferente a las concepciones tradicionales sobre el tratamiento de aquella al sentar parámetros que hacen que la inversión nacional prime sobre la extranjera, además de limitar el fuero jurisdiccional en caso de presentarse alguna diferencia entre el Estado y un inversor extranjero, lo que llevó a tomar la decisión de denunciar los TBI que otorgaban un margen más amplio y favorable para los inversores.

De manera adicional, corresponde también destacar que Bolivia, en relación al manejo de sus relaciones exteriores, da la atribución de ratificar los tratados internacionales celebrados por el Ejecutivo a la Asamblea Legislativa Plurinacional, siendo facultad del Presidente dirigir la política exterior y suscribir tratados internacionales, del Vicepresidente participar con el primer mandatario en la formulación de dicha política, y de los Ministros de Estado de proponer y coadyuvar en la formulación de políticas gubernamentales generales, de proponerlas y dirigirlas en el sector respectivo, y de coordinar con otros Ministerios la planificación y ejecución de las mismas (artículos 158.14; 172.5; 174.5 y 175.1, 2 y 8).

Asimismo, se sujetan las relaciones internacionales a la soberanía y de los intereses del pueblo, al igual que la negociación, suscripción y ratificación de los tratados internacionales, procedimientos que además deben regirse por los principios de: independencia e igualdad entre los Estados, no intervención en los asuntos internos y solución pacífica de conflictos; defensa y promoción de los derechos humanos, económicos, sociales, culturales y ambientales; cooperación y solidaridad entre los Estados y los pueblos; armonía con la naturaleza, defensa de la biodiversidad y prohibición de formas de apropiación privada para el uso y explotación exclusiva de plantas, animales, microorganismos y cualquier materia viva; acceso de toda la población a los servicios básicos; y protección y preferencias para la producción boliviana, y fomento a las exportaciones con valor agregado (artículo 255.I y II.1, 3, 5,6, 7, 9 y 11).

El rol de la inversión extranjera dentro de este nuevo enfoque se encuentra inscrito en el Plan Nacional de Desarrollo: Bolivia digna, soberana, productiva y democrática para Vivir Bien (PND) 2006-2015. En este contexto, es necesario notar que todos los ámbitos de la planificación giran en torno al *vivir bien* postulado que plantea una visión rescatada de la vida comunitaria de los pueblos indígenas y que puede entenderse como “el acceso y disfrute de los bienes materiales y de la realización efectiva, subjetiva y espiritual, en armonía con la naturaleza y en comunidad con los seres humanos”,¹¹⁶ es así que se trazan estrategias y se orientan las políticas públicas, sin que la política de inversiones sea la excepción.

Dentro de las políticas nacionales productivas, Bolivia se plantea una política específica de inversiones, pero con transversalidad respecto de la comercial, ambiental, de empleo, entre otras. De esta forma, se articulan las premisas de: a mayor inversión, mayor producción, lo que justifica la elaboración y ejecución de una estrategia nacional que enfatiza al sector público sin descuidar al sector privado ni a la inversión extranjera.

Es pertinente mencionar que el Estado boliviano se desenvuelve económicamente en tres sectores integrados prioritariamente y cuya relación da lugar a la matriz productiva. Dichos sectores son: el estratégico generador de excedentes

¹¹⁶ Plan Nacional de Desarrollo 2006-2015, 10 <
<http://www.planificacion.gob.bo/sites/folders/documentos/plan.pdf>> Consulta: 15 septiembre, 2015.

asentado en los recursos estratégicos (hidrocarburos, minería, electricidad y recursos ambientales), el generador de empleo e ingresos (industria, manufactura y artesanía; turismo; desarrollo agropecuario; vivienda; y comercio, transporte y otros), y el de apoyo a ambos (infraestructura y servicios para la producción).¹¹⁷

Es así que, dada la heterogeneidad de las asociaciones económicas, se busca el desarrollo de los sectores en función a sus intensidades, de forma tal que la inversión privada nacional se asienta más en el segundo sector, mientras que la IED juega un papel protagonista en el primero, teniendo el rol de impulsar su desarrollo y, consecuentemente, el de los demás sectores. Esto se explica reconociendo que, en el sector estratégico, primordialmente en hidrocarburos y minería, la rentabilidad es alta y por lo tanto atractiva de capitales extranjeros. Por ello, se cree que es necesario establecer una política de tratamiento de las inversiones extranjeras que les otorgue seguridad jurídica, reglas sobre su aporte al Estado y a la sociedad.

De esta forma, se llega a entender que los excedentes de la producción estratégica llegarían a proporcionar recursos destinados al sector generador de empleo e ingresos en logro de la diversificación de la economía, dando lugar al desarrollo en el área social.¹¹⁸

Dicho en otras palabras, “un flujo constante de inversión extranjera puede contribuir a desarrollar de manera más eficiente los sectores por la disponibilidad de recursos inmediata, tecnología y conocimiento, y de esta manera contribuir a liberar recursos públicos para canalizarlos hacia otras actividades productivas y sociales”.¹¹⁹

Por otro lado, también deben considerarse otros aspectos destacables que podrían fundamentar la necesidad señalada –es decir la de atracción de inversión extranjera– como la falta de cobertura nacional de los requerimientos intensivos de capital para desarrollar actividades en el sector primario,¹²⁰ su contribución al desmontaje del colonialismo y del neocolonialismo, incluso la importancia geopolítica de las reservas de gas.

¹¹⁷ *Ibíd.*, 90.

¹¹⁸ *Ibíd.*, 92.

¹¹⁹ Exposición de motivos del Proyecto de Ley de Promoción de Inversiones.

¹²⁰ Como grandes inversiones a largo plazo, tecnología y mano de obra especializada.

Partiendo de lo señalado, se percibe que el Estado garantizaría la seguridad jurídica mediante un marco legal que refleje reglas claras en virtud de la soberanía y dignidad estatal, en función a criterios fiscales, sociales, ambientales y de rentabilidad empresarial, bajo los principios de retribución justa al Estado, renta apropiada para el aprovechamiento de recursos naturales no renovables, y el otorgamiento de licencias sociales y ambientales, lo cual se complementaría con el compromiso del gobierno para garantizar un entorno nacional social y político estable para el desarrollo de la IED.

Se prevé también la imposición de obligaciones, concibiendo que no habría estímulos a la inversión extranjera sin condiciones. Es así que se disponen requisitos de registro de movimientos económicos financieros y la autorización en razón a la contribución a la transferencia de tecnología, la generación de empleo, y la preferencia de uso de materia prima, insumos y servicios nacionales. Por otro lado, cabe señalar que, junto con la inversión pública, la visión del Estado es que el flujo continuo de inversión privada nacional y extranjera podría posibilitar mayores tasas de crecimiento.

En el marco de las relaciones internacionales relacionadas al ámbito de las inversiones extranjeras, el PND prevé la negociación e implementación de acuerdos internacionales de comercio con base en la nueva modalidad de relacionamiento económico internacional sentado en los siguientes pilares: el cambio del patrón primario exportador concentrado en pocos productos básicos, empresas y mercados, por un nuevo perfil exportador más diversificado, menos dependiente y vulnerable ante shocks externos; la recuperación de la importancia del mercado interno y la promoción de la compra de productos bolivianos; el cambio del patrón de dependencia del financiamiento externo y de las donaciones, por un nuevo patrón sustentable en el ahorro interno, participación balanceada entre inversión extranjera, inversión nacional privada e inversión pública y una eficiente asignación de los recursos de la cooperación internacional en función de las prioridades del país; y el control y uso del excedente en la estructuración de la matriz productiva y en beneficio de la población boliviana.¹²¹

¹²¹ Plan Nacional de Desarrollo 2006-2015, 201.

Es así que la política de tratamiento de la IED se enfoca en la garantía de la seguridad jurídica con reglas claras, quedando establecido de forma expresa en el PND programas priorizados como: la elaboración de un modelo de acuerdo para la atracción de inversiones; el tratamiento de la inversión enmarcadas en los Tratados de Comercio de los Pueblos (TCP)¹²² y otros acuerdos comerciales, para la negociación y suscripción de los capítulos sobre inversión en los mismos; además de la revisión y perfeccionamiento de otros compromisos internacionales sobre la materia y el seguimiento y defensa de los intereses nacionales en los foros internacionales relacionados con la inversión.¹²³

Por otra parte, se incluye en el Plan Estratégico Institucional 2013-2017 “Política Exterior Soberana para Vivir Bien”,¹²⁴ dentro de las estrategias de trabajo de política exterior, el posicionar nuevos temas de interés nacional en la agenda multilateral, entre esos temas se considera la negociación de nuevos tratados bilaterales de inversión.

En el derecho interno, por primera vez, Bolivia cuenta con una Ley de Celebración de Tratados –la Ley N° 401 de 18 de septiembre de 2013– la cual básicamente recoge las mismas reglas generales de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969 y, por otro lado, las disposiciones constitucionales respectivas estipulando las materias, que, siendo objeto de los tratados, los calificarían como formales requiriendo la ratificación del Órgano Legislativo. Entre esas materias se encuentran los acuerdos de carácter económico comercial.¹²⁵

Ahora bien, en el marco de la Constitución de 2009, el Ministro de Relaciones Exteriores es la autoridad competente y responsable para coordinar y ejecutar la política exterior del Estado, que tiene entre sus atribuciones: participar en la

¹²² Sobre el Tratado de Comercio de los Pueblos vale la pena aclarar que este no es un tratado en si ni un modelo en concreto, sino más bien una iniciativa de propuesta para un acuerdo comercial, en el seno de la Alianza Bolivariana para los Pueblos de Nuestra América (ALBA) cuyos postulados se orientan la complementariedad frente a la competencia, la reciprocidad, la convivencia con la naturaleza contra la explotación irracional de los recursos y la defensa de la propiedad social frente a la privatización externa, principalmente
<<http://www.promueve.gob.bo/DocPDF/Acuerdos/Nuevos/TCPBolivia.pdf>> Consulta: 25 octubre, 2015.

¹²³ *Ibíd.*, 204.

¹²⁴ Plan Estratégico Institucional 2013-2017 del Ministerio de Relaciones Exteriores “Política Exterior Soberana para Vivir Bien”, aprobado por Resolución Ministerial N° 685-2012 de 26 de diciembre de 2012, 100.

¹²⁵ Bolivia. Ley N° 401 de Celebración de Tratados, arts. 7 y 8 inc. g), en Gaceta Oficial del Estado Plurinacional de Bolivia, edición N° 563 (La Paz, 18 de septiembre de 2013).

preparación y negociación de tratados y otros instrumentos jurídicos internacionales; así como su suscripción instruyendo su registro especial e histórico, custodia, publicación, difusión y adecuado seguimiento; y promover las inversiones en el país, la cooperación económica, científica y técnica en beneficio del pueblo boliviano.¹²⁶ Especificando dichas atribuciones y relacionándolas al ámbito de las inversiones extranjeras, se tiene que el Viceministerio de Comercio Exterior e Integración está encargado de negociar tratados, convenios y acuerdos económicos, comerciales, de inversión, de integración y Tratados de Comercio de los Pueblos con otros Estados; y de diseñar, negociar y promover acuerdos de inversiones.¹²⁷

Asimismo, en el artículo 33.III de la Ley del Servicio de Relaciones Exteriores se establece que el Ministro de Relaciones Exteriores y sus Viceministros, de acuerdo a sus competencias específicas, deben ejecutar y difundir la política exterior para lo cual pueden requerir el asesoramiento especializado proveniente de otros Ministerios, autoridades, ex autoridades, profesionales especializados o expertos de trayectoria, con quienes trabajaría coordinadamente para la ejecución adecuada de dicha política, pudiendo llevar adelante reuniones permanentes conforme así también se describe en el artículo 34.1 de la mencionada disposición normativa.

En ese marco de coordinación, en el artículo 68 inc. o) del Decreto Supremo de Organización del Órgano Ejecutivo, a su vez se dispone que es atribución del Viceministerio de Comercio Interno y Exportaciones, dependiente del Ministerio de Desarrollo Productivo y Economía Plural, apoyar al Viceministerio de Comercio Exterior e Integración en las negociaciones de acuerdos internacionales en materia de comercio exterior, integración comercial e inversiones a fin de consolidar el acceso efectivo y real a los mercados.

Por otro lado, en el artículo 48 inc. h) de aquel Decreto se señala la facultad del Viceministerio de Inversión Pública y Financiamiento Externo del Ministerio de Planificación del Desarrollo (MPD), de proponer políticas de atracción de inversiones nacional y extranjera, junto con el Ministerio de Relaciones Exteriores

¹²⁶ Bolivia. Ley N° 465 del Servicio de Relaciones Exteriores, arts. 4, II, 3, 21 y 25, en Gaceta Oficial del Estado Plurinacional de Bolivia, edición N° 598 (La Paz, 19 de diciembre de 2013).

¹²⁷ Bolivia. Decreto Supremo N° 29894 de Organización del Órgano Ejecutivo, art. 19 inc. c) y g), en Gaceta Oficial del Estado Plurinacional de Bolivia, edición N° 116. (La Paz, 7 de febrero de 2009).

(MRE). Asimismo, en el Decreto Supremo que reglamenta la organización y la estructura de la Procuraduría General del Estado fija la atribución de la Subprocuraduría de Defensa y Representación Legal del Estado de acompañar y asesorar técnicamente a entidades de la administración pública en las negociaciones relativas a inversiones, tendentes a la solución amistosa de las controversias.¹²⁸

2.3.2. Escenario del tratamiento de las inversiones extranjeras

La Ley de Promoción de Inversiones de 4 de abril de 2014 marca las pautas del tratamiento de los capitales extranjeros con destino a una inversión a largo plazo, regulando la concesión de incentivos, registro, mecanismos, y otros condicionantes para su penetración y permanencia en la economía nacional. Sin embargo, existen otras medidas que influyen en el trato a las mismas, las cuales pueden indicarse con fines ilustrativos.

Incentivos En los artículos 21 y 22 de la Ley N° 516 se señalan las reglas para el otorgamiento de beneficios o ventajas fiscales o financieras temporales brindadas por el Estado, así como políticas de promoción que incentiven la inversión en todas sus modalidades: boliviana, extranjera, mixta, preferente y productiva estatal, clasificando los incentivos en: generales (de carácter temporal y aprobados con norma expresa, sin crear situaciones beneficiosas para un inversor respecto de otro en el mismo sector) y específicos (otorgadas a inversiones preferentes¹²⁹ aprobadas por norma que especifique las condiciones, alcance y temporalidad de aplicación).

Igualmente, se establecen procedimientos para la concesión de incentivos, siendo estos de carácter temporal y pudiéndose aplicar en un intervalo de uno a veinte años dependiendo de la actividad económica y el tiempo de recuperación de la inversión. En el caso de los incentivos generales estos deberían ser propuestos por

¹²⁸ Bolivia. Decreto Supremo N° 788 de Organización y Estructura de la Procuraduría General del Estado [2011], art. 14 inc. c), en Gaceta Oficial del Estado Plurinacional de Bolivia, edición N° 222 (La Paz, 5 de febrero de 2011) modificado por el Decreto Supremo N° 2023, art. 2, par. III, en Gaceta Oficial del Estado Plurinacional de Bolivia, edición N° 653 (La Paz, 2 de junio de 2014).

¹²⁹ Modalidad de inversión realizada en actividades productivas de interés estratégicos, en actividades del circuito productivo de recursos naturales estratégicos en las áreas de hidrocarburos, minería, energía y transporte que generen valor agregado; actividades en los campos de la agroindustria, turismo, textiles y otros que también generen valor agregado, con alto potencial innovador y generación de capacidades y conocimientos en capital humano; y actividades económicas que generen polos de desarrollo en las áreas de interés para el Estado, orientadas a reducir desigualdades económicas y sociales en todas sus regiones.

los ministerios cabeza de sector al Ministerio de Planificación del Desarrollo, acompañados de un estudio de identificación y justificación añadiendo los indicadores que medirían los efectos económicos en el país. Este último recomienda al Consejo de Ministros sobre la aprobación de incentivos mediante ley o decreto; se prevé, asimismo, que los incentivos mantendrán su vigencia mientras las inversiones cumplan sus objetivos.

Los incentivos específicos siguen los mismos pasos a diferencia de agregar la justificación de la inversión preferente, previamente a presentar la propuesta al Consejo, para ese efecto el MPD deberá analizarla y calificarla como tal si corresponde. En el caso de los contratos que apruebe la Asamblea Legislativa Plurinacional que contengan incentivos específicos, estos entrarían en vigencia con dicha aprobación.

Es importante señalar que, dada la relativamente reciente promulgación de la Ley de Promoción de Inversiones, no se han otorgado incentivos de ningún tipo conforme a los procedimientos que esta describe. Sin embargo, mediante la Ley de Hidrocarburos, si se prevén medidas de estímulo a las inversiones en el área; es así que en el artículo 60 de aquella ley se establecen los incentivos tributarios para los proyectos de industrialización, redes de gasoductos, instalaciones domiciliarias y cambio de matriz energética, destinados para las personas naturales o jurídicas que planeen incursionar en aquellas actividades. Los incentivos comprenderían:

1. La liberación del pago del Gravamen Arancelario (GA) y del Impuesto al Valor Agregado (IVA) a las importaciones definitivas de bienes, equipos, materiales, maquinarias y otros requeridos para la instalación de la planta destinada a la industrialización de hidrocarburos, así también, materiales de construcción de ductos y tuberías para la instalación de gas domiciliario, y al proceso de construcción del complejo hasta su puesta en operación.
2. La liberación del Impuesto sobre Utilidades por un plazo que no exceda los ocho años desde el inicio de la operación.
3. El otorgamiento de terrenos fiscales en usufructo para la instalación de infraestructura para la industrialización de gas natural.

4. La exención temporal del Impuesto a la Propiedad de Bienes Inmuebles destinado a la infraestructura industrial por el plazo mínimo de cinco años, improrrogablemente.
5. La liberación del pago del GA y del IVA a las importaciones de bienes, equipos y materiales para el cambio de matriz energética del parque automotor a gas natural comprimido. De acuerdo al artículo 62 de la ley, el beneficiario de estos incentivos, para ello, deberá realizar la inversión con posterioridad a su publicación, comprometerse a permanecer en territorio nacional por lo menos diez años, constituirse y registrarse conforme a las disposiciones legales nacionales.

Por otro lado, mediante el Decreto Supremo N° 1202 de 18 de abril de 2012 se reglamenta el pago del incentivo financiero de treinta dólares por barril de petróleo por su exploración e incremento en la producción, cancelados mediante notas de crédito fiscal a fin garantizar la continuidad de la seguridad energética y con el objeto de reducir las importaciones de derivados de petróleo, pago autorizado a través de la Ley N° 233 de 13 de abril de 2012, Ley de Modificaciones al Presupuesto General del Estado.

Adicionalmente, se encuentra en revisión de la Asamblea Legislativa Plurinacional el Proyecto de Ley de Promoción para la Inversión en Exploración y Explotación en el sector de hidrocarburos, que comprende incentivos para la producción de petróleo y condensado de campos nuevos y de producción adicional de condensado, con la creación del Fondo de Promoción a la Inversión de Exploración y Explotación Hidrocarburífera financiado con el 12% de los recursos del Impuesto Directo a los Hidrocarburos (IDH) antes de su distribución, asimismo se contempla el pago de incentivos para la producción de campos existentes mediante notas de crédito fiscal.

Registro de la inversión La entidad responsable del registro de la inversión extranjera es el Banco Central de Bolivia (BCB), así acredita su ingreso. El registro se realiza conforme a formatos que permiten contar con información sobre el origen, destino, aportes y mecanismos de inversión y reinversión¹³⁰ (Formulario RIOF).

¹³⁰ Bolivia. Ley N° 516 de Promoción de Inversiones, art. 13, par. I.

Los procedimientos se rigen por el Reglamento para el Registro de la Inversión Extranjera en el Estado Plurinacional de Bolivia y Operaciones Financieras con el Exterior, aprobado por la Resolución del Directorio 063/2014 de 24 de junio de 2014. A fin de cumplir con el objeto del Reglamento, el BCB adquiere la función de: recopilar, compilar, registrar y publicar oficialmente los datos de la IED en Bolivia, otorgar el Certificado de Ingreso de Aportes de Inversión y registrar las transferencias de pagos. El registro de la transferencia de divisas libremente convertibles al exterior es efectuado sobre: capital originado por la liquidación total o parcial de las empresas, por la venta de acciones, participaciones o derechos adquiridos; utilidades netas; ingresos obtenidos de la solución de controversias; pagos a proveedores o acreedores domiciliados en el exterior; y otros pagos a los que tuvieran derecho conforme a norma, lógicamente, todo ello vinculado a la inversión extranjera registrada.¹³¹

De otra parte, las empresas tienen la obligación de remitir al BCB el Formulario RIOF de forma trimestral sobre la información al cierre de marzo, junio, septiembre y diciembre dentro de los primeros quince días hábiles de mes siguiente, en virtud de lo indicado en el artículo 15 del citado Reglamento.

Otras formas de promoción La Ley de Promoción de Inversiones en el artículo 7.II señala que las reglas de la inversión tienen un compromiso social, y que las acciones de terceros que perjudiquen el normal desenvolvimiento de las actividades relacionadas a ella son pasibles de sanción penal y civil, según corresponda.

También se fija una instancia competente para la promoción de inversiones siendo esta el Ministerio de Planificación del Desarrollo, cuyas atribuciones más específicas aún no han sido establecidas, quedando ello pendiente a ser dispuesto mediante decreto supremo. Sin embargo, la ley le otorga facultades de: requerimiento de información relacionada a la inversión a los respectivos ministerios y a demás instituciones públicas y privadas, así como la de evaluar los procedimientos administrativos para efectivizar la inversión en el país y, si es el caso, sugerir la

¹³¹ *Ibíd.*, arts.13, par. II y 15.

modificación y/o simplificación de los mismos, resguardando la legalidad y transparencia del acto.¹³²

La Ley N° 708 de 25 de junio de 2015, de Conciliación y Arbitraje, en palabras del gobierno boliviano, garantiza las inversiones extranjeras y les otorga seguridad jurídica.¹³³ La citada ley establece los procedimientos de la solución de controversias entre el Estado y los inversores, bajo el mandato del artículo 320 de Constitución Política del Estado de 2009, acerca de la sujeción de las inversiones a la jurisdicción, a las leyes y a las autoridades bolivianas. Entre los rasgos característicos de esta normativa están: la afirmación sobre que el arbitraje y la conciliación son nacionales; la obligatoriedad de someter la diferencia a la conciliación previamente al arbitraje, la no especificidad de la nacionalidad de los conciliadores y árbitros, y la resolución del arbitraje solo en derecho.¹³⁴

Cabe mencionar que recientemente se ha declarado de interés nacional la realización de la Conferencia de Alto Nivel para promocionar las inversiones extranjeras en el Estado Plurinacional de Bolivia, que se llevará a cabo en Nueva York a finales del presente año, cuya coordinación y organización se encuentra a cargo de los Ministros de Relaciones Exteriores, de Economía y Finanzas Públicas, de Planificación del Desarrollo, y de Desarrollo Productivo y Economía Plural. El comité deberá cumplir las funciones de: a) Identificar y definir los sectores prioritarios para la atracción de inversiones; b) Orientar la elaboración de catálogos de inversión de los sectores priorizados; c) Definir y aprobar la estrategia comunicacional; y d) Orientar otras acciones para el desarrollo del evento.¹³⁵

2.3.3. Perspectivas del tratamiento de la inversión extranjera en Bolivia a través de AII

En 2014, Bolivia ha reportado que sus ingresos de IED decrecieron en un 63% alcanzando los US \$ 648 millones, dicha inversión se ha concentrado en el

¹³² *Ibíd.*, arts. 24 y 25.

¹³³ “Bolivia ya tiene ley de Conciliación y Arbitraje”, *El Deber* (Santa Cruz), 26 de junio de 2015, <<http://www.eldeber.com.bo/economia/ley-ley-arbitraje-y-conciliacion.html>>. Consulta: 1 octubre, 2015.

¹³⁴ Bolivia. Ley N° 708 de Conciliación y Arbitraje, arts. 36, 57.I, 127.III, 129.1 y 133.8, en Gaceta Oficial del Estado Plurinacional de Bolivia, edición N° 770 (La Paz, 25 de junio de 2015).

¹³⁵ Bolivia. Decreto Supremo N° 2479, art. 3, en Gaceta Oficial del Estado Plurinacional de Bolivia, edición N° 781 (La Paz, 5 de agosto de 2015).

sector de recursos naturales, principalmente gas y petróleo, además, en el mes de diciembre se ha logrado ingresar al sector cementero con la adquisición del 51% de las acciones de la compañía SOBOCE—que aún no poseía un valor aproximado de US \$ 300 millones— por parte del grupo peruano Holding Cementero.¹³⁶ Es así que el sector hidrocarburífero concentró el 52,9% del capital privado extranjero, minería el 13,3%, manufactura 15,1%, transporte, almacenamiento y comunicaciones el 7,7%, producción de energía eléctrica, gas y agua el 3,8%, comercio al por menor y al por mayor, reparación de automotores el 2%, construcción el 0,3%, agricultura el 0,2% y otros servicios con el 0,4%.¹³⁷

Respecto de los países fuente de las inversiones, en 2014, se dio lugar a los siguientes puntos porcentuales de participación: España con el 25%, Reino Unido con el 21%, Perú con el 21%, Francia con el 9%, Estados Unidos con el 7%, Brasil con el 6%, Suecia con el 1% y otros países con el 10% (Argentina, Luxemburgo, Alemania, Venezuela, Países Bajos, Islas Canarias, Bermudas, Canadá y otros).¹³⁸

No obstante, el flujo de IED se ha visto afectado por desinversiones y nacionalizaciones, reflejadas en la venta de participaciones por parte de las multinacionales (por ejemplo Petrobras de Brasil y Total de Francia en el gasoducto Trastierra por US \$ 133 millones) y las compensaciones e indemnizaciones impuestas por tribunales internacionales (TriMetals Mining de Canadá que reclama una compensación de US \$ 386 millones y Jindall Steel and Power de India que debía ser compensado con US \$ 22,5 millones, y que también reclama una indemnización de 100 millones por daños y perjuicios).¹³⁹

Dando una mirada al flujo de las inversiones extranjeras, es observable que por primera vez en diez años desde 2006 la desinversión ha sido tan pronunciada como en 2014, pero como bien se sabe, este cambio repentino debido a que el comportamiento de la IED no podría responder solamente a un factor. En ese sentido, en el marco de esta tesis, se hace necesario poner atención a cuál sería la perspectiva boliviana en cuanto al tratamiento de la inversión extranjera dentro de sus políticas públicas.

¹³⁶ CEPAL, *La Inversión Extranjera Directa en América Latina y el Caribe 2015*, 44.

¹³⁷ Banco Central de Bolivia, *Reporte de Saldos y Flujos del Capital Privado Extranjero en Bolivia 2014* (La Paz: BCB, 2015), 20-1.

¹³⁸ *Ibíd.*, 22-6.

¹³⁹ CEPAL, *La Inversión Extranjera Directa en América Latina y el Caribe 2015*, 44.

Es así que, Bolivia tiene prevista la negociación de acuerdos internacionales de inversión, es más, actualmente el Ministerio de Relaciones Exteriores por medio de Viceministerio de Comercio Exterior e Integración, se encuentra preparando un modelo de acuerdo.¹⁴⁰ Así además se manifestó en las notificaciones de las denuncias de los TBI, poniendo en conocimiento de los países la propuesta de Bolivia de iniciar negociaciones una vez aprobada la nueva ley de inversiones. La idea de futuros tratados en la materia está vinculada al establecimiento, no solo de previsiones que protejan al inversor extranjero, sino también que existan cláusulas de desempeño por las que el inversor esté sujeto a cumplir ciertas obligaciones para con el Estado anfitrión. Una futura negociación de AII sería llevada adelante con la participación conjunta del Ministerio de Relaciones Exteriores, del Ministerio de Planificación del Desarrollo y de la Procuraduría General del Estado.¹⁴¹

Esta estrategia toma mayor seriedad con un aparato jurídico básico ya constituido como la Ley de Promoción de Inversiones que cuenta con más elementos específicos que definen cuáles serán los límites del Estado al ofrecer garantías a las inversiones extranjeras, delineando la configuración de las formas de promoción y protección de aquellas en una eventual negociación de tratados, así como los condicionamientos que le permitirían operar en el país. Ello, aparte de rescatar previsiones que regulan la transferencia de fondos previo cumplimiento de obligaciones tributarias y que establecen definiciones de inversión y sus formas de canalización a través de aportes.

La Ley de Conciliación y Arbitraje complementa otro ámbito relevante para considerar en un futuro tratado a suscribir, como el de la solución de controversias entre Estado e inversores. Dicha norma pretende encontrar el equilibrio entre el sometimiento de la inversión extranjera al mandato de constitucional, impidiendo la sujeción de una diferencia a una instancia internacional, y al mismo tiempo brindarle al inversor la oportunidad de recurrir en tal caso a un fuero nacional que pueda garantizarle celeridad, idoneidad, independencia e imparcialidad. Ahora bien, quedaría verificar cuáles son las reacciones ante este planteamiento por parte de los países que estarían interesados en negociar AII con Bolivia, puesto que si bien el

¹⁴⁰ Walter Clarems Endara Vera, Viceministro de Comercio Exterior e Integración, del Ministerio de Relaciones Exteriores del Estado Plurinacional de Bolivia, entrevistado por Luz María Bravo Luna, La Paz, 4 septiembre, 2015.

¹⁴¹ *Ibíd.*

inversor confía más en el arbitraje internacional como mecanismo de solución de conflictos, la nueva ley boliviana abre la posibilidad a que, si bien califica de nacionales a la conciliación y al arbitraje, no existe impedimento que permita convocar a un conciliador o conformar un tribunal arbitral de profesionales y expertos que no sean de nacionalidad boliviana.

En relación a la participación de Bolivia dentro de foros internacionales en los que se encuentra el tema en discusión, resulta interesante ver que el país mira hacia Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR) en cuanto esta se plantea la posibilidad de crear un Centro de Solución de Controversias en Materia de Inversiones, para lo cual los países han iniciado negociaciones de un Acuerdo Constitutivo, sin haber llegado a consensos en disposiciones sustanciales. Resulta necesaria la presencia y participación activa de una delegación boliviana en las reuniones del grupo de trabajo en razón a que se contempla en la Ley de Conciliación y Arbitraje la alternativa de que Secretario General o autoridad similar del Centro de solución de controversias en materia de inversiones de un organismo de integración del que el Estado forme parte, en caso de que un conciliador o el presidente del tribunal arbitral no puedan ser nombrados conforme a los procedimientos convencionales.¹⁴²

También es importante observar cual es el desenvolvimiento del país en otro foro internacional como el ALBA. En ese marco, tanto la Ley de Promoción de Inversiones como la Ley de la Empresa Pública prevén el reconocimiento y la participación en actividades económicas de las Empresas Grannacionales como una modalidad de la empresa estatal mixta o empresa mixta, según el porcentaje de aportes del nivel central del Estado y aportes privados, a lo que se suman aportes de empresas públicas de países miembros del ALBA, rigiéndose bajo sus principios y buscando un beneficio mutuo y el desarrollo de un comercio soberano con complementariedad, solidaridad y cooperación entre los pueblos de los Estados miembros.¹⁴³

De otra parte, en el marco de la Sesión XXVI del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas llevada a cabo en junio de 2014, Bolivia, junto a

¹⁴² Bolivia. Ley N° 708 de Conciliación y Arbitraje, arts. 132.1 y 133.1.

¹⁴³ Bolivia. Ley N° 466 de la Empresa Pública, art. 9, en Gaceta Oficial del Estado Plurinacional de Bolivia, edición N° 438 (La Paz, 26 de diciembre de 2013).

Venezuela y Cuba y el apoyo de otros veinte países, se sumó a la firma de la Resolución propuesta por el Ecuador y Sudáfrica, para establecer la creación de un Grupo Intergubernamental de Trabajo con el mandato de elaborar un instrumento internacional legalmente vinculante sobre Corporaciones Transnacionales y Otras Empresas en relación a los derechos humanos, acordando la celebración de la primera sesión del Grupo en 2015.¹⁴⁴

¹⁴⁴ UNCTAD, World Investment Report 2015, 107-8.

Capítulo tercero

Elementos para una adecuada negociación de acuerdos internacionales de inversión

Después de haber verificado los principales aspectos de la estructura internacional de protección de la inversión extranjera y la formación del régimen nacional boliviano en la materia, el presente capítulo tiene como propósito establecer la viabilidad jurídica de la negociación de acuerdos internacionales de inversión como otra estrategia de atracción de flujos, con base en ambos contextos. De esa forma, se abordarán conclusiones relacionadas a aspectos de política exterior vinculada al relacionamiento económico internacional del país, a la política pública sobre inversiones, a las cuestiones jurídicas propiamente, así como de orden institucional, los cuales podrían dar lugar a un marco idóneo de negociación de AII.

3.1. La celebración de tratados en las relaciones económicas internacionales

Por efecto de la globalización, las relaciones entre los países se estrechan cada vez más y con mucha intensidad en el ámbito económico. Es así que las actuales relaciones económicas internacionales se encuentran más afianzadas que en cualquier época, ello dada la importancia del comercio internacional y de los flujos de capitales. Una expresión de esto es lo percibido a partir del último cuarto del siglo XX, pues es posible afirmar que la gradual desaparición de barreras comerciales ha fomentado el incremento de la inversión extranjera transnacional en las economías nacionales, aumentando la internacionalización de la producción nacional de los mercados y una mayor dependencia global, lo cual se ha convertido en la fortaleza del capital corporativo.¹⁴⁵

Como se observó precedentemente, a fin de que estas operaciones y transacciones internacionales sean protegidas, los Estados vienen negociando y celebrando acuerdos internacionales con mayor frecuencia y con contenidos diversos. Al respecto, Bolivia desarrolla actualmente una estrategia bilateral y multilateral, reflejada principalmente en la suscripción de Acuerdos de

¹⁴⁵ Bolaños, *Inversión Extranjera*, 95.

Complementación Económica y los tratados bilaterales de inversión denunciados pero vigentes, su adhesión a la OMC, entre otras acciones. Previamente, se destaca su participación en organismos de integración en el caso de la Asociación Latinoamericana de Integración, la CAN y su inserción al MERCOSUR, y su participación en otros foros como la UNASUR y el ALBA-TCP.

Actualmente, el relacionamiento económico internacional de Bolivia se plantea en torno a cuatro pilares: el cambio del patrón primario exportador por uno más diversificado, con productos de valor agregado y marca boliviana, así como la diversificación de mercados que permita ampliar el número y la composición de las empresas; la recuperación del mercado interno y la aplicación de una política de protección selectiva; el cambio de patrón de dependencia del financiamiento externo y de las donaciones en promoción del ahorro interno y una participación balanceada de la inversión extranjera, la nacional privada y pública; y el control y uso del excedente en la estructuración de la matriz productiva y en beneficio de los bolivianos.¹⁴⁶ Todo ello planteado, según la planificación nacional, como base de la negociación de acuerdos internacionales de comercio e inversiones con un perfil de apertura moderada y selectiva en función de ventajas dinámicas, y no alineado a una orientación de liberalización profunda ni de proteccionismo.¹⁴⁷

Asimismo, se contempla la suscripción de acuerdos comerciales en el marco del Tratado de Comercio de los Pueblos como forma de promover las inversiones en favor de los bolivianos, buscando atraerlas y establecer un marco jurídico predecible y estable,¹⁴⁸ teniendo programado tomarlo en cuenta, así como otros acuerdos comerciales, para la negociación de capítulos sobre inversiones u otros compromisos internacionales.

Habiendo sido verificada la estrategia de celebración de tratados en el campo de las inversiones extranjeras, cabe recordar su importancia como la forma convencional a través de la cual los Estados contraen obligaciones de manera escrita y en manifestación de su consentimiento, además de ser la fuente principal tanto de aquellas como de derechos, pues “con ellos se edifican la coexistencia y la cooperación en un amplio arco de materias donde se identifican intereses comunes y

¹⁴⁶ Plan Nacional de Desarrollo 2006-2015, 201.

¹⁴⁷ *Ibíd.*, 202.

¹⁴⁸ *Ibíd.*, 203.

se evidencia la interdependencia de los miembros de la sociedad internacional”¹⁴⁹. Por gozar de personalidad jurídica internacional y en virtud de su soberanía, los Estados tienen la capacidad para celebrar tratados y, de esa forma, relacionarse con sus similares ganando prerrogativas pero también asumiendo compromisos que deben cumplirse conforme las reglas del Derecho Internacional, caso contrario ello constituiría una vulneración de esas reglas lo que devendría en un ilícito internacional y, consecuentemente, en la responsabilidad internacional del Estado.

Por ello, para garantizar la protección de sus intereses en cuanto a su derecho a regular el tratamiento de las inversiones extranjeras en su territorio, así como para proteger los intereses de los inversores de sus nacionales en el exterior, Bolivia debería optar por una estrategia de negociación de acuerdos internacionales de inversión, adecuando sus políticas internas, lógicamente, a las tendencias del Derecho Internacional y de las sugerencias de política pública, a la visión de protección jurídica de las inversiones extranjeras plasmada en su Constitución, su planificación nacional y sus leyes en la materia. El hecho de que el número de tratados internacionales aumente con el paso del tiempo y su prelación respecto de otras formas de contracción de deberes y adquisición de derechos por parte de los Estados son manifestaciones que demuestran que los mismos recurren a esta práctica como una de las estrategias usuales para asegurar el cumplimiento de lo acordado entre ellos de buena fe y bajo sanción del propio Derecho Internacional que regula su formación por medio de principios, reglas y procedimientos basados en la costumbre internacional.

3.2. Elementos necesarios para la negociación de acuerdos internacionales de inversión

Llegando a este punto es posible divisar un panorama relativamente claro sobre la visión boliviana respecto del tratamiento de las inversiones extranjeras, de esa forma, la idea de celebrar tratados internacionales se concibe a partir de la necesidad de poner atención a factores de distinto orden: de política económica, jurídico e institucional.

¹⁴⁹ Antonio Remiro Brotons y Javier Díez-Hochleitner, *Derecho Internacional* (Madrid: McGraw-Hill, 1997), 181.

3.2.1. Consideraciones de política económica

De la información revisada, se percibió que la negociación de acuerdos internacionales de inversión por parte de Bolivia (años 1980-2000) se dio en un entorno en el cual premió el alineamiento a políticas de liberalización, sin que se haya medido previamente el impacto real de los mismos en cuanto a la atracción de flujos de IED y las consecuencias de su presencia en el Estado. Tampoco ha sido posible verificar la realización de estudios posteriores sobre que tanto los TBI han determinado la atracción de inversión extranjera.

Ante este escenario y una política abierta para la celebración de nuevos tratados de inversión, y pese que existe una consciencia de que el principal imán de IED son los recursos naturales del país (hidrocarburos), se considera necesario tomar en cuenta cuestiones como las siguientes antes de iniciar un nuevo proceso de negociación:

Estudio econométrico y relacionamiento externo Es imperante que el país se encuentre verdaderamente al tanto de los efectos del proceso anterior en cuanto a su posición como atrayente de fluctuaciones de inversión, por lo que se recomienda la realización de un ejercicio econométrico que mida ese aspecto, de esa forma, podría verse en la historia el papel de los TBI de acuerdo a un modelo que ya no se adoptaría pero que sigue en vigor cubriendo bajo su protección inversiones que ingresaron hasta el momento de la denuncia, y cuál ha sido su incidencia verdadera en la atracción de IED.

Verificando las atribuciones de las distintas instancias que intervienen en el desarrollo de la política pública en materia de inversiones, este estudio podría estar a cargo del Ministerio de Planificación del Desarrollo como entidad central en este campo, como proponente de políticas de atracción e instancia competente de promoción según se indica en el Decreto Supremo de Organización del Órgano Ejecutivo y la nueva Ley de Inversiones.

De otra parte, esta metodología permitiría identificar en qué medida ha incidido la celebración de un APPRI en la recepción de IED de un determinado país, en otras palabras, que tanto ha invertido un país en Bolivia después de que estos han firmado un tratado, información que, complementada con los sectores de

participación de la inversión extranjera directa por país de origen, ayudaría a que el país evalúe su relacionamiento con el entorno internacional, priorizando compromisos con posibles contrapartes en cuanto al orden de las negociaciones y la forma óptima de contraer obligaciones. Ello, con plena consciencia de la elección de sus futuros socios respecto del impulso que puede generar en la dinamización de sus sectores conforme a la planificación y, consecuentemente, de su contribución al alcance de los objetivos de desarrollo del país.

Interconexión de políticas públicas Toda vez que el tratamiento a las inversiones extranjeras no puede abordarse mediante políticas aisladas en el plano internacional, resulta necesario enlazarlas las políticas nacionales de forma tal que, para formular una estrategia coherentemente articulada, será imperante procurar que los parámetros de la negociación de nuevos AII, se conecten a los postulados de la planificación nacional. Al respecto, se ha verificado que la política de inversiones si se encuentra inscrita dentro de la visión de desarrollo sostenida por Bolivia en el PND, estableciendo la distribución no exclusiva de roles de la inversión privada y pública en los sectores que conforman la matriz productiva, tomándose en cuenta, de manera deducible, su vínculo con políticas de desarrollo de recursos humanos para el fortalecimiento de capacidades conducentes a las prioridades de desarrollo a través de la IED.

Otro ámbito que debería examinarse es aquel relacionado a las políticas de entrada y establecimiento selectivo con orientación a las necesidades de desarrollo, que en el caso boliviano está previsto en el artículo 11 de la Ley de Promoción de Inversiones al establecerse las condiciones para la inversión como la canalización del capital, a través del sistema financiero nacional, el cumplimiento de la normativa sobre precios de transferencia, la rentabilidad de las propuestas de proyectos en caso de inversiones preferentes, la transferencia de tecnología, y la sujeción a la legislación laboral, tributaria, aduanera, ambiental y en otras áreas que sean aplicables.

Asimismo, la política de inversión en el marco del PND deberá ser relacionada con las demás políticas productivas sectoriales, como se sugería en el IPFSD preparado por la UNCTAD dentro del plano nacional. Por ejemplo, examinar cómo podría vincularse con la política comercial sea por medio de la celebración de acuerdos comerciales –que de acuerdo al Plan se enmarcarían en el TCP– en busca

de acceso a otros mercados, tomando en cuenta como factor clave la participación del país en procesos de integración económica, además de otras políticas comerciales estratégicas que plantean el uso racional de aranceles, licencias previas y cupos de importación.

Otra política que debería cotejarse con la de inversiones es la de innovación y desarrollo tecnológico concentrado en el cambio de patrón primario, pues se encuentra establecida la necesidad de la transferencia de tecnología conforme a las necesidades de desarrollo del sector productivo a través de las modalidades de: generación de capacidades y destrezas, transferencia de maquinaria y equipo de vanguardia tecnológica, e investigación,¹⁵⁰ lo cual se coordinaría con la protección normativa de la propiedad intelectual.

Es también indispensable la consonancia con la política tributaria, en relación a la otorgación de incentivos fiscales pues una política de atracción a través de compromisos internacionales va de la mano con su cumplimiento a través de medidas internas. En este caso, así lo permite la legislación boliviana autorizando la promoción de la inversión extranjera a través de incentivos que, hasta donde se pudo ver sin dificultad, se concentran en el sector primario. Asimismo, si se implementaran nuevos incentivos en otros sectores es importante que estos sean fácilmente identificables, y no solo en materia tributaria sino también es importante tomar en cuenta incentivos de otra naturaleza como los financieros, esto a fin de presentar a los inversores un marco de certeza.

De otra parte, debe existir una correlación con las políticas de empleo en un horizonte de tiempo a largo plazo pensando en la orientación selectiva de la inversión como determinante de la generación de empleo, así como con la política de gestión ambiental centrada en el logro del equilibrio entre la necesidad de desarrollo y la conservación del medio ambiente. Además, sería conveniente que la legislación en las materias indicadas este compilada a fin de identificar fácilmente los incentivos en cada sector y las reglas a las cuales se encontrarían sometida la inversión extranjera.

Actividad empresarial Ya en el ámbito empresarial habría que observar el comportamiento de la tipología de empresas públicas y privadas y su participación en los sectores predeterminados (sector estratégico generador de excedente: inversión

¹⁵⁰ Bolivia. Ley de Promoción de Inversiones [2014], art. 14 par. I.

pública e IED; sector generador de empleo e ingreso: inversión privada nacional; sector de apoyo: privada nacional y organizaciones económicas campesinas), a fin de contar con una noción acerca de la posibilidad de establecer alianzas estratégicas o formar empresas mixtas para maximizar el desempeño del sector que requiera ser vigorizado, a la vez que se absorbería tecnología que contribuya a la productividad, o incluso generar un efecto de derrame con el encadenamiento de empresas extranjeras y empresas locales provocando externalidades positivas en las que los modos de producción serían más eficientes al igual que la difusión de tecnología.¹⁵¹ De esa manera, sería posible contar con mayor certeza sobre qué tipo de IED que desea atraerse y en función a ello identificar a las posibles contrapartes.

Así también, es preciso procurar que se incluyan elementos que propicien una relación entre la actividad empresarial de la inversión extranjera directa y su contribución a la sociedad y otros sectores de la matriz productiva, a través de la adopción de estándares de responsabilidad social empresarial.

Inversión en el exterior Es estrictamente esencial que, antes de negociar un tratado sobre inversiones, Bolivia analice de manera pormenorizada y tenga plena claridad acerca de sus intereses económicos en relación a las inversiones que estaría en capacidad de realizar su sector privado en los países contrapartes a objeto de acordar sobre un marco de protección adecuado en los que serían los países receptores, verificando y meditando sobre el riesgo que a ser asumido por los bolivianos hacia el exterior. Sobre el particular, habrá que considerar que, de acuerdo a los reportes de saldos y flujos de Capital Privado Extranjero en Bolivia, las fluctuaciones de inversión directa activa fue nula en 2014, característica que se mantiene desde 2011, mientras que en 2010 este saldo alcanzó, a diciembre de 2010, US \$ 7,8 millones, siendo el rubro más importante el de participaciones en el capital con el 100%, con una concentración en el comercio al por mayor y menor del 59% y en la industria manufacturera del 41% en cuanto a la actividad económica, como se detalla a continuación en el último cuadro oficial que reporta un movimiento de inversión boliviana en el exterior:¹⁵²

¹⁵¹ Corporación Andina de Fomento, *Camino a la transformación productiva en América Latina* (Caracas: CAF, 2006), 135.

¹⁵² Banco Central de Bolivia, *Reporte de Saldos y Flujos del Capital Privado Extranjero en Bolivia 2014*, 32, y *Reporte de Saldos y Flujos del Capital Privado Extranjero en Bolivia 2009-2010*, 25.

Cuadro 1

SALDOS DE INVERSIÓN DIRECTA EN EL EXTRANJERO POR ACTIVIDAD ECONÓMICA AL 31 DE DICIEMBRE DE 2009 Y 2010 ^P (En millones de \$us)						
	2009	2010	Variación		Participación %	
			Absoluta	%	2009	2010
TOTAL	61,2	7,8	-53,5	-87,3	100,0	100,0
Transporte, Almacenamiento y Comunicaciones	46,3	0,0	-46,3	-100,0	75,7	0,0
Intermediación Financiera	7,2	0,0	-7,2	-100,0	11,8	0,0
Comercio al por Mayor y Menor	4,6	4,6	0,0	1,1	7,4	59,4
Industria Manufacturera	3,2	3,2	0,0	0,0	5,1	40,6

Fuente: Encuesta de Capital Privado Extranjero - BCB
 Elaboración: Banco Central de Bolivia - Asesoría de Política Económica
^P Cifras preliminares

A pesar de que los últimos años no se registraron inversiones en el extranjero y en los anteriores los flujos han sido mínimos, no puede dejarse de lado la búsqueda de las mejores condiciones para la inversión directa boliviana, pues no se tiene seguridad de que este panorama no vaya a cambiar en los próximos tiempos, sin olvidar que la tendencia internacional nos muestra que el ambiente de las inversiones se encuentra en constante mutación, de forma tal, que los inversores privados no son los únicos protagonistas, sino también los Estados a través de las empresas nacionales estatales, lo que sí es importante considerar en el caso de Bolivia, debido a que sus políticas de inversión le dan bastante relevancia lo cual puede incrementar su rentabilidad y, eventualmente, despertar la iniciativa de invertir en el exterior, más aun cuando ya se tiene como plataforma a las Empresas Grannacionales.

Esta reflexión da lugar a pensar en la idea de la efectiva reciprocidad, pues estos acuerdos no solo deberían importar principalmente por la implicancia de la inversión extranjera directa en el Estado como anfitrión, sino también por la necesidad de que las inversiones bolivianas gocen de protección y garantías fuera del país, y si ello podría resultar para Bolivia como un factor atractivo, además de comprobar si anteriormente así sucedió con los primeros modelos.

No obstante, antes de ir a una negociación, es esencial contar con un modelo preparado de forma coordinada y consensuada, y en cuya elaboración hayan participado las instituciones estatales de relevancia en el ámbito de inversiones, a fin de contar con un prospecto de acuerdo internacional de inversiones en el que se plasme que estas contribuyan al desarrollo del país, así como un margen adecuado de protección de aquellas, procurando un equilibrio de derechos, beneficios y

obligaciones entre el Estado y los inversores. Este aspecto será analizado también desde la perspectiva institucional en un siguiente punto.

3.2.2. Consideraciones de orden jurídico

Ha sido posible verificar que el camino se encuentra allanado para la negociación de nuevos AII, puesto que así lo prevé el Plan Nacional de Desarrollo, incluso teniendo como un eje priorizado la elaboración de un modelo de acuerdo en materia de inversiones, así como la revisión y perfeccionamiento de otros compromisos internacionales relacionados, siendo una de las estrategias de trabajo de política exterior (por parte del Ministerio de Relaciones Exteriores) el posicionar en la agenda formal la negociación de nuevos tratados bilaterales de inversión.

En el ámbito de fondo, la negociación de nuevos AII debe atenerse a los principios constitucionales de independencia e igualdad, no intervención en los asuntos internos y solución pacífica de conflictos; defensa y promoción de los derechos; cooperación y solidaridad entre los Estados; armonía con la naturaleza, defensa de la biodiversidad y prohibición de formas de apropiación privada para el uso y explotación exclusiva de plantas, animales, microorganismos y cualquier materia viva; acceso de toda la población a los servicios básicos; y protección y preferencias para la producción boliviana, y fomento a las exportaciones con valor agregado. Esto quiere decir que las cláusulas a ser tratadas deberán responder a una orientación en la que se vele por los intereses del Estado y de su población.¹⁵³

Puede observarse que la visión de Bolivia hacia la inversión extranjera también se enfoca dentro de un ámbito de desarrollo sostenible, pues se prevé la realización de actividades en distintos sectores, principalmente en el primario pero con una lógica de buscar el bienestar de la población llevando adelante un desempeño en armonía con el ambiente. Así lo indican el Plan Nacional de Desarrollo, la Constitución de 2009 y la Ley de Promoción de Inversiones. Es así que podría pensarse en la incorporación de enunciados que hagan mención a ese fin perseguido por el Estado buscando que este sea mutuo.

¹⁵³ Constitución Política del Estado de Bolivia [2009], segunda parte, “Estructura y organización funcional del Estado”, tít. VIII, “Relaciones internacionales, fronteras, integración y reivindicación marítima”, cap. primero “Relaciones internacionales”, art. 255:105.

Aspectos de fondo La Constitución ya brinda el estatuto básico de protección de las inversiones extranjeras respecto de la garantía del derecho a la propiedad, la libertad de empresa, la opción de otorgamiento de concesiones para el aprovechamiento de recursos estratégicos, y la protección de los factores de producción, lo cual es complementado con las disposiciones de la Ley de Promoción de Inversiones, que regula aspectos más específicos y necesarios para el desenvolvimiento de la inversión extranjera como ser las definiciones de inversión y sus formas de aporte, su registro, la transferencia de divisas en moneda libremente convertible, los incentivos que les pueden ser otorgados, las condiciones de transferencia tecnológica y las de cumplimiento de legislación laboral y tributaria internas.

En ese contexto, es importante concluir que, a partir de la verificación del marco jurídico boliviano a nivel nacional e internacional, no existen restricciones a fin de que el país pueda llevar adelante la negociación de AII, como una estrategia de atracción de inversiones extranjeras. A propósito de explicar lo mencionado resulta pertinente recordar el proceso de denuncia de los TBI.

Los tratados bilaterales de inversión suscritos por Bolivia fueron denunciados a raíz de la reforma de la política económica en la materia y la contradicción de sus disposiciones con los nuevos preceptos constitucionales vigentes desde 2009. Es así que los argumentos más relevantes que justificaron dicha acción estatal estuvieron relacionados con los estándares de tratamiento y la solución de controversias entre Estado e inversor.

Primero, en lo que respecta a la cesión de estándares de trato, Bolivia comprendió que la mayoría de los TBI contenían las cláusulas tradicionales del trato nacional, el trato de la nación más favorecida y el trato justo y equitativo, las cuales, según su criterio, contravendrían lo indicado en el artículo 320.I de la Constitución cuando esta señala que la inversión boliviana se priorizará frente a la extranjera; así como lo previsto en el párrafo III del mismo artículo sobre el no otorgamiento, a Estados y empresas extranjeras, de condiciones más beneficiosas que las establecidas para los bolivianos; y el párrafo V acerca de la promoción del consumo interno de productos hechos en Bolivia. A esto se adiciona la posición del Estado al considerar

que la interpretación arbitral de los principios de trato justo y equitativo ha sido muy diversa llegando a ocasionar conflictos.

Sobre el particular, si se piensa que existe una contradicción entre dichos estándares de tratamiento y la priorización de la inversión nacional, resulta propicio reconsiderar su planteamiento en un futuro AII. La tendencia internacional sugiere la sujeción del trato nacional a las leyes y regulaciones internas, como lo hizo Brasil en el artículo 4 del CFIA con México señalando que dentro de las medidas de regulación y mitigación de riesgos “Cada Parte deberá admitir y alentar las inversiones de inversionistas de la otra Parte, de conformidad con sus leyes y reglamentos aplicables”. De esta forma, en el caso de Bolivia, el trato nacional se entendería en un marco de posibilidad de priorización de la inversión nacional sobre la extranjera, por ejemplo, la mediante la concesión de incentivos generales y específicos conforme a la Ley de Promoción de Inversiones.

Otra recomendación respecto de la cláusula del trato nacional está orientada a su omisión; tal es el caso de Indonesia que, a pesar de plantear contenidos sobre el TN como la excepcionalidad de un trato especial a favor de determinadas empresas, este país al descarta la incorporación de la cláusula correspondiente en su TBI firmado con Chile en 1999, practica seguida por los Emiratos Árabes Unidos y Vietnam con su TBI de 2009. O bien se podría clarificar el contenido del TN mediante el establecimiento de su aplicabilidad *en circunstancias similares* tal cual se prevé en el artículo 4 del Modelo de TBI de India.

En cuanto al trato de la nación más favorecida, a pesar de que en un inicio el IPFSD no contemplaba la opción de omitir la cláusula, así se procedió en la celebración del Acuerdo sobre Inversiones bajo el Marco del Partenariado Económico Comprehensivo Regional entre la Asociación de las Naciones del Sur de Asia e India en 2014. Mientras que, en relación al trato justo y equitativo, la tendencia va en sentido de la descripción de las obligaciones del Estado que implica su otorgamiento. India lo plantea así en su modelo de acuerdo con una lista exhaustiva que comprende: la prohibición de denegación de justicia; el deber de garantizar el debido proceso y la obligación de abstenerse de dar un tratamiento abusivo mediante continuas, injustificadas e indignantes medidas de coerción o

acoso. Asimismo, lo hace Indonesia incluyendo en su lista la prohibición de denegar justicia y el asegurar la protección policial ante una situación de daño físico.¹⁵⁴

Ahora bien, el segundo argumento de la denuncia de los TBI fue su discordancia con la Constitución en relación a la solución de controversias, como argumento de la denuncia de los TBI, debido a que la norma constitucional establece el sometimiento de las inversiones extranjeras a la jurisdicción, a las leyes y a las autoridades bolivianas, sin la posibilidad de invocar situación de excepción alguna, ni apelar a reclamaciones diplomáticas a fin de obtener un trato más favorable.

Es posible hacer notar que, si bien se percibe una restricción latente para recurrir al arreglo de diferencias relativas a inversiones a través del sistema internacional típico, es decir, mediante arbitraje internacional, existen alternativas en la tendencia internacional que permiten que los Estados las sopesen a fin de implementar medidas concretas.

En Bolivia recientemente se promulgó una nueva Ley de Conciliación y Arbitraje que declara a ambos métodos como nacionales, no obstante, en dicha norma no se establecen requisitos de nacionalidad de las personas facultadas a resolver la diferencia, esto quiere decir que en la designación de árbitros y conciliadores podría optarse por recurrir a expertos internacionales, lo cual puede asemejarse más a una garantía de independencia e imparcialidad del foro llamado a dar solución al conflicto, en comparación al establecimiento estricto de los tribunales locales como instancias únicas de resolución de controversias entre el Estado e inversores. Este aspecto puede no proyectarse tan desalentador para el inversor extranjero. De igual forma, deben analizarse todas las implicancias sobre la posición de una posible contraparte, pues se estaría planteando prácticamente que los diferendos se sometían a las disposiciones bolivianas, a pesar de que sustancialmente el mismo sea resuelto en derecho en aplicación de la norma jurídica pertinente.

Ante este escenario, resulta útil mirar hacia la experiencia de Australia en cuyo Acuerdo de Asociación Económica con Japón (capítulo 14) no incluye previsiones sobre la solución de controversias entre Estado e inversionistas, situación que para Bolivia podría considerarse, pues estaría dejando expedita la vía para la aplicación de la ley anteriormente señalada.

¹⁵⁴ UNCTAD, *World Investment Report 2015*, 109-10.

Otra alternativa interesante a ser observada es la planteada por el Brasil. Hay que recordar que este país se caracteriza por ser un país que nunca ha afrontado un proceso de arbitraje internacional, toda vez que nunca ha ratificado los TBI que había suscrito. Sin embargo, ha celebrado CFIA con Mozambique, México, Angola y Malawi.¹⁵⁵

En los CFIA se esboza, en primer lugar, una opción de llegar a un acuerdo en el caso de presentarse una controversia, mediante un Comité Conjunto de Representantes Gubernamentales creado en virtud del tratado. Por ejemplo, en el caso del CFIA con Angola, es una función del Comité la de buscar el consenso y la solución amigable de conflictos relacionados con inversiones, proceso que podría llevar a tipos de mediación que permitan la participación de todos los inversionistas y los Estados parte. En ese contexto, se iniciaría un procedimiento por cualquiera de las dos partes en conflicto en el que prime el dialogo, las reuniones conjuntas, las consultas y las recomendaciones del Comité; de no llegar a una solución por medio de esas vías, la diferencia sería sometida a un arbitraje entre Estados.¹⁵⁶ Por otro lado, en estos acuerdos resalta la figura del *Ombudsmen* que entre sus funciones tiene la de investigar reclamos recibidos por el gobierno y los inversores e intentar resolver diferencias, por lo tanto, se apunta a la independencia de este actor, quien está llamado a prevenir el conflicto y facilitar soluciones de forma coordinada.

Es así que la experiencia brasilera en la celebración de nuevos acuerdos de inversión podría ser observada y analizada por parte de Bolivia, tomando en cuenta este tipo de métodos para el robustecimiento de otras vías más sencillas de solución de controversias a través del diálogo, espíritu que se comparte en la Ley de Conciliación y Arbitraje, siendo la última alternativa de arreglo el arbitraje entre Estados, como elemento de exigibilidad internacional del cumplimiento de lo pactado.

De esta manera, se ha observado que ni las disposiciones de la Constitución ni las de las nuevas leyes se muestran como impedimentos para que Bolivia pueda

¹⁵⁵ Natalie Bernasconi- Osterwalder y Martin Dietrich Brauch, “Comparative Commentary to Brazil’s Cooperation and Investment Facilitation Agreements (CFIAs) with Mozambique, Angola, Mexico and Malawi”. *International Institute for Sustainable Development: Comentario* (septiembre 2015), 1 < <http://www.iisd.org/publications/comparative-commentary-brazil-cooperation-and-investment-facilitation-agreements> > Consulta: 5 octubre, 2015.

¹⁵⁶ *Ibíd.*, 5, 12, 13, 14 y 15.

celebrar acuerdos internacionales de inversión debido a que su marco jurídico no contradice expresamente la tendencia del Derecho Internacional de las Inversiones, sino la de un modelo anterior que ya no se seguiría, y que en todo caso, haciendo referencia a previsiones específicas, podrían omitirse o ajustarse a la nueva realidad jurídica como lo vienen practicando otros países.

Es así que, a pesar de que en las normas nacionales si se contempla un cambio en cuanto a las libertades ofrecidas a los inversores, el régimen jurídico boliviano no es tan limitativo como pretende mostrarse, puesto en este país la IED juega un rol preponderante como impulsor del sector económico que genera más recursos, por lo tanto, la política debiera estar orientada a garantizar su presencia y atracción a través de un ordenamiento jurídico de le otorgue seguridad, lo que es constatable cuando se observa que el PND comprende la celebración de tratados de inversión, cuando la ley de inversiones contiene algunos elementos convencionales que se encuentran en los AII, y cuando existe una ley de arbitraje que no excluye la participación de árbitros extranjeros como encargados de resolver una disputa Estado-inversor.

Cabe agregar que este cuadro nacional es complementado con algunos instrumentos de carácter internacional que enarbolan el espíritu de fomento a las inversiones extranjeras, como la Decisión 291, los Acuerdos de Complementación Económica, entre otros.

Aspecto procedimental Pasando al campo procedimental, la negociación se enmarcaría en la Ley de Celebración de Tratados que establece como tratados formales que requieren ratificación del Órgano Legislativo, a los acuerdos de carácter económico comercial. A pesar de especificarse esa última categoría (comercial), por su relación con las inversiones, sea en el ámbito de política pública para el tratamiento de las mismas o respecto de los efectos comerciales de las medidas aplicadas en la materia, se considera que, ante la eventual negociación de AII, estos deberían también ser sujetos a la ratificación de la Asamblea Legislativa Plurinacional con posterioridad a los procedimientos de rigor.

Seria imperante que dicho proceso sea ejecutado con total cautela y regularidad, a fin de evitar *aprobaciones de urgencia* que, por ejemplificar, se suscitaron en el periodo 1978-1994 (época en la que se celebraron varios TBI) época en que las sesiones del Congreso, por lo general, eran de corta duración no

permitiendo una discusión profunda de una gran cantidad de leyes y convenios internacionales.

Estos instrumentos incluso podrían ser sometidos a un control previo de constitucionalidad total o parcial por parte del Tribunal Constitucional Plurinacional previa ratificación, puesto que a pesar de que una eventual negociación de AII se llevaría adelante dentro del marco constitucional, cualquier tratado formal antes de su ratificación podría ser sometido a ese examen si existiese duda razonable sobre su compatibilidad con los preceptos de la norma fundamental siendo esta situación percibida por el Presidente de Estado, el Presidente de la ALP, los Presidentes de las Cámaras de Senadores y Diputados, cinco senadores o diez diputados:¹⁵⁷ o bien si el cinco por ciento del electorado o el treinta y cinco por ciento de los miembros de la ALP consideraran que el tratado deba ser aprobado mediante referéndum.¹⁵⁸ De esa forma, el tratado a concluirse estaría totalmente cubierto para afrontar legítimamente cualquier cuestionamiento a su validez material, como sucedió en 2005 cuando se demandó la inconstitucionalidad de las leyes ratificadoras de los APPRI con Argentina, Países Bajos, Francia, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, España y Estados Unidos y sus correspondientes cláusulas de solución de controversias Estado-inversor,¹⁵⁹ recurso que fue resuelto con una declaración de constitucionalidad siendo los principales argumentos de la resolución la no revisión de fondo del objeto demandado por haber podido recurrir a la vía del control previo en su debida oportunidad, además de la prelación del *pacta sunt servanda* y el impedimento que plantea la Convención de Viena de 1969 en relación a invocar el derecho interno para justificar el incumplimiento de un tratado.¹⁶⁰

Certeza sobre la vigencia de TBI denunciados En cuanto a los elementos jurídicos, puede considerarse pertinente tener certeza con suma exactitud sobre el tiempo de vigencia de los mismos, pues habrá que tomar en cuenta que ante la

¹⁵⁷ Bolivia. Código Procesal Constitucional, Ley N°254, art. 107 en Gaceta Oficial del Estado Plurinacional de Bolivia, edición N° 392, (5 de julio de 2012),

¹⁵⁸ Constitución Política del Estado de Bolivia [2009], segunda parte, “Estructura y organización funcional del Estado”, tít. VIII, “Relaciones internacionales, fronteras, integración y reivindicación marítima”, cap. primero “Relaciones internacionales”, art. 259:106 y Código Procesal Constitucional, Ley N°254, art. 110.

¹⁵⁹ En la demanda, se alegaba la contradicción con el artículo 135 referido al hecho de que todas las empresas establecidas para explotaciones, aprovechamiento o negocios en el país, se consideraban nacionales quedando sometidas a la soberanía, a las leyes y a las autoridades bolivianas; y con el artículo 228 que versaba sobre la supremacía constitucional y la jerarquía constitucional.

¹⁶⁰ Bolivia. Tribunal Constitucional, Sentencia Constitucional N° 0031/2006 de 10 de mayo.

suscripción de nuevos acuerdos internacionales de inversión dependiendo de la fecha en la que se proceda con dicha estrategia, lo más probable es que Bolivia se halle en un escenario en el que durante un mismo periodo se encuentren en vigencia distintos regímenes de protección brindados por tratados, en caso de que se suscriba uno posterior con un mismo país.

Un ejemplo sería el caso en el que una inversión proveniente de España y que haya ingresado antes de la fecha efectiva de la denuncia del APPRI con dicho país, por efecto de la cláusula de prórroga, recibiría un tratamiento diferente en relación al recibido por una inversión que ingresara posteriormente o cuando haya entrado en vigor un nuevo y distinto tratado con aquel país.

Canales legalmente autorizados Es lógico que se sigan los canales autorizados legalmente para la negociación, por lo tanto, dicho proceso sería llevado adelante por el Ministerio de Relaciones Exteriores a través del Viceministerio de Comercio Exterior e Integración instancia que tiene a su cargo la promoción, el diseño y la negociación de tratados, convenios y acuerdos económicos, comerciales, de inversión y de integración. Debería procederse de esa manera previa definición de una agenda de relacionamiento priorizado con las posibles contrapartes, pues, como se señalaba en las condiciones de política económica, es importante contar con la certeza del porqué de esta estrategia con socios específicos, con base en la búsqueda del desarrollo de los diferentes sectores.

Este paso no debería ser dado sin la concertación con otros estamentos estatales en razón de la amplitud de la materia y su implicancia en otras áreas de la administración del Estado. Esta idea será abordada en el siguiente punto al examinar las consideraciones de carácter institucional.

3.2.3. Consideraciones de orden institucional

Coordinación interinstitucional Previa negociación de un acuerdo, es fundamental contar con un modelo elaborado y discutido por las instituciones con participación relevante en el ámbito de las inversiones. Un equipo de representantes de dichas entidades y que cuenten con la suficiente experiencia y preparación debería llevar adelante dicho trabajo. Ejemplo de una iniciativa similar se refleja en la experiencia ecuatoriana con la conformación del Comité Consultivo

Interinstitucional para el Análisis de los Convenios para la Promoción y Protección de Inversiones y para Evitar la Doble Tributación, integrado por la Dirección de Promoción y Exportaciones e Inversiones Bilaterales de la Cancillería, delegados del Ministerio de Comercio Exterior, Industrialización, Pesca y Competitividad, del Ministerio de Economía y Finanzas, del Servicio de Rentas, de la Procuraduría General del Estado y de la Corporación de Promoción de Exportaciones e Inversiones.¹⁶¹ La creación de dicho Comité por parte del Consejo de Comercio Exterior e Inversiones del Ecuador tuvo además el propósito de establecer una propuesta de política estatal, en las mencionadas áreas, a fin de impulsar el desarrollo de la economía ecuatoriana mediante la atracción y captación de inversiones extranjeras, evaluar el impacto de los acuerdos vigentes y sugerir las líneas de acción a aplicarse en futuros procesos de celebración de ese tipo de convenios.¹⁶²

Una delegación formada bajo una estructura similar no solo debería estar encargada de confeccionar un modelo base de acuerdo, sino también, de acompañar las negociaciones respectivas, debido a que no sería aconsejable que aquel proceso sea realizado de manera aislada por una instancia de gobierno, sino que la estrategia sea articulada incluyendo la participación de los estamentos públicos necesarios, e incluso privados como el caso del Ecuador.¹⁶³

Es interesante lo señalado por el Viceministro de Comercio Exterior e Integración al mencionar la posible asistencia del Ministerio de Planificación del Desarrollo y de la Procuraduría General del Estado en una eventual negociación, lo cual se percibe como una táctica coherente para los fines perseguidos. No obstante, se considera oportuno que, dada la viabilidad permitida por las leyes y decretos anteriormente descritos, siendo relevante la Ley del Servicio de Relaciones

¹⁶¹ Gustavo Guerra Bello, “La negociación de acuerdos internacionales de inversión como instrumento para la promoción de inversiones en el Ecuador” (tesis de maestría. Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2008), 90.

¹⁶² Ecuador. Consejo de Comercio Exterior e Inversiones, COMEXI. Resolución No. 290. Registro Oficial, No. 487, 22 de diciembre del 2004.

¹⁶³ Cabe señalar que dada la aprobación del Informe Técnico referente a la Propuesta de Relacionamiento Internacional de Ecuador en Materia de Inversiones presentado por el Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio e Integración, a partir de la creación del Comité Consultivo, se encomendó a dicha cartera de Estado el desarrollo de los correspondientes procesos de renegociación de los Convenios Bilaterales de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones vigentes, suscritos por el Gobierno Ecuatoriano a fin de que sus términos y compromisos se adecuen al nuevo marco constitucional vigente en el Ecuador. Asimismo, se le instruyó la elaboración de un modelo para la negociación de Acuerdos de Promoción de Inversiones y la definición de la hoja de ruta para la priorización e inicio de aquellos procesos. Ecuador. Consejo de Comercio Exterior e Inversiones, COMEXI. Resolución No. 474. Registro Oficial, No. 550, 17 de marzo de 2009.

Exteriores –la cual establece que la política exterior, de la que es parte la negociación de nuevos TBI, debe ser ejecutada y difundida–, la Cancillería puede recurrir al asesoramiento especializado de otros Ministerios, autoridades, ex autoridades, profesionales especializados o expertos de trayectoria, con quienes trabajaría coordinadamente para la ejecución adecuada de dicha política.

En ese contexto, el equipo de instituciones podría estar compuesto por el Viceministerio de Comercio Exterior e Integración, el Viceministerio de Comercio Interno y Exportaciones, la Subprocuraduría de Defensa y Representación Legal del Estado, el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, el Ministerio de Planificación sea a través del Viceministerio de Inversión Pública y Financiamiento Externo y/o del Viceministerio de Planificación Estratégica del Estado,¹⁶⁴ y el Banco Central de Bolivia, como entidad encargada del registro de las inversiones extranjeras.

De hecho, esa coordinación ya es perceptible recientemente en lo que respecta a la organización de la Conferencia de Alto Nivel para promocionar las inversiones extranjeras en el Estado Plurinacional de Bolivia, a realizarse a fines de octubre del presente año, estando a cargo de la misma los Ministros de Relaciones Exteriores, de Economía y Finanzas Públicas, de Planificación del Desarrollo, y de Desarrollo Productivo y Economía Plural.

Fortalecimiento de la capacidad negociadora Actualmente, haciendo un diagnóstico de la política exterior se han identificado las siguientes debilidades: la relativa coordinación entre las políticas de Estado a nivel intersectorial; el desconocimiento por parte de algunos delegados gubernamentales que viajan al exterior sobre posiciones nacionales en reuniones para los que son acreditados; y los

¹⁶⁴ Se sugiere la participación del Viceministerio de Inversión Pública y Financiamiento Externo en virtud de lo dispuesto en el artículo 48 del Decreto Supremo de Organización del Órgano Ejecutivo, y/o del Viceministerio de Planificación Estratégica del Estado pues este tiene las atribuciones de diseñar políticas e instrumentos para el fortalecimiento de las empresas públicas y su articulación con las formas de organización económica privada, social, cooperativa y comunitaria; y de desarrollar procesos normativos orientados al fortalecimiento de la gestión empresarial pública y al abastecimiento de mecanismos, incentivos y condiciones para la promoción de la inversión boliviana y extranjera pública y privada en el país. <<http://www.planificacion.gob.bo/estructura-institucional>> Consulta: 20 octubre, 2015.

acuerdos de inversión y propuestas de análisis de entorno económica-comercial sin la observancia de los lineamientos de la política exterior.¹⁶⁵

Por lo cual, es necesario combatir este escenario a través del fortalecimiento de la capacidad negociadora, de la difusión y consciencia de la política de inversiones y la política exterior, y consecuentemente de la coordinación permanente de los principales actores y delegados en el ámbito.

¹⁶⁵ Plan Estratégico Institucional 2013-2017 del Ministerio de Relaciones Exteriores, 67-8.

CONCLUSIONES

Respecto de la estructura internacional de la protección de las inversiones extranjeras es posible concluir que la construcción de los conceptos, por lo general, ha sido fruto del surgimiento de controversias en el ámbito, en las cuales se ha disputado el entendimiento de ciertas disposiciones en los TBI, de manera tal, que muchas ideas han ido nutriéndose a partir de reflexiones jurisprudenciales para su mejor comprensión, pues lo dispuesto en los tratados ha dado lugar a ambigüedades por la generalidad de sus términos y su necesaria configuración en una situación fáctica.

En ese contexto, la definición de lo que es una inversión extranjera como objeto de protección del Derecho Internacional involucra separar los dos tipos de inversión, por un lado: la de cartera que por su volatilidad no merece la atención de esta disciplina –por lo menos no al nivel en el que se aborda en la presente tesis– a no ser que esté incluida en la lista de activos de la definición de inversión, en un APPRI, por su relación con ella; y por otro lado, la IED que es la que si interesa a los fines de este trabajo.

Con esa separación, entonces, queda entender que la inversión extranjera es la introducción de activos en una economía distinta a la de su origen, en la cual es expuesta a riesgos por un periodo de tiempo largo, a propósito de obtener un rendimiento fruto de aquella actividad que, además, se encuentra canalizada a través de la participación del inversor en la dirección de una empresa. Esto sin olvidar que, en el régimen interno, los países son libres de dar una definición de inversión extranjera. Sin embargo, para el mundo del derecho su comprensión exacta no será unívoca, debido a que se está tratando con concepto no jurídico sino con un proceso económico que puede ser proyectado en diferentes realidades jurídicas.

Por los efectos que podría producir la inyección de activos extranjeros en un país receptor en cuanto a la transferencia de tecnología, la generación de empleo, y la diversificación, es necesario tener conocimiento sobre las razones que determinan su atracción. Es así, que dependiendo del tipo de inversión sea por la búsqueda de mercado, búsqueda de recursos y/o la búsqueda de eficiencia, los factores de atracción pueden deberse: al marco de políticas –entre las cuales se encuentra la

estrategia de suscripción de AII–; a condicionantes económicos; y la facilitación de la actividad empresarial.

En lo que concierne a la política pública, la tendencia plantea una necesidad de coordinación de medidas en los niveles nacional e internacional a fin de dar lugar a un clima favorable para las inversiones extranjeras, que se maximicen las incidencias positivas y se minimicen las negativas. La UNCTAD, a través de la herramienta IPFSD, ha dado a conocer sugerencias de directrices de políticas públicas que giran alrededor de una preponderancia del desarrollo sostenible como objetivo, y el redireccionamiento hacia ella de la política de inversión. Destacan entre estas recomendaciones aquellas orientadas a la articulación de políticas sectoriales, y la inclusión y/o exclusión de algunos elementos en los AII.

La estructura de protección de la inversión extranjera ha seguido una evolución que partió de una concepción de protección del comercio, para luego tomarse como una materia autónoma que en primera instancia fue objeto de intentos de regulación multilateral y que, por la falta de consenso de entendimientos entre países, se optó por la iniciativa de reglas bilaterales comunes, que hace más de medio siglo ha sido la práctica de los Estados en relación al tratamiento jurídico internacional de la IED.

Los TBI recogen principios del Derecho Internacional –que en principio fueron traspasados al área comercial– para establecer estándares de trato de los inversores y de la inversión extranjera cuyo otorgamiento por parte del Estado receptor constituye una obligación para este. Entre ellos están: el trato justo y equitativo; la protección y seguridad plenas; la garantía de la libre transferencia de fondos; el trato de la nación más favorecida; el trato nacional; la cláusula paraguas; el acceso a la justicia; la emergencia, necesidad, conflictos armados y fuerza mayor; y la preservación de derechos.

Ya en el entorno nacional, se puede indicar que Bolivia es un país en cuya economía la entrada de capitales extranjeros ha tenido mucho protagonismo y cuya regulación en un marco constitucional ha respondido a una lógica liberal durante más de cien años. No obstante, a mediados del siglo XX es cuando el tratamiento de las inversiones extranjeras ya comienza a tener un alcance legal junto con las disposiciones constitucionales que ya daban forma a un estatuto básico de

protección, conjunto al cual se incorporaron normas supranacionales como las Decisiones de la CAN y otras normas de incentivos a las inversiones. Dicho proceso normativo fue acompañado de la incorporación de Bolivia a organismos internacionales que se desenvuelven en la materia, como el MIGA y el CIADI, la celebración de TBI y la promulgación de leyes de corte liberal que potenciaron los flujos de IED hacia el país.

De esa forma, la suscripción de tratados bilaterales de inversión se concretó en un escenario de reformulación estructural de la política económica que apuntó a la liberalización de la economía, limitando la función del Estado casi a la mera admisión y facilitación de la inversión extranjera, y adaptando su marco jurídico en la misma sintonía.

Posteriormente, dada la asunción del poder por parte de un gobierno que enarbolaba un cambio de visión del Estado y su incidencia en economía, se llevan adelante acciones como la renegociación de contratos petroleros, la modificación del régimen hidrocarburífero, la reconfiguración del marco jurídico, así como la denuncia tratados internacionales en materia de inversiones (vigentes por efecto de las cláusulas de prórroga).

Los procesos de denuncia fueron motivados principalmente por la contradicción de sus artículos con las nuevas previsiones constitucionales sobre la inversión extranjera que propugna la priorización de la inversión nacional frente a la extranjera y el sometimiento de esta última a la jurisdicción, a las leyes y a las autoridades bolivianas.

En ese sentido, el nuevo modelo económico propugna un perfil del Estado como actor multifacético en la economía: planificador, regulador, inversor y empresario, orientando sus esfuerzos a garantizar el bienestar colectivo. Así lo plasma en la Constitución y en su Plan Nacional de Desarrollo.

En la Constitución de 2009 se establecen previsiones abiertas hacia la inversión extranjera que permiten formar un marco esencial de protección a través de la protección y garantía del derecho a la propiedad, la libertad de empresa, el respeto a la iniciativa privada y la posibilidad de concesionar el aprovechamiento de recursos estratégicos y la provisión de servicios básicos, primordialmente. Pero sin duda, el

aspecto más resaltante en la norma fundamental es la sujeción del tratamiento de la inversión extranjera a un escenario de control tripartito –en otras palabras el sometimiento a las leyes, las autoridades y a la jurisdicción bolivianas– en el que el Estado se desenvuelve con total independencia en ponderación de su derecho a regular, así como la priorización de la inversión nacional sobre la extranjera.

Mientras tanto, el PND plantea una política de inversión dirigida a la diversificación de la economía, fortaleciendo adecuadamente los sectores de la matriz productiva, en la que la IED juega un rol importante en el sector estratégico generador de excedentes, y de manera subsidiaria en los demás sectores, principalmente en el generador de recursos y empleo. Por dicha relevancia la política de tratamiento de la inversión extranjera busca otorgarle seguridad jurídica y reglas claras sobre su aporte al Estado y a la sociedad. Es así que en el marco de las relaciones económicas internacionales, se tiene inscrita la suscripción de acuerdos internacionales de inversión.

Esa previsión va de la mano con la promulgación de las nuevas leyes de promoción de inversiones y de conciliación y arbitraje, como pilares normativos, además de las atribuciones asignadas a distintos estamentos estatales acreditados para celebrar tratados internacionales de inversión o al menos ser partícipes de las discusiones que a ese propósito sean pertinentes. A lo que se agrega una política nacional de incentivos a las inversiones en el sector de hidrocarburos y otras acciones de promoción como la organización de la Conferencia de Alto Nivel a realizarse en Nueva York, a finales de 2015.

Vista esa realidad, y teniendo en cuenta que las relaciones económicas internacionales, como en las relaciones internacionales en general, los Estados optan mayoritariamente por la celebración de tratados con el fin de proteger sus intereses con respecto a compromisos asumidos por ellos con otros sujetos de Derecho Internacional, concretamente otros Estados.

Bolivia no escapa de dicha percepción y práctica, y en materia de inversiones se guía por el pilar de una participación balanceada de la inversión extranjera, la nacional privada y pública, como una de las bases de la negociación de acuerdos internacionales de comercio e inversiones con un perfil de apertura moderada y selectiva en función de ventajas dinámicas, y no alineado a una orientación de

liberalización profunda ni de proteccionismo. De igual forma, de acuerdo al PND, se considera la suscripción de acuerdos comerciales en el marco del TCP como forma de promover las inversiones en favor de los bolivianos.

A fin de garantizar la protección de sus intereses en cuanto a su derecho a regular el tratamiento de las inversiones extranjeras en su territorio, así como para proteger los intereses de los inversores nacionales en el exterior, Bolivia debería acogerse a la negociación de acuerdos internacionales de inversión en adecuación de las tendencias del Derecho Internacional y de las recomendaciones de los lineamientos de política pública, a la visión de protección jurídica de las inversiones extranjeras establecida en su Constitución, su planificación nacional y sus leyes en la materia.

Para ese propósito, es recomendable que el país tome en cuenta elementos de distinto orden que permitan una negociación adecuada de acuerdos internacionales de inversión. En primer lugar, resultaría indispensable considerar aquellos elementos de política económica, sugiriéndose la realización de un estudio econométrico, por parte del Ministerio de Planificación del Desarrollo, que pueda demostrar los efectos de la suscripción de TBI que fueron denunciados con el objeto de conocer su verdadera incidencia en la atracción de inversión extranjera, como experiencia observable a la hora de plantear un modelo distinto de acuerdo, además de que dicho estudio contribuya a la priorización del relacionamiento económico internacional con las posibles contrapartes. De otra parte, es fundamental que el Estado dirija su estrategia de negociación en coordinación de la política nacional y la internacional en el área de inversiones.

También es importante, la relación de las políticas de inversión con otras políticas sectoriales como la comercial, tributaria, laboral, ambiental y de propiedad intelectual pues, como se vio y se lo plantea en el IPFSD este campo no puede ser analizado aisladamente sea por sus efectos y/o por sus determinantes. Por otro lado, debería considerarse el desempeño de otras empresas en distintos sectores identificando la necesidad del potenciamiento de algunos, si se pudiera, mediante IED y así contar con mayor certeza sobre qué tipo de inversión se desea atraer.

No puede dejarse de lado la idea de la efectiva reciprocidad a pesar de que los últimos años no se registraron inversiones bolivianas en el extranjero y en los

anteriores los flujos han sido mínimos, debido a que no se tiene seguridad de que este panorama no vaya a cambiar en adelante, sin olvidar que la tendencia internacional refleja que el ambiente de las inversiones se encuentra en constante mutación de forma tal que los Estados también son inversores.

Jurídicamente, después de haber verificado el marco de reglas nacionales e internacionales, además de lo previsto en la planificación nacional se ha constatado que no existen restricciones que impidan que Bolivia opte por la negociación de acuerdos internacionales como una estrategia de atracción de flujos de inversión. Es así que, si bien los contenidos tradicionales de los TBI respecto de las cláusulas de trato y de solución de controversias fueron los motivos de denuncia de los mismos por su contradicción con la Constitución, en una negociación viable deberían considerarse las alternativas planteadas por la tendencia internacional, como la omisión de ciertas cláusulas o su sujeción a la ley nacional, ya que la misma no es discrepante con el actual régimen jurídico interno en la materia.

Procedimentalmente, la negociación se enmarcaría en la Ley de Celebración de Tratados sugiriendo su ratificación por el Órgano Legislativo, calificándolos como formales evitando aprobaciones de urgencia. Inclusive se plantea su control de constitucionalidad a fin de afrontar legítimamente cualquier cuestionamiento a su validez material.

Finalmente, habrá que considerar que como factores institucionales será relevante prestar atención a la acción conjunta de representantes de entidades gubernamentales, debido a que se recalca que, por todas las implicancias de la inversión extranjera en una economía, se requiere del ejercicio de una práctica coordinada respecto de los aspectos que se relacionen con su tratamiento, tomando en cuenta que la estructura jurídica interna así lo sugiere y autoriza. Todo esto tomando en cuenta la necesidad del fortalecimiento de la capacidad negociadora y la difusión certera de la posición nacional hacia los funcionarios que compondrían una delegación interinstitucional que tenga la tarea de negociar nuevos acuerdos internacionales de inversiones.

Con el presente trabajo se ha demostrado que, de acuerdo a las condiciones de política pública y el marco jurídico, es posible que Bolivia celebre de acuerdos internacionales de inversión, puesto que las mismas no se encuentran en disonancia

con las tendencias la estructura internacional de protección de las inversiones extranjeras, lo cual viene complementado con la consideración de elementos necesarios que contribuyan a llevar adelante aquel proceso de la manera más adecuada.

Sin embargo, quedan labores pendientes para poder ajustar óptimamente los lineamientos que sugiere el Derecho Internacional de las Inversiones respecto de los contenidos del AII a negociarse. De esa manera, es necesario que Bolivia desarrolle un entendimiento acerca de lo que involucra la priorización de la inversión extranjera frente a la nacional y su relacionamiento con los principios de igualdad y no discriminación.

Lo mismo sucede en el ámbito de solución de controversias, cuyo nuevo régimen aún no se ha llevado a la práctica, y en relación a ello, llama la atención que la designación de árbitros y conciliadores pueda recaer sobre expertos internacionales –lo cual podría ser lo más probable a fin de ofrecer más garantías a los inversores extranjeros– por su trayectoria y su pericia en el manejo de los complejos temas en cuestión, lo que marca una brecha significativa respecto de la opción de someter una diferencia a tribunales locales por su típica debilidad institucional. En ese sentido, cabría preguntarse si indirectamente no se estaría manteniendo aspectos del esquema que se quiso abandonar en un principio, toda vez que la controversia sería resuelta por una autoridad arbitral cuyo bagaje se base precisamente en dicho esquema, sin olvidar que ha sido mediante la jurisprudencia del CIADI, principalmente, del Consejo del TLCAN, y otras instancias arbitrales, que se han cimentado los entendimientos en materia de inversiones.

BIBLIOGRAFÍA

- Aguilar Pacajes, Hernán. Inversión extranjera directa en Bolivia, un enfoque sectorial e institucional (2012). <http://www.inesad.edu.bo/bcde2012/papers/33.%20Aguilar_InversionExtranjeraDirectaBolivia.pdf> Consulta: 9 de septiembre, 2015.
- Arce Catacora, Luis Alberto, Ministro de Economía y Finanzas Publicas del Estado Plurinacional de Bolivia. “El modelo económico social, comunitario y productivo y sus resultados” *Presentación: Universidad San Francisco Xavier*, Chuquisaca, 9 de agosto de 2013.
- Banco Central de Bolivia, *Reporte de Saldos y Flujos del Capital Privado Extranjero en Bolivia 2014*. La Paz: BCB, 2015.
- . *Reporte del Capital Privado Extranjero en Bolivia 2013*. La Paz: BCB, 2014.
- . *Reporte de Saldos y Flujos del Capital Privado Extranjero en Bolivia 2011-2012*. La Paz: BCB, 2013.
- . *Reporte de Saldos y Flujos del Capital Privado Extranjero en Bolivia 2010-2011*. La Paz: BCB, 2012.
- . *Reporte de Saldos y Flujos del Capital Privado Extranjero en Bolivia 2009-2010*.
<<https://www.bcb.gob.bo/webdocs/publicacionesbcb/INFORME%20CPE%202010.pdf>> Consulta: 10 septiembre 2015.
- . *Reporte de Saldos y Flujos del Capital Privado Extranjero en Bolivia 2008-2009*. <<https://www.bcb.gob.bo/webdocs/publicacionesbcb/cpe.pdf>> Consulta: 10 septiembre 2015.
- . *Reporte de Saldos y Flujos del Capital Privado Extranjero en Bolivia 2007-2008*. La Paz: BCB, 2009.
- Barberis, Julio A. *Fuentes del derecho internacional*. La Plata: Platiense, 1973.

- Bataller Martin, Francisco. “El papel del sector privado y de las inversiones extranjeras en el desarrollo: políticas comunitarias del apoyo en la Región Andina”. En *CORDES e Instituto de Relaciones Europeo- Latinoamericana, Comunidad Europea, Pacto Andino: Hacia la profundización de las relaciones birregionales*. Quito: CORDES/ IRELA, 1994.
- Bering, Jürgen y otros. *General Public International Law and International Investment Law*. Berlin: TELC, 2011.
- Bernasconi- Osterwalder Natalie y Martin Dietrich Brauch, “Comparative Commentary to Brazil’s Cooperation and Investment Facilitation Agreements (CFIAs) with Mozambique, Angola, Mexico and Malawi”. *International Institute for Sustainable Development: Comentario*. (Septiembre 2015). <<http://www.iisd.org/publications/comparative-commentary-brazil-cooperation-and-investment-facilitation-agreements>> Consulta: 5 octubre, 2015.
- Bolaños Linares, Rigel. *Inversión extranjera*. México D.F.: Porrúa, 2002.
- “Bolivia ya tiene ley de Conciliación y Arbitraje”. *El Deber* (Santa Cruz) 26 de junio de 2015. <<http://www.eldeber.com.bo/economia/ley-ley-arbitraje-y-conciliacion.html>>. Consulta: 1 octubre, 2015.
- CAF. *Camino a la transformación productiva en América Latina*. Caracas: CAF, 2006.
- . *Construyendo el Dorado, Lecciones del Programa Andino de Competitividad- PAC*. Lima: Metrocolor, 2003.
- CEPAL. *La Inversión Extranjera Directa en América Latina y el Caribe 2015*. Santiago de Chile: Naciones Unidas, 2015.
- . *Directorio sobre inversión extranjera y empresas transnacionales: caso Bolivia*, 1989, LC/R.865/Add.4, 15 de diciembre de 1989. Distribución restringida. BCB, BO/332.6739S C733b.
- Collantes González, Jorge Luis, dir. *Derecho Internacional económico y de las inversiones extranjeras*, vol. 9. Lima: Palestra/ Mario Castillo Freyre, 2009.

- . *Derecho Internacional económico y de las inversiones extranjeras*, vol. 10. Lima: Palestra/ Mario Castillo Freyre, 2009.
- Cuomo, Nahid. “La validez del acuerdo arbitral en materia de inversiones extranjeras e hidrocarburos en Bolivia”. *Iuris Tantum: Revista Boliviana de Derecho*. N°11, (2011).
- De Chazal Palomo, José Antonio. *Inversión Privada y Filosofía Empresarial*. Santa Cruz, CEPB, 1995.
- “Decisiones unilaterales frenan la inversión”. *Nueva Economía: Revista* (Santa Cruz), No. 984, 1 al 7 de diciembre de 2013, 11-4.
- Demirhan, Erdal y Mahmut Masca. “Determinants of Foreign Direct Investment Flows to Developing Countries”. *Prague Economic Papers*, No. 4 (2008). <<https://www.vse.cz/polek/download.php?jnl=pep&pdf=337.pdf>> Consulta: 7 agosto 2015.
- Díez-Hochleitner, Javier. “La Eficacia de los Tratados de Protección de Inversiones Extranjeras”. *Real Instituto Elcano de Estudios Internacionales y Estratégicos de Madrid*. <<http://www.realinstitutoelcano.org/calendarios/Diez-Hochleitner.pdf>>. Consulta: 5 octubre, 2015.
- Dolzer, Rudolph y Christoph Scheuer. *Principles of International Investment Law*. Nueva York: Oxford University Press, 2008.
- Echazu Alvarado, Luis Alberto. *Los nuevos dueños de Bolivia*. La Paz: Universidad Nacional Siglo XX, 1997.
- Escobar, Federico. “Inversiones y Seguridad Jurídica”. *Incertidumbre Jurídica: Los riesgos del cambio legal*, *Análisis: Revista de la Fundación Milenio*. N° 12. (Septiembre 2011): 72-8.
- Fundación Milenio y Konrad Adenauer Stiftung, *Suficiencia y eficacia de la inversión en Bolivia*. La Paz, Fundación Milenio/KAS, 2012.
- Granda, Víctor. *Contenido económico de las Constituciones de Bolivia y Ecuador, Reflexiones jurídico-políticas*. Quito: EDLE/ Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2015.

- Goitia Caballero, Carlos Alberto. *Constitución, Estado y Economía, Intervención del Estado en la economía en las constituciones de los países miembros de la Comunidad Andina*. La Paz: Azul, 2006.
- Goldin, Ian y Kennet Reinert. *Globalización para el desarrollo, Comercio, Financiación, Ayuda, Migración y Políticas*. Bogotá: Banco Mundial/ Planeta, 2007.
- Grabowski, Alex. "The Definition of Investment under the ICSID Convention: A defense of Salini". *Chicago Journal of International Law*, vol. 15, No. 1 (2014). <<http://chicagounbound.uchicago.edu/cjil/vol15/iss1/1>> Consulta: 7 septiembre, 2015.
- Guerra Bello, Gustavo. "Las disposiciones legales que desarrollan los preceptos constitucionales sobre la inversión privada extranjera en Ecuador". *Foro: Revista de Derecho*, No. 17 (I semestre de 2012), 31-61.
- . "La negociación de acuerdos internacionales de inversión como instrumento para la promoción de inversiones en el Ecuador". *Tesis de maestría*. Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2008.
- Hinojosa Martínez, Luis y Javier Roldan Romero, dirs. *Derecho Internacional Económico*. Madrid: Marcial Pons, 2010.
- Konrad Adenauer Stiftung. *Reflexión crítica a la Nueva Constitución Política del Estado*. La Paz: Presencia, 2009.
- Luna, Javier. *Las instituciones y el rol del Estado en la economía una mirada al caso boliviano*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador/ Ediciones Abya- Yala/ Corporación Editora Nacional, 2009.
- Mesa Gisbert, Carlos Diego, Teresa Gisbert Carbonell, y José de Mesa Figueroa. *Historia de Bolivia*, 6a. ed. aum. La Paz: Gisbert, 2007.
- Ministerio de Relaciones Exteriores del Estado Plurinacional de Bolivia. *Denuncia y Renegociación de Tratados Internacionales para su adecuación a la Constitución Política del Estado*. La Paz: Ministerio de Relaciones Exteriores, 2013.

- Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto y Honorable Congreso Nacional, *Los tratados internacionales y la relación entre los poderes ejecutivo y legislativo en Bolivia (1978-1994)*. La Paz: PAP, 1995.
- Perrone, Nicolás M. “Los tratados bilaterales de inversión y el arbitraje internacional en dirección al mejor funcionamiento de las instituciones domesticas?”. *Foro: Revista de Derecho*, No. 17 (I semestre de 2012), 63-88.
- Prieto, Gustavo. “Evolución del Derecho internacional de inversiones: hacia un régimen global estable”. *Foro: Revista de Derecho*, No. 17 (I semestre de 2012), 5-30.
- Remiro Brotóns, Antonio y Javier Diez-Hochleitner, dirs. *Derecho Internacional*. Madrid. McGraw-Hill, 1997.
- “Sin inversión extranjera no existe desarrollo”. *Cash, Negocios y Finanzas: Revista* (Santa Cruz), agosto 2013, 18-9.
- Soldevilla Garcia, Emilio. *Inversión y mercado de capitales*. Vigo: Milladoiro, 1990.
- Sornarajah, Muthucumaraswamy. *The international law on foreign investment*, 3a. ed. Nueva York: Cambridge University Press, 2010.
- Tempone, Ricardo Eduardo. *Protección de las inversiones extranjeras*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2003.
- “UNASUR, Logros y desafíos hacia la Integración Suramericana”. *Diplomacia Ciudadana* (Quito), No. 9, julio y agosto de 2014, 14-5.
- UNCTAD. *Alcance y definiciones, Colección de publicaciones de la UNCTAD sobre temas relacionados con los Acuerdos Internacionales de Inversión II*. Ginebra: Naciones Unidas, 2011.
- . *El papel de los acuerdos internacionales de inversión en la atracción de inversión extranjera directa hacia los países en desarrollo, Colección de publicaciones de la UNCTAD sobre políticas de inversión para el desarrollo*. Ginebra: Naciones Unidas, 2009.

- . *Fair and equitable treatment, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II*. Ginebra: Naciones Unidas, 2012.
- . *Informe sobre las Inversiones en el Mundo 2013, Panorama General, Las cadenas de valor mundiales: Inversión y Comercio para el Desarrollo*. Ginebra: Naciones Unidas, 2014.
- . *Investment Policy Framework for Sustainable Development*. Ginebra: Naciones Unidas, 2012.
- . *National treatment, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements*. Ginebra: Naciones Unidas, 1999.
- . *Trato de la Nación Más Favorecida, Colección de publicaciones de la UNCTAD sobre temas relacionados con los acuerdos internacionales de inversión, II*. Ginebra: Naciones Unidas, 2012.
- . *World Investment Report 2015, Reforming International Investment Governance*. Ginebra: Naciones Unidas, 2015.
- Valverde Soto, Max. "Bolivia se margina del CIADI". *Puentes: Revista*, vol. 9, No. 1 (2008).
- Vargas Piña, Julio. "La seguridad jurídica y las inversiones: apuntes para un enfoque integral". En *Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, Justicia y sociedad, hacia un mejor servicio público de justicia*. España: La Gótica, 1999.
- Vicepresidencia del Estado Plurinacional de Bolivia, Universidad Mayor de San Andrés e IDEA. *Miradas Nuevo Texto Constitucional*. La Paz: Instituto Internacional de Integración del Convenio Andrés Bello, 2010.
- Villegas Quiroga, Carlos. *Nuevo escenario y nuevos agentes de inversión en Bolivia*. La Paz: CEDLA, 1997.
- Consulta: 20 octubre, 2015. <<http://www.planificacion.gob.bo/estructura-institucional>>.

Consulta: 25 octubre, 2015 <<http://www.promueve.gob.bo/DocPDF/Acuerdos/Nuevos/TCPBolivia.pdf>>.

Comunidad Andina. Decisión 24, 31 de diciembre de 1970.

Comunidad Andina. Decisión 220, 11 de mayo de 1987.

Comunidad Andina. Decisión 291, 21 de marzo de 1991.

Comunidad Andina. Decisión 292, 21 de marzo de 1991.

Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados (1974).

Declaración sobre el Nuevo Orden Económico Internacional (1974).

Acuerdo sobre Medidas en materia de Inversiones relacionadas con el Comercio (1994).

Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (1969).

Tratado entre la República de Bolivia y la República Federal de Alemania sobre Fomento y Recíproca Protección de Inversiones de Capital, 23 de marzo de 1987.

Acuerdo sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre la República de Bolivia y la Confederación Suiza, 13 de noviembre de 1987.

Convenio entre el Gobierno de Bolivia y el Gobierno de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, sobre el Fomento y Protección a las Inversiones de Capital, 24 de mayo de 1988.

Convenio sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre el Gobierno de la República de Bolivia y el Gobierno de la República de Francia, 25 de octubre de 1989.

Acuerdo entre el Gobierno de la República de Bolivia y la Unión Económica Belga-Luxemburguesa relativo al Fomento y Protección Recíprocos de las Inversiones, 24 de abril de 1990.

Acuerdo entre el Gobierno de la República de Bolivia y el Gobierno de la República Italiana sobre Promoción y Protección de las Inversiones, 30 de abril de 1990.

Convenio sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre el Gobierno de la República de Bolivia y el Gobierno del Reino de Suecia, 20 de septiembre de 1990.

Acuerdo sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre el Reino de los Países Bajos y la República de Bolivia, 10 de marzo de 1992.

Convenio entre el Gobierno de la República de Bolivia y el Gobierno de la República Popular de China, para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, 8 de mayo de 1992.

Convenio sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre el Gobierno de la República del Perú y el Gobierno de la República de Bolivia, 30 de julio de 1993.

Convenio para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre la República de Bolivia y la República de Argentina, 17 de marzo de 1994.

Acuerdo entre la República de Bolivia y la República de Chile para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, 22 de septiembre de 1994.

Tratado de Libre Comercio entre Bolivia y México, 10 de septiembre de 1994.

Acuerdo entre el Gobierno de la República de Bolivia y del Reino de Dinamarca sobre la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, 12 de marzo de 1995.

Acuerdo entre la República de Bolivia y el Gobierno de la República de Cuba para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, 6 de mayo de 1995.

Convenio entre la República de Bolivia y la República del Ecuador para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, 25 de mayo de 1995.

Acuerdo sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre la República de Bolivia y Rumania, 9 de octubre de 1995.

Acuerdo entre el Gobierno de la República de Bolivia y el Gobierno de la República de Corea del Sur, sobre Fomento y Protección Recíproca de Inversiones, 4 de abril de 1997.

Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre la República de Bolivia y la República de Austria, 4 de abril de 1997.

Tratado entre el Gobierno de la República de Bolivia y el Gobierno de los Estados Unidos de América relativo al fomento y la protección recíproca de la Inversión, 17 de abril de 1998.

Acuerdo entre el Gobierno de la República de Bolivia y el Gobierno de la República del Paraguay sobre Protección Recíproca de Inversiones, 3 de mayo de 2001.

Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de inversiones entre la República de Bolivia y el Reino de España, 29 de octubre de 2001.

Acuerdo entre el Gobierno de la República de Chile y el Gobierno de la República de Indonesia, 7 de abril de 1999.

Acuerdo entre el Gobierno de los Emiratos Árabes Unidos y el Gobierno de la República Socialista de Vietnam para la Protección y Promoción de Inversiones, 12 de febrero de 2009.

Acuerdo de Asociación Económica entre Australia y Japón, Capítulo 14, 18 de julio de 2014.

Acuerdo sobre Inversiones bajo el Marco del Partenariado Económico Comprehensive Regional entre la Asociación de las Naciones del Sur de Asia e India, 12 de noviembre de 2014.

Acuerdo de Cooperación y de Facilitación de las Inversiones entre la República Federativa del Brasil y los Estados Unidos Mexicanos, 26 de mayo de 2015.

Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General de Naciones Unidas, de 24 de octubre de 1970.

Constitución Política del Estado de Bolivia [2009]. [Sucre]: Compendio normativo Tribunal Constitucional Plurinacional, 2013.

Constitución Política del Estado de Bolivia [2004]. [La Paz]: Edit. UPS, 2005.

Bolivia. Código Procesal Constitucional, Ley N° 254. Gaceta Oficial del Estado Plurinacional de Bolivia, edición N° 392. Sucre, 5 de julio de 2012.

Bolivia, Ley N° 3058 de Hidrocarburos. Gaceta Oficial del Estado Plurinacional de Bolivia, edición N° 2479. La Paz, 17 de mayo de 2005.

Bolivia. Ley N° 401 de Celebración de Tratados. Gaceta Oficial del Estado Plurinacional de Bolivia, edición N° 563. La Paz, 18 de septiembre de 2013.

Bolivia. Ley N° 465 del Servicio de Relaciones Exteriores. Gaceta Oficial del Estado Plurinacional de Bolivia, edición N° 598. La Paz, 19 de diciembre de 2013).

Bolivia. Ley N° 466 de la Empresa Pública. Gaceta Oficial del Estado Plurinacional de Bolivia, edición N° 438. La Paz, 26 de diciembre de 2013.

Bolivia. Ley N° 516 de Promoción de Inversiones. Gaceta Oficial del Estado Plurinacional de Bolivia, edición N° 0633. La Paz, 4 de abril de 2014

Bolivia. Ley N° 708 de Conciliación y Arbitraje. Gaceta Oficial del Estado Plurinacional de Bolivia, edición N° 770. La Paz, 25 de junio de 2015.

Bolivia. Ley N° 1182 de Inversiones, Gaceta Oficial del Estado Plurinacional de Bolivia, edición N° 1662. La Paz, 17 de septiembre de 1990.

Bolivia. Ley N° 1330 de Privatización, Gaceta Oficial del Estado Plurinacional de Bolivia, edición N° 1735. La Paz, 24 de abril de 1992.

Bolivia. Ley N° 1544 de Capitalización, Gaceta Oficial del Estado Plurinacional de Bolivia, edición N° 1824. La Paz, 20 de septiembre de 1994.

Bolivia. Ley N° 2446. Gaceta Oficial del Estado Plurinacional de Bolivia, edición N° 2469. La Paz, 20 de marzo de 2003.

Bolivia. Ley N° 27901, Gaceta Oficial del Estado Plurinacional de Bolivia, edición N° 2691. La Paz, 13 de diciembre de 2012.

- Bolivia. Decreto Supremo N° 29272 del Plan Nacional de Desarrollo 2006-2015. Gaceta Oficial del Estado Plurinacional de Bolivia, edición N° 103. La Paz, 12 de septiembre de 2007.
- Bolivia. Decreto Supremo N° 29894 de Organización del Órgano Ejecutivo. Gaceta Oficial del Estado Plurinacional de Bolivia, edición N° 116. La Paz, 7 de febrero de 2009.
- Bolivia. Decreto Supremo N° 788 de Organización y Estructura de la Procuraduría General del Estado. Gaceta Oficial del Estado Plurinacional de Bolivia, edición N° 222. La Paz, 5 de febrero de 2011.
- Bolivia, Decreto Supremo N° 1202. Gaceta Oficial del Estado Plurinacional de Bolivia, edición N° 365. La Paz, 18 de abril de 2012.
- Bolivia, Decreto Supremo N° 2023. Gaceta Oficial del Estado Plurinacional de Bolivia, edición N° 653. La Paz, 2 de junio de 2014.
- Bolivia. Decreto Supremo N° 2479. Gaceta Oficial del Estado Plurinacional de Bolivia, edición N° 781. La Paz, 5 de agosto de 2015.
- Bolivia. Decreto Supremo N° 21060. Gaceta Oficial del Estado Plurinacional de Bolivia, edición N° 1431. La Paz, 29 de agosto de 1985.
- Bolivia. Decreto Supremo N° 22268. Gaceta Oficial del Estado Plurinacional de Bolivia, edición N° 1608. La Paz, 26 de julio de 1989.
- Bolivia. Decreto Supremo N° 24946. Gaceta Oficial del Estado Plurinacional de Bolivia, edición N° 2050. La Paz, 4 de febrero de 1998.
- Bolivia. Resolución Ministerial N° 685-2012 del Plan Estratégico Institucional 2013-2017 del Ministerio de Relaciones Exteriores “Política Exterior Soberana para Vivir Bien”. La Paz, 26 de diciembre de 2012.
- Bolivia. Resolución del Directorio 063/2014 del Reglamento para el Registro de la Inversión Extranjera en el Estado Plurinacional de Bolivia y Operaciones Financieras con el Exterior del Banco Central de Bolivia. La Paz, 24 de junio de 2014

- Bolivia. Exposición de motivos del Proyecto de Ley de Promoción de Inversiones.
- Bolivia. Exposición de motivos del Proyecto de Ley de Conciliación y Arbitraje.
- Ecuador. Consejo de Comercio Exterior e Inversiones, COMEXI. Resolución No. 290. Registro Oficial, No. 487, 22 de diciembre del 2004.
- Ecuador. Consejo de Comercio Exterior e Inversiones, COMEXI. Resolución No. 474. Registro Oficial, No. 550, 17 de marzo de 2009.
- Bolivia. Nota Verbal VECE-DGM-UCB-123-2006 del Ministerio de Relaciones Exteriores del Estado Plurinacional de Bolivia a la Embajada de Corea. La Paz, 19 de diciembre de 2006.
- Bolivia. Nota Verbal VECE-DGM-UCB-132-2006 del Ministerio de Relaciones Exteriores del Estado Plurinacional de Bolivia a la Embajada de Suiza. La Paz, 27 de diciembre de 2006.
- Bolivia. Nota Diplomática. GM-127/2007 del Ministerio de Relaciones Exteriores del Estado Plurinacional de Bolivia al Banco Mundial. La Paz, 1 de mayo de 2007.
- Bolivia. Nota Verbal VCEI-004140 del Ministerio de Relaciones Exteriores del Estado Plurinacional de Bolivia a la Embajada de Cuba. La Paz, 9 de julio de 2008.
- Bolivia. Nota Externa VCEI-1118 del Viceministerio de Comercio Exterior e Integración del Ministerio de Relaciones Exteriores del Estado Plurinacional de Bolivia al Ministerio de Asuntos Exteriores y al Ministerio de Comercio Exterior de Países Bajos. La Paz, 13 de abril de 2009.
- Bolivia. Nota Diplomática GM-35/11 del Ministerio de Relaciones Exteriores del Estado Plurinacional de Bolivia al Ministerio de Relaciones Exteriores de Italia La Paz, 17 de febrero de 2011.
- Bolivia. Informe Técnico VCEI-001108 del Viceministerio de Comercio Exterior e Integración del Ministerio de Relaciones Exteriores. Referencia: Análisis sobre la denuncia del Acuerdo relativo al Fomento y la Protección recíproca

de las inversiones entre Bolivia y los Estados Unidos de América. La Paz, 5 de mayo de 2011.

Bolivia. Informe GM-DGAJ-UAJ-454/2012 de la Dirección General de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Relaciones Exteriores. Referencia: Tratado entre el Gobierno de la República de Bolivia y el Gobierno de los Estados Unidos de América relativo al Fomento y la Protección Recíproca de la Inversión. La Paz, 1 de junio de 2011.

Bolivia. Informe Técnico VCEI-001344 del Viceministerio de Comercio Exterior e Integración del Ministerio de Relaciones Exteriores. Referencia: Análisis sobre la denuncia de los Acuerdo relativo a la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones suscrito entre Bolivia y Austria. La Paz, 8 de junio de 2011.

Bolivia. Nota Diplomática VCEI-001327 del Ministerio de Relaciones Exteriores del Estado Plurinacional de Bolivia a la Secretaria de Estado de los Estados Unidos de América. La Paz, 10 de junio de 2011.

Bolivia. Nota Diplomática VCEI-s/n del Ministerio de Relaciones Exteriores del Estado Plurinacional de Bolivia al Ministerio de Asuntos Exteriores de Austria. La Paz, 29 de junio de 2011.

Bolivia. Informe Técnico VCEI-003060 del Viceministerio de Comercio Exterior e Integración del Ministerio de Relaciones Exteriores. Referencia: Análisis sobre la denuncia del Acuerdo relativo a la Promoción y Protección Recíproca de la Inversiones suscrito entre Bolivia y el Reino de España. La Paz, 23 de diciembre de 2011.

Bolivia. Informe GM-DGAJ-UAJ-1021/2011 de la Dirección General de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Relaciones Exteriores. Referencia: Acuerdo para la Promoción y la Protección Recíproca de Inversiones entre el Reino de España y la Republica de Bolivia en Madrid el 29 de octubre de 2001. La Paz, 3 de enero de 2012.

- Bolivia. Nota Diplomática VCEI-00014 del Ministerio de Relaciones Exteriores del Estado Plurinacional de Bolivia al Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación del Reino de España. La Paz, 4 de enero de 2012.
- Bolivia. Informe Técnico VCEI-s/n del Viceministerio de Comercio Exterior e Integración del Ministerio de Relaciones Exteriores. Referencia: Análisis sobre la denuncia de los Acuerdos al Fomento y Protección Recíproca de Inversiones suscritos entre Bolivia y otros países. La Paz, 28 de marzo de 2012.
- Bolivia. Informe GM-DGAJ-UAJ-440/2012 de la Dirección General de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Relaciones Exteriores. Referencia: Convenio entre el Gobierno de la República de Bolivia y el Gobierno de la República de Suecia, del 20 de septiembre de 1990, ratificado mediante Ley de 7 de mayo de 1992. La Paz, 29 de junio de 2012.
- Bolivia. Nota Diplomática GM-DGAJ-1618/2012 del Ministerio de Relaciones Exteriores del Estado Plurinacional de Bolivia al Ministerio de Asuntos Exteriores de Suecia. La Paz, 29 de junio de 2012.
- Bolivia. Informe GM-DGAJ-UAJ-561/2012 de la Dirección General de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Relaciones Exteriores. Referencia: Acuerdo entre el Gobierno de la República de Bolivia y el Gobierno de la República de Paraguay, del 3 de mayo de 2001, ratificado mediante Ley N° 2472, de 20 de junio de 2003. La Paz, 3 de septiembre de 2012.
- Bolivia. Nota Diplomática GM-DGAJ-UAJ-2238/2012 del Ministerio de Relaciones Exteriores del Estado Plurinacional de Bolivia al Ministerio de Asuntos Exteriores de Paraguay. La Paz, 3 de septiembre de 2012.
- Bolivia. Nota Externa GM-DGAJ-UAJ-140-13 del Ministerio de Relaciones Exteriores. Referencia: Notas PGE/DESP N° 652/2012 Y PGE/DESP/SPDRLE N° 13/2013. La Paz 6 de enero de 2013.
- Bolivia. Informe GM-DGAJ-UAJ-182/2013 de la Dirección General de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Relaciones Exteriores. Referencia: Denuncia de los Acuerdos de Inversión. La Paz, 24 de abril de 2013.

- Bolivia. Nota Diplomática GM-DGAJ-UAJ-1108/13 del Ministerio de Relaciones Exteriores del Estado Plurinacional de Bolivia al Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Exterior y Asuntos Europeos del Reino de Bélgica. La Paz, 6 de mayo de 2013.
- Bolivia. Nota Verbal GM-DGAJ-UAJ-1109/13 del Ministerio de Relaciones Exteriores del Estado Plurinacional de Bolivia al Consulado General de la República de Chile. La Paz, 6 de mayo de 2013.
- Bolivia. Nota Verbal GM-DGAJ-UAJ-1110/13 del Ministerio de Relaciones Exteriores del Estado Plurinacional de Bolivia a la Embajada de la República del Ecuador. La Paz, 6 de mayo de 2013.
- Bolivia. Nota Diplomática GM-DGAJ-UAJ-1111/13 del Ministerio de Relaciones Exteriores del Estado Plurinacional de Bolivia al Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de Argentina. La Paz, 6 de mayo de 2013.
- Bolivia. Nota Diplomática GM-DGAJ-UAJ-1112/13 del Ministerio de Relaciones Exteriores del Estado Plurinacional de Bolivia al Ministerio de Relaciones Exteriores de Francia. La Paz, 6 de mayo de 2013.
- Bolivia. Nota Verbal GM-DGAJ-UAJ-1113/13 del Ministerio de Relaciones Exteriores del Estado Plurinacional de Bolivia a la Embajada de la República del Perú. La Paz, 6 de mayo de 2013.
- Bolivia. Nota Diplomática GM-DGAJ-UAJ-1115/13 del Ministerio de Relaciones Exteriores del Estado Plurinacional de Bolivia al Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de Dinamarca. La Paz, 6 de mayo de 2013.
- Bolivia. Nota Diplomática GM-DGAJ-UAJ-1116/13 del Ministerio de Relaciones Exteriores del Estado Plurinacional de Bolivia al Ministerio de Relaciones Exteriores de Rumania. La Paz, 6 de mayo de 2013.
- Bolivia. Nota Diplomática GM-DGAJ-UAJ-1117/13 del Ministerio de Relaciones Exteriores del Estado Plurinacional de Bolivia al Ministerio de Relaciones Exteriores de Alemania. La Paz, 6 de mayo de 2013.

- Bolivia. Nota Diplomática GM-DGAJ-UAJ-1118/13 del Ministerio de Relaciones Exteriores del Estado Plurinacional de Bolivia al Ministerio de Relaciones Exteriores de China. La Paz, 6 de mayo de 2013.
- Bolivia. Nota Verbal GM-DGAJ-UAJ-1161/13 del Ministerio de Relaciones Exteriores del Estado Plurinacional de Bolivia a la Secretaria de Estado de Asuntos Exteriores y del Commonwealth del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte. La Paz, 10 de mayo de 2013.
- Bolivia. Nota Externa GM-DGAJ-UAJ 1671-13 del Ministerio de Relaciones Exteriores. La Paz, 17 de julio de 2013.
- Bolivia. Informe GM-DGAJ-UAJ-509/2011 de la Dirección General de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Relaciones Exteriores. Referencia: Acuerdo entre el Reino de Bolivia y la República de Austria para la Promoción y la Protección Recíproca de Inversiones. La Paz.
- Argentina. Nota Diplomática del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de Argentina. Buenos Aires, 25 de junio de 2013.
- Austria. Nota Verbal GZ: BMeiA-bo.8.19.03/0001-l.2c/20011 del Ministerio Federal para Asuntos Europeos e Internacionales. Viena, 4 agosto de 2011.
- Salini Construttori SpA e Italstrade Spa c. Reino de Marruecos, caso CIADI N° ARB/00/4, decisión sobre competencia, 23 de julio de 2001.
- SAUR International c. República Argentina, caso CIADI N° ARB/04/4, Decisión del Tribunal de Arbitraje sobre excepciones a la jurisdicción, 26 de febrero de 2006.
- Biwater c. Tanzania, caso CIADI N° ARB/05/22, laudo, 24 de julio de 2008.
- Phoenix Action Ltd. c. República Checa, caso CIADI N° ARB/06/5, laudo, 15 de abril de 2009.
- Quiborax S.A., Non Metallic Minerals S.A. y Allan Fosk Kaplún c. Estado Plurinacional de Bolivia, caso CIADI N° ARB/06/2, decisión sobre competencia, 27 de septiembre de 2012.

OI European Group B.V.c. República Bolivariana de Venezuela, caso CIADI N° ARB/11/25, laudo, 10 de marzo de 2015, párr. 222.

Bolivia. Tribunal Constitucional, Sentencia Constitucional N° 0031/2006 de 10 de mayo.

Walter Clarems Endara Vera, Viceministro de Comercio Exterior e Integración, del Ministerio de Relaciones Exteriores del Estado Plurinacional de Bolivia, entrevistado por Luz María Bravo Luna, La Paz, 3 septiembre, 2015.

Nota BCB-APEC-SEXT-CE-2015-705 de 20 de agosto de 2015, del Banco Central de Bolivia. Referencia: Información en materia de inversión extranjera. En respuesta a nota de 10 de agosto de 2015, solicitando información sobre la labor de registro de las inversiones extranjeras.

/Nota ASFI/DEP/R-139529/2015 de 27 de agosto de 2015, de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero. Referencia: Tramite N° T-2106036051. En respuesta a nota de 20 de agosto de 2015, solicitando documentación en materia de incentivos financieros a las inversiones extranjeras.

Nota MPV/PEE/DGEE N° 0081/2015 de 28 de agosto de 2015, del Ministerio de Planificación del Desarrollo. Referencia: Remite Ley N° 516 de Promoción de Inversiones. En respuesta a nota de 10 de agosto de 2015, solicitando información sobre documentación correspondiente a incentivos generales y específicos, y medidas de promoción de las inversiones extranjeras.

Nota CITE: SIN/PE/IT/NOT/305/2015 de 3 de septiembre de 2015: Referencia: Solicitud de información de incentivos fiscales en materia de inversiones extranjeras. En respuesta a nota de 20 de agosto de 2015.

ANEXO 1

Entrevista

Entrevista a Walter Clarems Endara Vera, Viceministro de Comercio Exterior e Integración del Ministerio de Relaciones Exteriores del Estado Plurinacional de Bolivia (VCEI), realizada por Luz Maria Bravo Luna (LB) en la ciudad de La Paz, el 3 de septiembre de 2015.

LB. Estamos acá con el Viceministro de Comercio Exterior e Integración del Ministerio de Relaciones Exteriores, el Dr., Clarems Endara, a quien agradecemos su apertura y recepción, y su contribución a esta investigación para la tesis Acuerdos Internacionales de Inversión en el marco jurídico boliviano. Vamos a comenzar con la primera pregunta:

¿Bolivia ha denunciado todos sus tratados bilaterales de inversión, se habría concertado previamente ese proceso con otros estamentos estatales y el sector privado? ¿Como? ¿Qué motivaciones de política pública llevaron a tomar esta decisión?

VCEI: Vamos a ir un poco retrotrayéndonos de como surgen este nivel de toma de decisiones. Como ustedes saben, hace un par años antes de empezar con el proceso de estudio de denuncia de los tratados, nosotros habíamos tenido unas experiencias bastante negativas con el tema de la inversión con determinadas transnacionales en Bolivia y que se estaba viendo reflejada en varios países de Latinoamérica; eso tiene que ver precisamente con la mala administración que se tenía de los acuerdos de promoción y protección recíproca de inversiones.

Bolivia hasta esa fecha tenía veintidós acuerdos suscritos y un tratado de libre comercio con México que tenía un capítulo de inversiones que se asemejaba totalmente a un acuerdo de inversiones, que tenían unos parámetros bastante amplios que en el momento de su proyección. Entendemos nosotros en los años noventa, se tenía por recomendación tanto del Fondo Monetario Internacional como del Banco Mundial y estudios llevados adelante por organismos internacionales como la CEPAL con el objetivo de aglomerar mayor capacidad de atracción de inversiones en distintas áreas. Obviamente por temas de rendimiento económico y comercial, estas se han ido concentrando en temas de recursos naturales y algunas áreas estratégicas como telecomunicaciones, el tema de servicios básicos, servicios de salud, etc. Estas malas experiencias terminaron en un foro de arbitraje no equitativo; hasta el

momento si revisamos un poco las estadísticas y vemos los procesos que se han ido sustentando contra Estado en el CIADI podríamos encontrar un promedio de nueve a uno en relación a como los Estados terminaban tratando de justificar sus políticas públicas, nueve perdían en este intento y en el 1% alguna vez se logró una reconsideración o se logró hacer una negociación con estas empresas demandantes para que retiren sus denuncias contra los Estados.

Entonces teniendo nosotros esos antecedentes, hemos empezado a ver los efectos positivos y negativos de la atracción de inversiones. Si recurrimos a las estadísticas podemos ver que el incremento de inversiones extranjeras en Bolivia a partir de la suscripción de tratados tenía un efecto no muy coherente con todo lo que se había aspirado, es decir, no se tenía toda la inversión extranjera que se había programado en un principio y, segundo, estaba muy concentrando en sistemas extractivos, donde las legislaciones en países de Latinoamérica eran demasiado abiertas a fin de poder beneficiar, en gran parte, hacia estas empresas multinacionales dejando unas regalías muy bajas a los países. Entonces en base a este análisis empezamos a ver también trabajar el primer Plan Nacional de Desarrollo y veíamos necesariamente trabajar sobre la redistribución de recursos en nuestras empresas, que nosotros en ese momento, hemos empezado a descifrar como estratégicas, y en determinados servicios en los que hemos visto que: o existía una inversión que era bastante comercial o bastante interesada en recuperar su capital inmediatamente y no veíamos que los sectores estratégicos y especializados como son los temas de salud, agua, saneamiento, comunicación, etc., o no estaban llegando a atender las necesidades que el Estado tenía que garantizar para su población, por lo menos para cumplir determinadas metas como la eliminación de la pobreza.

Es así que, desde la Cancillería, se empieza a estructurar un equipo en base al cual estos estudios tanto jurídicos como económicos determinan la necesidad de cambiar la estructura jurídica de relacionamiento tanto con los países socios, porque al final de cuenta son socios comerciales con los que intercambiamos inversiones, y con las empresas ya establecidas en Bolivia.

Después de este análisis vamos viendo que la tendencia un poco más de atención y superación de pobreza en Latinoamérica iba creciendo, por lo cual hemos decidido en este momento, desde un equipo de Cancillería, a través de unas consultas intergubernamentales (digamos internas a nivel del gabinete de ministros) comenzar a denunciar los tratados. Estos tratados obviamente, nosotros teníamos el suficiente

respaldo en hechos facticos de que lo único que hacían era aperturar determinadas áreas y poder conseguir objetivos que lleguen a concluir con éxito el cumplimiento de un Plan Nacional de Desarrollo. Se empieza a hacer las denuncias, en primer lugar al Centro Internacional de Diferencias como es el CIADI, esto se lo hace en el año 2007, que deja de tener efectos a partir del 1 de mayo del siguiente año, en esa época teníamos justamente una demanda que nos había instalado ETI por las inversiones que se tenía en ENTEL y en el cual terminamos de comprobar la mala utilización que se tenía de los acuerdos bilaterales de protección de inversiones, a esto acompañado con un sistema jurídico no propio interno que se tenía, al extremo que no se había tomado en ningún momento una precaución de tener un mecanismo de seguimiento a la inversión extranjera que te diga que nacionalidad tenían las acciones invertidas en determinadas empresas, que para ese momento ya eran determinadas como estratégicas.

Con la nueva Constitución Política, obviamente el 2006, 2007 y 2008, estamos diseñando nosotros la nueva estructura política, económica y jurídica bajo la que se va a regir el nuevo Estado Plurinacional. Obviamente veíamos que la evaluación iba a ser positiva si manteníamos el esquema como tal y se decide denunciar los mismos, pero a la vez trabajar en la reestructuración normativa de la atracción y promoción de inversiones.

Todos estos acuerdos tienen efectos que van más allá del tiempo necesario de entrada y protección en cuanto a la vigencia del contrato es decir que dan plazos de protección que van más allá de los diez, quince o veinte años después de denunciar el acuerdo, lo cual nos preocupaba mucho más. Se tenía que tomar acciones inmediatas. Estas coordinaciones se han hecho al más alto nivel en el ámbito gubernamental y con el sector privado obviamente se tenía que tener una relación bastante específica, porque no estamos hablando del sector privado nuestro, es decir, las inversiones extranjeras no estaban concentradas o asociadas a nuestros empresarios privados sino más bien a la inversión en determinadas empresas estratégicas entonces lo que se procede a hacer en una combinación entre denunciar estos acuerdos y la recuperación de los capitales de estas empresas estratégicas nos termina dando unos nuevos escenarios en los cuales renegociamos los contratos petroleros, nacionalizamos determinadas empresas, nacionalizar claro es un concepto bastante fuerte y amplio, estamos retomando el control de nuestras empresas; en la mayoría de los casos se ha renegociado la compra para tener la mayoría del capital accionario y esto ha hecho

que nosotros nos embarquemos en una dinámica de dejar toda esta estructura jurídica sin el sustento legal necesario, para que más inversiones puedan venir bajo unas condiciones totalmente opuestas a los intereses del Estado.

Terminados de denunciar todos estos acuerdos de inversiones, aprobada ya la nueva constitución, aprobada la nueva ley de arbitraje y conciliación, la nueva ley de promoción de inversiones, la nueva ley de empresas, ya tenemos un nuevo modelo en base al cual podemos ofrecer una amplia seguridad jurídica a las empresas que quieran invertir en Bolivia pero bajo un nuevo esquema que permite privilegiar, donde el Estado puede figurar como socio mayoritario, básicamente recursos naturales como también áreas estratégicas como es el tema de telecomunicaciones, servicios de salud, el sistema de agua potable y alcantarillado, entonces esta nueva realidad hace que nos contrastemos con un nuevo escenario, con nuevos actores, en base a los cuales hemos podido evidenciar que inclusive algunas empresas que invertían en su momento y se han sentido afectadas por el cambio de normativa han vuelto a invertir en Bolivia ya con estas nuevas condiciones obviamente todas ya enmarcadas hacia el desarrollo de un plan común que tiene que ver con superar la extrema pobreza.

Hemos tenido un avance significativo en estos diez años de gobierno, en particular desde que empezamos a ejercer tuición sobre nuevas autoridades y sobre nuevas áreas económicas del Estado en los cuales nosotros ya podemos decidir el mecanismo bajo el cual podemos distribuir las regalías y los impuestos que dejan estas empresas por la explotación de nuestros propios recursos naturales, o sea, parecía algo no coherente en su momento, pero cuando empiezas a ver los frutos, empiezas a ver cómo está la economía del país, como se redistribuye toda esta parte de regalías nos terminamos dando la razón de porque necesitábamos hacer esos cambios estructurales normativos.

LB: 2. ¿Existe algún estamento publico interno interinstitucional que coordine la gestión pública en materia de inversiones extranjeras?

VCEI: Según la Ley de Inversiones el Ministerio de Planificación es el ente con la competencia para poder determinar los aspectos en base a los cuales se pueda promocionar, incentivar la inversión extranjera a través de un procedimiento muy específico, es decir que el Ministerio del área (minera, hidrocarburifera) va ser el que proponga los incentivos o el tratamiento que se debe dar, entonces esto se pone en consideración de un gabinete económico a través del Ministerio de Planificación, y

de manera particular se podrían aprobar determinados incentivos generales y específicos. Ahora, el Ministerio de Planificación es el que se encarga de administrar esa parte, se da un rol para que se pueda hacer un seguimiento sobre el tema de las inversiones que ingresan a Bolivia, cuales salen, cuales cambian de nacionalidad, etc. para tener más control sobre el mismo, o por lo menos mantenernos informados, cosa que no pasaba antes, y a través de la Procuraduría General del Estado, nosotros logramos tener un mecanismo ya que nos permite manejar de una forma legal cualquier nivel de reclamo que podríamos tener por las políticas públicas que se aplican. Bajo el anterior sistema, lamentablemente, si alguna empresa tenía algún reclamo sobre alguna política pública podía acudir inmediatamente a un arbitraje internacional; ahora tenemos mecanismo que nos permiten tener ese nivel de coordinación con los empresario privados

LB: ¿Se habría considerado o no la renegociación de los tratados bilaterales antes de su denuncia?

VCEI: La relación que se tenía con la inversión extranjera en ese momento no era la misma, o no se reflejaba en mucho de los casos en las relaciones políticas o bilaterales que tenía el país con sus otros socios políticos y comerciales, por lo tanto, en algunos de los casos ha habido mucha resistencia a poder denunciar los acuerdos porque tenían empresas importantes con inversiones en Bolivia. Sin embargo, se ha podido avanzar de una manera positiva en el sentido de poder garantizar contar con un nuevo modelo bajo este nuevo esquema o estructura jurídica para poder ofrecerlo a los socios comerciales; básicamente estamos trabajando actualmente tenemos el mandato de trabajar en un nuevo modelo de acuerdo de inversiones que ya será más enfocado a los objetivos del Plan Nacional de Desarrollo y bajo toda esta plataforma jurídica que ya tenemos vigente

LB: ¿Se han acercado otros países con intenciones de negociar nuevos acuerdo antes y después de la ley de promoción de inversiones?

VCEI: Hemos recibido solicitudes de algunos países europeos justo en pleno proceso de denuncia, y ahí ha pasado algo muy interesante porque justo cuando nosotros empezábamos a revisar esto, los países europeos discutían sobre si el mandato de negociar acuerdos de inversión debería ser un mandato de toda la Unión Europea o se debía mantener todavía por líneas separadas, es decir que cada uno de los países europeos tenga la competencia de poderlos negociar. Entonces, en ese sentido, la renegociación con países europeos, o la denuncia ha sido de cierta forma

de un camino muy franco de poderlos llevar por los mismos dilemas que tenían ellos, es más si vemos hasta ahora, el Tratado de Lisboa no termina de dar la competencia completa a la comisión de negociación dentro de los acuerdos de comercio que firma la Unión Europea, no contienen capítulos de inversión amplia como los teníamos; se habla de una promoción comercial en un sentido amplio, por lo tanto es algo que todavía podemos seguir trabajando con ellos. Han habido otros países que antes de realizar la inversión en Bolivia, por una costumbre solicitaban tener un acuerdo de protección de inversiones pero entendidas las modificaciones que íbamos a tratar con ellos, en toda esa parte transitoria el relacionamiento con el Estado para la explotación de recursos naturales se ha ido fijando en una relación básicamente contractual, en la cual la garantía era para ambas partes y se establecida claramente que derechos tenía esa inversión en territorio boliviano.

LB: ¿Se han comenzado algunas gestiones preparatorias en cuanto al modelo de acuerdo de inversión?

VCEI: Estamos trabajando en un modelo, pero obviamente no va a ser un modelo tradicional como los de tercera generación que son los que se han ido suscribiendo últimamente, va a tener que ser un modelo adecuado a la realidad boliviana y sobre todo adecuado a poder llegar a los objetivos que nos planteamos en un plan nacional. Es difícil luchar contra la pobreza, lograr el pleno empleo, lograr la cobertura total en educación, si tienes determinados sectores o servicios que se encuentran privatizados, entonces gran parte de la responsabilidad del Estado se encuentra ya fijada en la Constitución como una obligación estatal, si el Estado se hiciera socio en determinadas áreas, tiene la obligación de mantener la mayor cantidad accionaria sobre el mismo. Obviamente este nuevo cambio de perspectiva de las inversiones tiene que reflejarse en el nuevo modelo, y es en lo que estamos trabajando, va a ser algo que este abierto de manera transparente, y los socios que quieran volver a negociar un acuerdo de inversiones con nosotros van a poder tener acceso a este inmediatamente para poder sentarnos a negociar.

LB: Por ejemplo hay algunas publicaciones de la UNCTAD donde dan sugerencias de políticas públicas de materia de inversiones, y en el marco internacional plantean que dentro de la estrategia internacional de desarrollo se incorpore la celebración de acuerdos, ya bajo lineamientos que tomen en cuenta las preocupaciones globales sobre salud, temas ambientales. Se ha considerado también ello.

VCEI: Es importante analizar un poco el desarrollo que ha tenido la UNCTAD en su política global. Si tú ves los textos o modelos que utilizaba la UNCTAD de acuerdos de protección y promoción de inversiones y de acuerdos para evitar la doble imposición tributaria, hasta el 2009-2010, todavía tiene un aspecto muy liberal y pro-empresa, muy proteccionista de la empresa en sus conclusiones. Pero después del 2010-2011 empieza a haber un cambio en la UNCTAD donde ellos mismos se empiezan a dar cuenta lo negativo de ese modelo, tiene unas características muy interesantes de cuantos procesos de arbitraje se han iniciado contra Estados en base a este modelo, y empieza a cambiar una óptica un poco más realista, un poco más enfocada, pero todavía con problemas muy globales, no toma en cuenta aspectos específicos, no diferencia modelos que pudieran necesitar un país desarrollado o un país en desarrollo, entonces tú vas a encontrar todavía ese nivel de diferenciación en los trabajos que realiza la UNCTAD.

Es muy importante tener un observatorio global de que es lo que pasa en el mundo sobre la normativa en inversiones, pero si no logras entrar a la realidad de todos los sectores económicos, te das cuenta que los modelos para desarrollo que podrías proponer para los acuerdos de inversiones pueden ser variados, entonces ahí precisamente está en ver un poco como nosotros nos vamos a relacionar o como vamos a tratar de hacer prevalecer este modelo del desarrollo con nuestros socios políticos, vecinos y países hermanos con los cuales tenemos que hacer prevalecer nuestra propia normativa sobre atracción de inversiones.

LB: ¿Cómo se ha procedido con los respectivos países ante el impacto de la denuncia de los TBI y cuál ha sido la manera y cómo se ha manejado su reacción?

VCEI: Varios países con los cuales se tenía una representación a través de una empresa muy bien establecida aquí con mucho capital dentro, se ha visto una preocupación de que no los cubra más el acuerdo de inversiones, pero viendo un poco los períodos de vigencia post denuncia, todas esas inversiones todavía tienen cobertura, es más, hay empresas que están gozando de esa cobertura actualmente.

Hay un periodo de adecuación que la misma Ley de Inversiones y la Constitución que dice que tienes que negociar con ellos; se está terminando de cerrar con algunos países. Con los países con los cuales no hemos tenido intercambio de inversiones porque Bolivia no realizaba inversiones fuera ahora nos podemos sentir orgullosos de YPF que está invirtiendo en países vecinos, lo está haciendo ENDE con el tema de distribución de energía eléctrica etc. pero para esos momentos de

la denuncia no había presencia de inversión boliviana hacia afuera. Por lo tanto era muy unilateral, pedirnos a nosotros que no cambiemos una norma bilateral para que se sigan favoreciendo sus empresas. Obviamente esto debería reflejar en las estadísticas un efecto bastante contundente respecto a la baja atracción de inversiones, pues no tenemos CIADI, no tenemos acuerdos de protección de inversiones, pero recurrimos a las estadísticas ocurre un efecto contrario, podemos ver que las inversiones han empezado a incrementarse después de esta actividad.

No se explica que te hayan hecho creer que una política desde los noventa hasta el 2007, donde empezamos, que estaba hecha para la atracción de inversiones te cause un fenómeno totalmente contrario cuando no las seguías; cuando hablamos de recetas del Fondo Monetario Internacional nos referimos a esto, que te decían: la mejor forma de salir de la pobreza es firmar acuerdos de protección de inversiones, etc., podría ser una buena intención inicialmente si es que esa inversión viniera de determinadas empresas multinacionales con el objetivo de invertir en el desarrollo del país, pero lo cierto es que eran empresas destinadas a recuperar su capital, sin dejarte ni siquiera en *know how* de la propia inversión que hacían violando incluso derechos laborales de los propios empleados, es decir, era un saqueo total a través de estas empresas y los teníamos avalados por acuerdos internacionales.

Esta misma fundamentación es la que se utilizaba para contar a estos países porque nosotros queríamos cambiar el sistema y nos ha ayudado muchísimo que en el ámbito internacional algunos países empiezan a hacer lo mismo, el tema de Ecuador que si bien no denunció todos, lo hizo con los principales que tienes inversiones en los sectores de recursos naturales, Sudáfrica también es muy interesante, ellos han comenzado a ser una renegociación de sus acuerdos a cambiar las condiciones básicas del tratamiento de las inversiones y estamos hablando de un país emergente parte de los BRICS que tiene un modelo muy similar al nuestro pero un tamaño de economía mucho más grande, y también ayuda en cierta parte de este proceso de negociación que ese esquema mediante el cual, la misma UNCTAD lo reportaba, la mayoría de las demandas eran contra países latinoamericanos en desarrollo que tenían que aplicar políticas públicas, por lo tanto tenía que cambiar determinadas condiciones que eran demandadas por multinacionales, el mismo efecto empezaron a sufrir los países europeos.

Hay unos iconos tremendos como el tema de Republica Checa que recibió un dictamen de un tribunal arbitral que le obligaba a pagar, si no me equivoco, como

tres veces su valor de PIB anual; un caso reciente como el de España, por una demanda por el tema de energía eólica por una empresa que está invirtiendo, ellos porque económicamente no había un corte de determinados contratos y son demandados; todo este ambiente nos daba la razón en que teníamos que cambiar el sistema y varios países se han solidarizado con el mismo aceptando inmediatamente y manifestándonos que esperarían que nosotros tengamos un nuevo modelo para poder sentarnos a hablar del tema.

LB: ¿En el tema ya procedimental, es el Viceministerio la institución encargada de atender esas inquietudes de los otros países, a través de sus propios mecanismos?

VCEI: El Viceministerio de Comercio Exterior tiene la tuición de la negociación y renegociación de acuerdos comerciales y de inversión, por lo tanto, somos como el punto referencial y competente para ver los temas sobre inversiones, por los menos a nivel estatal.

A nivel privado hemos tenido un par de reuniones con empresas para poderles explicar cómo era el proceso y muchas de ellas ya han terminado básicamente negociando condiciones con la misma Procuraduría en el caso que hayan decidido no trabajar bajo ese sistema y retirar su inversión, básicamente estas se ha concentrado en las empresas nacionalizadas por el país, de la cual se puede ver el reporte, si no me equivoco, nos queda un listado de una cuatro demandas, ya no en el CIADI sino en otros foros como el CCI etc., en el marco de la CNUDMI también y los demás se han ido negociando es decir hemos tenido inclusive que implementar un nuevo mecanismo de valoración de la inversión, es decir, la inversión no era lo que ellos pretendían que valga, de eso trata un arbitraje internacional, ellos te cobran por la inversión que supuestamente han hecho, algo no muy creíble, o que tenían el compromiso de hacerlo y por todo el lucro cesante que les has ocasionado, es decir, todo lo que podían haber ganado con el resto de tiempo que supuestamente hubieran permanecido en el país. Entonces son cifras astronómicas, en muchos de los casos hemos tenido éxito en la negociación (...).

En caso de que ahora se acercaran los países a tratar negociar nuevos acuerdos, los atendería el Viceministerio, tendría que haber una coordinación con el Ministerio de Planificación como instancia de promoción de inversiones. El modelo que vayamos a ofrecer a los países tiene que estar avalado por el gabinete económico y por ende trabajado con la Procuraduría General del Estado y Ministerio de

Planificación del Desarrollo, entonces es un trabajo conjunto para avalar un modelo que podamos ponerlo públicamente y en base a este empezar a hacer las negociaciones con los países que estén interesados en trabajar en un modelo de inversión para el desarrollo.

LB: ¿Cuál es la interpretación de la cláusula de prorroga relativa a la cobertura, es decir, podría demandarse una inversión que se considere vulnerada en el marco de un acuerdo ante una instancia internacional, cuando la constitución actualmente no lo contempla?

VCEI: Hay dos tiempos que manejar ahí, lo que hacen en la denuncia de tratados es poner fin a un periodo específico para nuevas inversiones, la mayoría de ellos te garantiza algunas condiciones establecidas durante el periodo de vigencia del tratado, pero hay determinadas cláusulas transitorias de la constitución, donde te hablan de periodos de adecuación que tienen que ver con que estas inversiones se adecuen a la nueva normativa de inversiones, la nueva normativa de arbitraje y conciliación y la de empresas, este periodo de adecuación de la Constitución nos permite tener ya un dialogo franco con las inversiones extranjeras que estén establecidas, para que estas paulatinamente por mandato constitucional asuman la nueva normativa internacional. Obviamente es algo bastante complicado porque requiere una interpretación en cada caso, es decir, examinando de que país estamos hablando por el origen de la inversión, donde se encuentra la inversión y cuáles son las condiciones en las cuales se encuentra en Bolivia, por lo tanto, este es el análisis de manera individualizada y particularizada y básicamente de esto se encarga ya la Procuraduría General del Estado.