

La nacionalización de TDE: análisis desde el Derecho Internacional (ARI)

*Carlos Jiménez Piernas**

Tema: La nacionalización por el gobierno boliviano de la empresa TDE, filial de la española REE, aconseja un análisis jurídico de este suceso y su inevitable comparación con la expropiación de YPF por el gobierno argentino. Las similitudes son sobre todo políticas y, en cambio, resultan muy apreciables las diferencias entre ambos hechos desde una óptica jurídica y económica.

Resumen: Existen cauces jurídicos al alcance de REE para defender sus legítimos derechos, llegado el caso judicialmente, frente al gobierno boliviano si no se logra un arreglo amistoso entre ambas partes en los próximos meses. Parece que la voluntad expresa del ejecutivo boliviano es tasar de forma independiente el valor de la empresa nacionalizada y compensar a REE. Ello apunta a una solución amistosa y rápida de dicha nacionalización; por desgracia, no parece que sea el caso de YPF. No obstante, a la vista de los sucesos de YPF y TDE, las empresas españolas deberían revisar sus negocios en algunos Estados latinoamericanos, donde se ha incrementado considerablemente el llamado riesgo político, traducido *inter alia* en una evidente inseguridad jurídica para sus inversiones.

Análisis:

La nacionalización de Transportadora de Electricidad (TDE)

El gobierno boliviano celebró el primero de mayo dictando el Decreto Supremo nº 1214 por el que se nacionaliza la empresa Transportadora de Electricidad (TDE). TDE, principal operador dedicado al transporte de electricidad en Bolivia al poseer el 73% de las líneas de transmisión del Sistema Troncal Interconectado de Bolivia, pertenece mayoritariamente a la filial internacional de Red Eléctrica Española, S.A. (REE), una empresa que cuenta como accionista de referencia (con una participación del 20%) a la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales (SEPI). Horas después del anuncio de la nacionalización por parte del presidente Evo Morales, policías y militares bolivianos tomaron el control de las instalaciones de dicha empresa en la ciudad de Cochabamba. El presidente Morales acusó a la compañía TDE de invertir poco en el país, pero reconoció que, previa tasación por una empresa independiente en un plazo de seis meses de la inversión hecha, su gobierno compensaría a REE. Este hecho se produce en el contexto de una oleada creciente de reivindicaciones laborales y protestas sociales contra el gobierno boliviano que han hecho descender apreciablemente la popularidad del presidente Morales.

* *Catedrático de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales, Cátedra Jean Monnet de la Comisión Europea, Universidad de Alcalá.*

El gobierno boliviano alega también que el Decreto Supremo nº 1214 responde a un mandato constitucional y se fundamenta en varios preceptos de la Constitución Política de Bolivia, que declara que las diferentes formas de energía y sus fuentes constituyen un recurso estratégico (Artículo 378), consagra el deber del Estado de garantizar la generación de energía para el consumo interno (Artículo 379), y reconoce que el Estado asumirá el control y la dirección sobre la exploración, explotación, industrialización, transporte y comercialización de los recursos naturales estratégicos (Artículo 351.I).

El ejecutivo de Evo Morales sigue así la política nacionalizadora que ha venido desarrollando en los últimos años. En el caso de TDE, se opta también por cambiar el modelo privado de gestión de la red de transporte eléctrico, que pasa a ser público. Desde que llegó al poder en enero de 2006, el presidente Morales ha nacionalizado una veintena de empresas de hidrocarburos, telecomunicaciones y generación de electricidad. Su programa de gobierno no era ningún secreto. De hecho, el Banco Santander vendió un pequeño banco filial y abandonó el país apenas unos días antes de la toma de posesión de Evo Morales. Ya en 2006, se nacionalizó el sector de los hidrocarburos y desde entonces diversos inversores extranjeros tanto europeos como americanos, entre ellos Repsol-YPF, se vieron obligados bien a renegociar las condiciones de sus contratos bajo un nuevo marco jurídico donde la gestión y comercialización de los hidrocarburos está dirigida por la empresa estatal Yacimientos Petrolíferos Fiscales Bolivianos (YPFB), bien a aceptar la nacionalización de sus inversiones por parte del gobierno boliviano. REPSOL optó por quedarse negociando nuevos contratos. Las nacionalizaciones y expropiaciones en Bolivia han venido afectando desde entonces a otros sectores de la economía como las telecomunicaciones (Entel), la minería y la siderurgia (Vinto), la distribución del agua y de los servicios de alcantarillado sanitario (Aguas del Tunari) o la producción de energía eléctrica (Ecoenergy y Guaracachi). Ello ha provocado algunos litigios internacionales en materia de inversiones, aunque el grado de litigiosidad de Bolivia en esta materia no puede compararse en absoluto con el de Argentina, como ya tuvimos oportunidad de explicar al tratar de la expropiación de YPF (véase Carlos Jiménez Piernas, "La expropiación de YPF: análisis desde el Derecho Internacional", ARI nº 31/2012, Real Instituto Elcano).

Para terminar este breve relato de los hechos, unas horas después de ese mismo día, 1 de mayo, el presidente Morales y Antonio Brufau, presidente de Repsol, acompañados del embajador de España, coincidieron en el acto de inauguración de una planta procesadora de gas que permitirá incrementar la exportación de gas precisamente a Argentina desde siete millones a 11,6 millones de metros cúbicos. Un consorcio de empresas liderado por Repsol ha invertido en esta planta varios cientos de millones de dólares. Morales afirmó públicamente en dicho acto que respetará las inversiones de Repsol en el país como "socio" estratégico en el sector energético. Visto lo sucedido dos semanas antes con la expropiación de YPF por parte del gobierno argentino, fue sin duda una escena esperpéntica, que ya hubiera querido idear y novelar algún seguidor del realismo mágico.

La reacción de los sujetos y actores implicados

A diferencia de lo acaecido hace dos semanas a propósito de la expropiación de YPF por el gobierno argentino, la reacción de los diversos sujetos y actores implicados ha resultado mucho más templada. En efecto, hemos anticipado que el gobierno boliviano se ha apresurado a asegurar que en un plazo de 180 días negociará el precio justo de la indemnización sobre la base de lo invertido por la empresa española en su filial boliviana. La tasación de la empresa nacionalizada será encomendada, por mutuo acuerdo entre el

gobierno y REE, a una empresa especializada e independiente de reconocido prestigio. Ello apunta, en principio, a una indemnización rápida y adecuada, aunque habrá que comprobarlo en la práctica. La empresa española REE ha declarado que no comparte pero respeta “la decisión soberana sobre la estructura del sector eléctrico del país”, siempre que este proceso responda al Derecho Internacional (DI), y se ha puesto a disposición del gobierno boliviano para “alcanzar una compensación adecuada”. En este sentido, el presidente de REE ya se ha entrevistado en La Paz con el ministro de Hidrocarburos y Energía para tratar todas estas cuestiones. REE parece centrada en conseguir una solución negociada y no ha planteado por el momento la posibilidad de una demanda internacional contra Bolivia.

Por lo que se refiere al Estado español, que es accionista del 20% de REE a través de la SEPI, fuentes gubernamentales han afirmado que las situaciones de Repsol en Argentina y REE en Bolivia son muy diferentes e incluso han reconocido la legitimidad de la decisión tomada por Bolivia respecto a TDE, confiando en que la valoración del justiprecio que se realice por una empresa independiente satisfaga a REE. Tampoco parece que vayan a adoptarse medidas de retorsión como las emprendidas por el gobierno español contra Argentina a propósito de las importaciones de biodiesel. En el ámbito de la UE, organización que también es competente en materia de protección de las inversiones extranjeras en virtud del Artículo 207.1 de su Tratado de Funcionamiento, el portavoz de la Comisión en asuntos comerciales ha transmitido la preocupación del ejecutivo comunitario pero al mismo tiempo ha expresado su convencimiento de que el gobierno boliviano abonará una indemnización pronta y adecuada a la empresa española.

El valor y la repercusión económica de esta nacionalización para el negocio de REE es insignificante frente a la de YPF; sencillamente no son hechos comparables. La filial boliviana de REE apenas representaba el 1,5% de su negocio según balance, y las inversiones de TDE se habían ido reduciendo drásticamente en los últimos años; así pues, el impacto de la nacionalización tanto en los resultados como en el patrimonio de REE será mínimo. Por otra parte, conviene subrayar que el gobierno argentino no informó previamente al gobierno español acerca de la expropiación de YPF ni le ha asegurado que habrá indemnización, lo que de confirmarse la transformaría en una confiscación. El gobierno boliviano, al menos, informó al gobierno español unas horas antes de la expropiación y ha asegurado que se tasarán la inversión hecha. Además, la intervención previa por decreto de YPF, el trato dado a sus ejecutivos y los métodos y formas empleados antes y después de la expropiación han sido francamente insólitos y muy inamistosos en el marco tradicional de las relaciones hispano-argentinas. Dicho esto, conviene no obstante analizar la repercusión jurídica y política de la nacionalización de TDE, que ha vuelto a dañar la presencia y la imagen de España y de sus empresas en Latinoamérica. Sus efectos perjudiciales radican justamente en el hecho de haberse producido dos semanas después de la de YPF, lo que le ha otorgado un eco mediático y un valor simbólico que trascienden desde un punto de vista político la razonable gestión jurídica y muy leve repercusión económica de la nacionalización de TDE.

El régimen jurídico internacional aplicable a las inversiones españolas en Bolivia

Recuérdese que el DI no prohíbe las expropiaciones y nacionalizaciones siempre que se respeten ciertas condiciones por el Estado que las lleva a cabo, en especial la de una indemnización pronta y adecuada (véase el ARI nº 31/2012 citado anteriormente). En concreto, el régimen jurídico que se aplica a las inversiones españolas en Bolivia está sometido a un conjunto de circunstancias particulares desde la perspectiva del DI. En

primer lugar, el acuerdo hispano-boliviano sobre protección de inversiones (BOE, 15/X/2002) fue denunciado por Bolivia a principios del presente año. En segundo lugar, Bolivia se retiró del Convenio CIADI en el año 2007. Y en tercer lugar, como argumento de ambiente, el Artículo 366 de la Constitución Política de Bolivia dispone para las empresas extranjeras dedicadas al sector de los hidrocarburos (aunque éste no sería el caso de REE) que “no se reconocerá en ningún caso tribunal ni jurisdicción extranjera y no podrán invocar situación excepcional alguna de arbitraje internacional, ni recurrir a reclamaciones diplomáticas”. ¿Qué impacto pueden tener estas circunstancias tanto para REE como para cualquier otro inversor español afectado si, en defecto de una solución negociada entre la empresa española y Bolivia, fuera necesario definir una estrategia judicial ante la nacionalización de TDE?

El Artículo 13.1 del acuerdo hispano-boliviano sobre protección de inversiones establece que cualquiera de las dos partes puede notificar su denuncia por vía diplomática. La denuncia produce efectos jurídicos entre las partes transcurridos seis meses desde su notificación. Además, en virtud del Artículo 13.2 del citado acuerdo, la protección de la inversión efectuada por un inversor extranjero se garantiza por un período adicional de 10 años a partir de la fecha en que produzca efectos jurídicos la denuncia del acuerdo. Por tanto, REE podrá seguir invocando los derechos conferidos por el acuerdo a los inversores españoles más allá del próximo mes de julio. No así, por el contrario, aquellos inversores españoles que se establezcan en Bolivia transcurrida esa fecha crítica, quienes ya no quedarán amparados bajo el acuerdo hispano-boliviano sobre protección de inversiones. Sirva de aviso para navegantes.

El acuerdo citado impone a Bolivia una serie de obligaciones respecto a REE, como no obstaculizar mediante medidas injustificadas o discriminatorias la gestión de las inversiones extranjeras, proporcionar a las mismas un trato justo y equitativo, y ejercer toda medida de nacionalización o expropiación por una causa de utilidad pública, conforme a las disposiciones legales y de manera no discriminatoria. También permitiría a la empresa española, llegado el caso, interponer una demanda contra Bolivia ante un tribunal arbitral internacional conforme a lo establecido en el Artículo 11.2 del acuerdo hispano-boliviano sobre protección de inversiones. Dada la política de nacionalizaciones llevada a cabo por el gobierno boliviano, no parece *prima facie* que éste haya violado las disposiciones del acuerdo al nacionalizar TDE, reduciéndose el problema a la fijación de una indemnización pronta y adecuada. Nada que ver con el caso de YPF, ya que puede reprocharse al gobierno argentino una conducta de mala fe y discriminatoria contra Repsol.

Desde una perspectiva procesal, importa poner de relieve las consecuencias que tiene para REE la retirada de Bolivia del Convenio CIADI en el año 2007. Se trata, en definitiva, de determinar si esta retirada condicionaría o impediría la presentación por parte de la empresa española de una solicitud de arbitraje ante un tribunal internacional creado en el ámbito del CIADI. El Artículo 11 del acuerdo hispano-boliviano sobre protección de inversiones contiene una aceptación expresa y general por parte de Bolivia y España a la jurisdicción de los tribunales internacionales y, entre ellos, a los que se constituyen en el CIADI. Este precepto, además, establece que en el “caso de que una de las Partes Contratantes no fuera Estado Contratante del citado Convenio, la controversia se podrá resolver conforme al Mecanismo Complementario para la Administración de Procedimientos de Conciliación, Arbitraje y Comprobación de Hechos por la Secretaría del CIADI”.

En otras palabras, a tenor del acuerdo hispano-boliviano sobre protección de inversiones y aunque Bolivia ya no forme parte del Convenio CIADI desde el año 2007, REE tendría abierta la posibilidad de plantear un arbitraje de inversión aprovechando las reglas procesales del Mecanismo Complementario del CIADI en virtud del Artículo 11.2 del acuerdo. Además, a la luz de lo estipulado por el citado Artículo 13.2, REE y cualquier otro inversor español establecido en Bolivia antes de julio de 2012 conservan esta facultad de iniciar un arbitraje ante aquel foro por un periodo adicional de 10 años.

Ahora bien, habría que acoger con mucha prudencia la opción procesal de acudir al Mecanismo Complementario del CIADI. Bolivia se ha manifestado abiertamente contraria a resolver sus controversias derivadas de inversiones ante los tribunales internacionales y, en particular, el CIADI. Basta recordar el tenor del ya citado Artículo 366 de su vigente Constitución para comprender las reticencias del gobierno boliviano al arbitraje internacional de inversión. Por ello y a nuestro juicio, el recurso al Mecanismo Complementario del CIADI por parte de REE o de cualquier otro inversor español afectado constituye en el momento presente una opción poco aconsejable. En efecto, la práctica demuestra cómo Bolivia ha logrado dilatar y/o esquivar la mayoría de las demandas arbitrales interpuestas por inversores extranjeros ante el CIADI (*Aguas del Tunari S.A. c. Bolivia*, Caso CIADI nº ARB/02/3; *E.T.I. Euro Telecom Internacional N.V. c. Bolivia*, Caso CIADI nº ARB/07/28; y *Pan American Energy LLC c. Bolivia*, Caso CIADI nº ARB/10/8). De hecho, sólo parece mantenerse activo el caso *Quiborax S.A., Non-Metallic Minerals S.A. & Allan Fosk Kaplún c. Bolivia*, Caso CIADI nº ARB/06/2.

Esto no significa que, además del recurso a los tribunales bolivianos, que por supuesto no recomendamos, REE o cualquier otro inversor español afectado no dispongan de medios procesales adecuados para defender sus derechos en sede internacional. Junto a los tribunales arbitrales creados en el seno del CIADI, el Artículo 11.2 del acuerdo hispano-boliviano sobre protección de inversiones también ofrece a los inversores la posibilidad de iniciar un arbitraje *ad hoc* administrado por alguna institución internacional, como la Corte Permanente de Arbitraje de La Haya, de conformidad con las reglas procesales de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI). En este sentido, por ejemplo, a finales del año 2010 Bolivia consintió someter a arbitraje internacional ante la Corte Permanente de Arbitraje y conforme a las reglas de la CNUDMI una controversia con inversores norteamericanos y británicos (*Guaracachi America, INC. (USA) and Rurelec PLC (UK) c. Bolivia*, Caso CPA nº AA406).

En definitiva, tras lo acontecido en Argentina hace pocos días, la nacionalización de TDE por parte del gobierno boliviano constituye una nueva evidencia de la utilidad que presentan los acuerdos sobre protección de inversiones celebrados por España. En el caso de TDE, la predisposición de ambas partes a negociar una compensación satisfactoria hace suponer que finalmente se evitará la procelosa vía judicial, es decir, la interposición de una demanda por parte de REE contra Bolivia ante una jurisdicción arbitral. Si éste no fuera el caso, los responsables de REE deberán valorar con cautela todas las opciones que les sigue ofreciendo el acuerdo hispano-boliviano sobre protección de inversiones. A tenor de la práctica que hemos citado, no parece aconsejable iniciar un arbitraje de inversiones ante el CIADI y sería mejor optar por la vía de un arbitraje internacional ante la Corte Permanente de Arbitraje conforme a las reglas de la CNUDMI.

Conclusiones: Desde una óptica puramente económica, la nacionalización de TDE es un asunto minúsculo si se la compara con la de YPF por las razones ya apuntadas. Cabe esperar, si el gobierno boliviano actúa de buena fe, que se cerrará con una compensación satisfactoria para REE, lo que la haría jurídicamente inocua. Pero desde una perspectiva política, no puede desdeñarse el valor simbólico de la misma a dos semanas de la expropiación de YPF, que sí ha sido muy dañina para la imagen y la presencia de España y de sus empresas en Latinoamérica. No tanto por la expropiación en sí como por los procedimientos belicosos y desconsiderados empleados por el gobierno argentino, propios de una añeja retórica anticolonial, sin olvidar su amenaza de no abonar compensación alguna por la misma. Es cierto que el gobierno boliviano ha guardado algo mejor las formas evitando incurrir en demostraciones demagógicas tan toscas como las protagonizadas por el gobierno argentino y la clase política de aquel país. Pero la importancia de la nacionalización de TDE, a pesar de su irrelevancia económica y de su hasta ahora razonable gestión jurídica, proviene de su proximidad a la de YPF, porque ha multiplicado la resonancia política de esta última.

Ahora bien, lo peor con mucho de la nacionalización de TDE es su carácter sintomático de un estado de opinión proclive, en materia de inversiones, a la instauración de un clima de inseguridad jurídica, donde el derecho cede siempre frente a razones de oportunidad y voluntad política, de tal forma que las reglas de juego o bien no existen, o no son claras o se cambian de la noche a la mañana. Las empresas extranjeras harán bien en revisar sus negocios en algunos Estados latinoamericanos donde se aprecia un incremento evidente del riesgo político al calor de circunstancias e imponderables de diversa naturaleza que impiden o hacen muy compleja cualquier previsión empresarial a medio y largo plazo en esos mercados. Las empresas españolas, en particular, deben proceder a dicha revisión aún con más diligencia vista la concentración de sus inversiones (y riesgos) en la región. Esta es una buena enseñanza, que ya siguen al pie de la letra los inversores desde hace tiempo, porque el volumen de inversión extranjera directa en Argentina, Bolivia, Ecuador y Venezuela es muy pequeña si se la compara con la que reciben Brasil, Colombia, Chile, México y Perú.

En cuanto al gobierno español, todo apunta a que intentará contrarrestar a medio plazo con la mayor decisión, mediante la vía diplomática, los daños sufridos a causa de estos inesperados sucesos. Recuérdese que a primeros de febrero, apenas tres meses antes de la nacionalización de TDE, el ministro boliviano de Exteriores visitó España y constató con su homólogo español el “buen estado de las relaciones económicas bilaterales y de la notable presencia de empresas españolas” en Bolivia, así como la voluntad de su gobierno de seguir fortaleciendo las relaciones bilaterales. Por tanto, no se trata sólo de que la realidad imponga que los intereses de España y de las repúblicas americanas pueden diferir e incluso entrar en grave contradicción, por ejemplo en materia de protección de inversiones, lo que es muy normal. Sino que ello es aún más probable cuando algunos de esos Estados padecen regímenes políticos con los que resulta difícil mantener relaciones fiables y previsibles, porque son democracias de muy baja calidad, dominadas por el cesarismo, el populismo y el nacionalismo, políticamente inestables y sin seguridad jurídica.

Convendrá ponderar con mucho tino la conducta a seguir a corto y medio plazo en Latinoamérica. A corto plazo y de cara a Argentina, al gobierno español y a Repsol les interesa que la nacionalización de TDE acabe bien, para que contraste con la expropiación de YPF, que quizás recorra por desgracia otro camino. A medio plazo, quede constancia de que conviene discernir en las relaciones con las repúblicas

americanas y tomar buena nota de aquellas sometidas a circunstancias de grave riesgo político, con las consecuencias que de ello se derivan para el respeto del DI en materia de protección de inversiones. El gobierno español debe informar cumplidamente a las empresas que deseen invertir en esos países de los riesgos que corren, al margen de las ventajas que sin duda ofrece la comunidad de cultura a la hora de invertir en aquella región.

Carlos Jiménez Piernas

Catedrático de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales, Cátedra Jean Monnet de la Comisión Europea, Universidad de Alcalá