

Serie Ideas y Reflexiones IISEC-UCB Nro. 3/2022

## La lógica estatal en la expropiación de la inversión extranjera: la experiencia boliviana

8 de diciembre de 2022

**Victoria Alejandra Vera Guzmán**

*Asistente de investigación del IISEC-UCB, becaria de la Fundación Hanns Seidel*

Entre los objetivos principales de los Estados se encuentra el alcanzar un crecimiento económico sostenible e impulsar el desarrollo económico y, de esta manera, brindar bienestar a su población. Este objetivo puede ser alcanzado mediante una participación más activa del sector público o del sector privado en la economía. Sin embargo, en ambos casos se requieren de fuentes de financiamiento para realizar sus actividades y estas pueden ser internas y/o externas. Por un lado, las fuentes internas de financiamiento en el sector público pueden ser generadas por el superávit en dicho sector, endeudamiento interno o préstamos otorgados por el Banco Central de Bolivia (BCB). Por otro lado, el sector privado también puede financiar sus actividades mediante la emisión de bonos en el mercado de valores, utilidades empresariales y nuevas participaciones accionarias. Bajo esta lógica los Estados abren sus fronteras al capital financiero extranjero para obtener mayores recursos y de esta manera dinamizar sus actividades, como también abren sus fronteras a inversiones de empresas transnacionales que puedan ayudar a explotar recursos que el Estado por falta de estructura industrial no pueda hacerlo.

Entre las reglas establecidas en el derecho internacional está el derecho soberano de los Estados de tomar los bienes en poder de nacionales o extranjeros mediante nacionalización o expropiación por razones económicas, políticas, sociales o de otro tipo. Para ser legal el ejercicio de este derecho soberano requiere que se cumplan ciertas condiciones como, por ejemplo, la compensación. Si bien el derecho de los Estados a expropiar se reconoce como un derecho fundamental, el ejercicio de este derecho ha desencadenado conflictos, debates y desacuerdos como el quebrantamiento de estándares de protección y consecuente proceso arbitral entre Estados. El propósito de este documento es exponer los tipos de expropiación

posibles para los Estados y analizar dos casos concretos a fin de analizar la lógica que tuvo el Estado boliviano en la decisión de expropiar.

### **Tipos de expropiación**

Los tipos de expropiación que se presentan como posibles actos para los Estados son los siguientes: **Expropiación directa** que significa una transferencia legal obligatoria del título de propiedad o su confiscación física total. Normalmente, la expropiación beneficia al propio Estado o a un tercero obligado por el Estado. En los casos de expropiación directa, existe una relación abierta, deliberada y la intención inequívoca, tal como se refleja en una ley o decreto formal, o acto físico, para privar al propietario de su propiedad a través de la transferencia del título o confiscación total. **Expropiación indirecta** es la privación de una inversión, pero sin una transferencia formal de la titularidad. La noción fue reconocida en el derecho internacional mucho antes de la aparición de los tratados de inversión (TBIs). Sobre la base de la práctica de los Estados, la doctrina y los laudos arbitrales, las expropiaciones indirectas se caracterizan por los siguientes elementos acumulativos: a) Un hecho imputable al Estado; b) Interferencia con los derechos de propiedad u otros intereses legales; c) En tal grado que los derechos o intereses pertinentes pierdan la totalidad o la mayor parte de su valor o el propietario se ve privado de control sobre la inversión.

Las expropiaciones indirectas no resultan necesariamente en un aumento de la riqueza del Estado. A diferencia del caso de la expropiación directa, normalmente el Estado se negará a reconocer el carácter expropiatorio de la medida y no ofrecerá compensación al inversionista agraviado. En caso de una controversia, será tarea del tribunal identificar si la conducta en cuestión constituye una expropiación. Por lo tanto, es altamente aconsejable que las partes del proceso proporcionen orientación a los tribunales futuros en la identificación de las medidas que pueden considerarse expropiatorias.

Una abrumadora mayoría de doctrina en materia arbitral de inversiones permite a los Estados expropiar las inversiones, siempre y cuando la toma se efectúe de acuerdo con a los siguientes criterios: a) Que tenga un fin público; b) Que se haga de manera no discriminatoria; c) Que se efectúe de conformidad con las garantías procesales; d) A cambio del pago de una indemnización. Lo importante es pues saber si el Estado actúa como un agente comercial normal o con sus poderes gubernamentales superiores.

La inversión extranjera directa puede ser incentivada o desincentivada por el grado de seguridad jurídica en el Estado anfitrión de la inversión, la expropiación fuera del margen de las justificaciones necesarias y el marco de la licitud, permite el actuar arbitrario del gobierno en la acción de expropiar dejando al inversor desprotegido y dejando este Estado la imagen de un lugar poco seguro para invertir, ergo un desincentivo a la hora de tomar la decisión de invertir en ese Estado o no.

## **Dos casos de expropiación de inversiones internacionales en Bolivia**

A fin de observar el comportamiento del Estado boliviano respecto a las inversiones en las que ha sido un Estado Anfitrión, se presentan dos casos en los que llevó adelante una expropiación directa analizando las justificativas de expropiación.

### *JINDAL STEEL BOLIVIA C. SIDERÚRGICA DEL MUTÚN*

El año 2006 la empresa multinacional Jindal Steel and Power Limited suscribió junto con la República de Bolivia el contrato de riesgo compartido, fruto de la "Licitación Internacional de Explotación del Yacimiento de Hierro del Mutún", licitación que contempló la explotación, industrialización y transporte de hierro en el Mutún, incluyendo, además, el empleo de gas natural o carbón vegetal para el comienzo de explotación.

La administración y gestión de la empresa estuvieron al mando de Jindal. El trabajo de explotación de mineral consistía en una operación a cielo abierto, y para ello, el control de la zona era indispensable. En consecuencia, el gobierno tomó la decisión de expropiar a los habitantes del lugar sin meditación o consulta con los mismos y otorgó una concesión del lugar a la empresa Jindal. La expropiación llevada a cabo por el Estado Boliviano a las comunidades y habitantes de la zona del Mutún fue llevada a cabo en el año 2007, posterior al lanzamiento de la licitación para la explotación del lugar por una empresa multinacional y anterior a la concesión de la zona.

El caso de expropiación directa analizado deja en claro que el Estado al momento de realizar la expropiación y violar los derechos de propiedad, priorizó el proyecto de El Mutún y así el desarrollo económico que este podría traer al país, por encima de los derechos e intereses de los habitantes afectados.

### *SOUTH AMERICAN SILVER vs ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA*

South American Silver (SAS) contra Bolivia es un caso en el cual la expropiación tuvo lugar ex post el inicio de trabajos de explotación minera con la empresa inversora. El proyecto nació a partir del Tratado Bilateral de Inversiones firmado entre Bolivia y Gran Bretaña el cual tiene la finalidad de plasmar los márgenes de protección para las inversiones que surjan entre las dos naciones. Los antecedentes del caso dictan que el 7 de noviembre de 2003, la Compañía Minera Malku Khota (CMMK) fue constituida en Bolivia para explorar y desarrollar el proyecto minero Malku Khota. SAS, poseía indirectamente todas las acciones de CMMK. Entre los años 2003 y 2007, CMMK adquirió diez concesiones mineras. El área de las concesiones estaba principalmente habitada por comunidades originarias, agrupadas en ayllus. En 2010, los miembros de estas comunidades acusaron a CMMK de contaminar espacios sagrados, faltar el respeto a las autoridades originarias, de engañar y amenazar a miembros de la comunidad y ser responsable de violaciones a mujeres de la comunidad.

La tensión entre las comunidades locales y funcionarios de CMMK terminó en enfrentamientos violentos. El Gobierno boliviano intervino y llegó a un acuerdo con las comunidades originarias, mismo que arribó en la emisión del Decreto Supremo 1308 de fecha 1 de agosto de 2012, declarando la reversión de la propiedad de todas las concesiones mineras hechas a SAS de vuelta a Bolivia. SAS reclamó que la reversión constituía una expropiación bajo el Artículo 5 del TBI entre Bolivia- y el Reino Unido (el TBI), el mismo que establecía como término esencial para las inversiones la utilidad pública y beneficio social. Cabe mencionar que SAS se encontraba en Bolivia junto a la Compañía Minera Malku Khota, desde el año 1994, y fue en el año 2012 cuando comenzó la expropiación a la empresa británica.

Posteriormente la multinacional South American Silver, demandó al Estado Plurinacional de Bolivia frente a un Tribunal Arbitral del CIADI resultante a ello la decisión del tribunal arbitral fue que al tratarse de una expropiación directa, sin compensación alguna a la empresa inversora damnificada ante dicho acto, todo estaba claro: Bolivia cometió expropiación ilegal en perjuicio de la empresa South American Silver.

No hay duda en cuanto a que existía un conflicto que se fue agravando hasta llevar a serios actos de violencia. Cabe aclarar que se demostró la oposición al proyecto de parte de comunidades originarias y la presencia de serias falencias por parte de SAS en el manejo de los programas de socialización con la comunidad.

### **Lecciones aprendidas y reflexiones finales**

La expropiación es la expresión clara de aquello considerado por el Estado como “el bien mayor”. En los dos casos la lógica seguida por el Estado para la vulneración del derecho de propiedad difiere una de la otra. La primera diferencia a notar es el momento en el que se dio la expropiación. Mientras que en el caso de *Jindal Steel v. Bolivia*, la expropiación se llevó a cabo *ex ante* al inicio de trabajos acordados, en el caso de *South American Silver* la expropiación sucedió *ex post* a los trabajos de explotación de las minas.

La Segunda diferencia se refiere a los sujetos de la expropiación mientras que en el caso *Jindal Steel v. Bolivia* el sujeto damnificado por la irrupción de su derecho de propiedad fueron las comunidades y habitantes del lugar con el objeto de brindar una concesión completa a la empresa Jindal, ergo, el primer caso se traduce en el detrimento de los habitantes del lugar, incluyendo a comunidades y personas particulares, en beneficio de la empresa extranjera. En cambio en el segundo caso expuesto, *South American Silver v. Bolivia*

, el sujeto vulnerado fue la empresa extranjera SAS en beneficio y protección de las comunidades habitantes del lugar de trabajo.

La Tercera diferencia es la presencia o no de conflicto como causa del proceso de expropiación. Mientras que en *Jindal v. Bolivia* la expropiación fue un acto preparatorio para el inicio del trabajo de la empresa extranjera, en el caso *South American Silver v. Bolivia* la expropiación tomó lugar como una medida de protección por enfrentamientos violentos y problemas entre las comunidades y la empresa extranjera SAS, es decir, por la presencia de conflicto entre la empresa extranjera y las comunidades habitantes del lugar. Pensar que el momento en que se haya realizado la expropiación tiene una relación directa con la justificación de la misma y con los sujetos de quienes haya sido vulnerado el derecho de propiedad, es una duda razonable, que puede surgir a partir de estas reflexiones.

La Cuarta y la más importante diferencia entre los dos casos es la perspectiva del gubernamental en la justificación de la expropiación y la definición del "bien mayor". En el caso de *Jindal Steel v. Bolivia*, el gobierno definió el "bien mayor" como la explotación del Mutún y el supuesto crecimiento económico que este proyecto traería, la justificación gubernamental para llevar a cabo la expropiación fue que, para el inicio de los trabajos, la concesión del territorio a la empresa extranjera era vital, consecuentemente procedió la expropiación directa a las comunidades y habitantes del lugar.

En el caso de *South American Silver v. Bolivia*, el "bien mayor" definido por el mismo gobierno fue el la seguridad de los derechos y tradiciones ligados a las Comunidades Indígenas Originarias Campesinas, la justificación gubernamental se basó en el resguardo de dichos derechos y tradiciones de las comunidades. Al ser la empresa extranjera acusada de vulnerar tales derechos, el gobierno boliviano tomó la decisión de revertir los derechos de propiedad de la empresa extranjera, obteniendo como resultado una expropiación directa a la empresa SAS.

¿Qué cambió dentro del panorama estatal? El cambio de los valores y principios rectores de las normas, que son un determinante para atraer o ahuyentar la inversión extranjera. Esto se evidencia en la Constitución Política del Estado y la reforma a la misma en el año 2009. Por lo que, desde el año 2009 año con la nueva Constitución, la que incluye dándole mayor énfasis a comparación de las anteriores reformas constitucionales, al reconocimiento y otorgando derechos a las comunidades Indígenas y a los campesinos, es por ello que estos elementos tienen cada vez más peso para el Estado a la hora de tomar una decisión, como en este caso, la expropiación.

En resumen, la lógica entre estos dos casos difiere: la valorización del crecimiento económico potencial que puede traer la inversión extranjera directa frente a la protección de los derechos de las comunidades indígenas y campesinas fue distinta a la lógica previa a la

reforma constitucional el 2009, contando una vez con la nueva CPE la seguridad de los pueblos indígenas originarios se volvió el “bien mayor”.

Queda dejar como reflexión, que los dos componentes centrales de este documento, la atracción de inversión extranjera y el respeto de los derechos de las comunidades indígenas y campesinas no son dos objetivos antagónicos, siendo todavía un desafío la búsqueda de equilibrio que permita contar con Inversión Extranjera que no ponga en riesgo el respeto a los derechos y tradiciones de las comunidades indígenas originarias.

## Referencias

AméricaEconomía.com. (2012, julio 17). Jindal termina contrato de US\$2.100M con Bolivia por yacimiento El Mutún. AméricaEconomía | AméricaEconomía.

<https://www.americaeconomia.com/negocios-industrias/jindal-termina-contrato-de-us2100m-con-bolivia-por-yacimiento-el-mutun>

Comibol ya está expropiando tierras para El Mutún. (s/f). Bnamericas.com. Recuperado el 10 de octubre de 2022, de

[https://www.bnamericas.com/es/noticias/Comibol\\_ya\\_esta\\_expropiando\\_tierras\\_para\\_El\\_Mutun1](https://www.bnamericas.com/es/noticias/Comibol_ya_esta_expropiando_tierras_para_El_Mutun1)

EN EL CASO DE UN ARBITRAJE DE CONFORMIDAD CON EL CONVENIO ENTRE EL. (s/f).

Italaw.com. Recuperado el 10 de octubre de 2022, de

[https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10364\\_o.pdf](https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10364_o.pdf)

Gobierno concluye expropiación de tierras para desarrollar El Mutún. (s/f). Bnamericas.com. Recuperado el 10 de octubre de 2022, de

[https://www.bnamericas.com/es/noticias/Gobierno\\_concluye\\_expropiacion\\_de\\_tier\\_ras\\_para\\_desarrollar\\_El\\_Mutun1](https://www.bnamericas.com/es/noticias/Gobierno_concluye_expropiacion_de_tier_ras_para_desarrollar_El_Mutun1)

Internacional, A. (2022, marzo 13). Expropiación en arbitraje de inversión. Arbitraje

Internacional; International Arbitration. <https://www.international-arbitration-attorney.com/es/expropriation-in-investment-arbitration/>

Llc, A. L. (2019, septiembre 19). La expropiación en el arbitraje de inversión. ACERIS LAW;

Aceris Law LLC International Arbitration Law Firm. <https://www.acerislaw.com/la-expropiacion-en-el-arbitraje-de-inversion/>

Mundi, J. (s/f). Jindal Steel v. ESM. Jusmundi.com. Recuperado el 10 de octubre de 2022, de

<https://jusmundi.com/fr/document/decision/es-jindal-steel-bolivia-s-a-v-empresa-siderurgica-del-mutun-tribunal-order-denying-the-request-to-clarify-friday-29th-august-2014>

Steel, J., Plurinacional De Bolivia, E., Siderúrgica, E., Mutún Y " ", D., & Mtn~ra, C. (s/f). Gob.bo.

Recuperado el 10 de octubre de 2022, de <https://esm.gob.bo/documentos/CASO-CCI-No-20086-ASM-JINDAL-STEEL.pdf>

Morales Anaya, R. (2006) El proyecto del Mutún ¿Un sueño inconcluso? Coloquios Económicos Nro. Fundacion. Recuperado el 10 de octubre de 2022, de <https://fundacion-milenio.org/wp-content/uploads/2018/01/Coloquio-econ%C3%B3mico-05-El-Proyecto-del-Mut%C3%BAn-Un-sue%C3%B1o-inconcluso.pdf>