

EL ESQUEMA JURÍDICO DE LA PRIVATIZACIÓN DE LOS HIDROCARBUROS EN BOLIVIA

Alejandro Almaraz

La capitalización de YPFB como modalidad de privatización

Para lograr una adecuada comprensión de la función y características de la adopción de los contratos de riesgo compartido en la legislación de hidrocarburos vigente, es indispensable partir de su contextualización socio-económica y jurídica. Así, encontramos que dicho contexto está básicamente contenido en el proceso de privatización integral de la industria hidrocarburífera de Bolivia, producido durante los últimos años en el marco de la Ley de Capitalización y la nueva Ley de Hidrocarburos.

En nuestro país, al igual que en el resto del mundo, las iniciativas y proyectos de privatización del sector público de la economía constituyen un objetivo central de los programas de ajuste estructural y las reformas económicas de libre mercado, predominantes a lo largo de las últimas dos décadas en el escenario de la economía mundial y determinantes en la configuración de su actual proceso de internacionalización. Como es sabido, las reformas económicas de libre mercado son planificadas en el marco de los programas de ajuste estructural, concebidos por los organismos financieros multilaterales en su condición de expresión mundial institucionalizada del capital financiero, quienes además promueven su aplicación y asumen el monitoreo de la misma en cada estado.

La orientación global de tales reformas expresadas en los programas de ajuste estructural, como lo revela exhaustivamente Wira Dierckxsens, radica en una totalizadora y reconcentradora redistribución de la riqueza en favor de los grandes conglomerados empresariales transnacionales, convertidos en principal componente del capital mundial y actores dominantes del proceso de internacionalización de la economía. En esa dirección, la transferencia de las estructuras productivas del sector público al dominio privado regido por el mercado, constituye un primer y elemental objetivo, máxime si en dicho ámbito se hallan industrias de alta rentabilidad actual y asegurada potencialidad para la generación de excedentes a mediano y largo plazo, como es el caso del sector de hidrocarburos.

De este modo, los programas de ajuste estructural han promovido y organizado la inversión privada con alcances privatizadores en la industria hidrocarburífera, aún contando con

las desventajas vinculadas a la caída del precio internacional del petróleo ocurrida en los últimos años. Sin embargo, es ya oportuno afirmar que pese a las poderosas directrices del ajuste estructural y a la misma posición de apertura a la inversión privada en el sector asumida en casi el mundo entero, la privatización ha encontrado su punto de contención precisamente en el sector de hidrocarburos, pues esta industria, mundialmente vista, continúa teniendo el abrumador predominio de las empresas estatales.

La explicación de ello radica, como lo explicaremos con más amplitud posteriormente, en que la mayoría de los Estados del mundo considera que la realización de la inversión privada, especialmente extranjera, en el sector, no necesariamente debe suponer la transferencia del patrimonio empresarial del estado a los inversionistas, ni mucho menos la desaparición de la intervención directa de éste en el proceso productivo.

En el caso boliviano, el proceso de privatización global de la industria hidrocarburífera ha definido sus alcances y modalidades en el marco normativo que configura, articulado y complementariamente, la Ley de Capitalización y la de Hidrocarburos y, en torno a ellas, un intrincado conjunto de instrumentos regulatorios de distinto orden y jerarquía. Sin perder de vista la integridad y complejidad del proceso y su estructura, conviene iniciar su examen por la capitalización de YPFB, en tanto la misma constituye el componente de apertura del proceso global.

Una característica general en todo el proceso de privatización del sector hidrocarburífero en Bolivia y particularmente en la privatización de YPFB, es la oscuridad que ha impedido o distorsionado el certero conocimiento público de su naturaleza y condiciones, afectando sensiblemente su legitimidad. En la base misma de la cortina discursiva que invisibiliza la realidad y el fondo de los hechos, se encuentra el uso engañoso del eufemismo por el que se ha designado como “capitalización” al proceso de privatización de YPFB, negando su verdadera naturaleza de modo persistente, sistemático e incluso instrumentado por profundas e intensas campañas comunicacionales en los momentos decisivos para la adopción de sus medidas viabilizadoras claves.

De manera absolutamente engañosa, la capitalización de YPFB fue presentada ante la ciudadanía como un proceso por el que YPFB, sin enajenar su patrimonio, obtendría inversiones que por lo menos lo duplicarían, mediante la conversión de la entidad a sociedad de economía mixta y la emisión de acciones de la misma que suscribiría el socio estratégico capitalizador. Luego, probablemente ante lo insostenible de aquella justificación, se optó por persistir en el argumento que niega la privatización por no existir una venta directa de la empresa.

Lo evidente es que la capitalización de YPFB constituye su privatización de manera absoluta, directa y dotada de plena e inequívoca formalidad jurídica. Los rasgos peculiares y

atípicos que ciertamente tiene este modelo, se limitan solamente a determinados aspectos instrumentales y accesorios y, por supuesto, a su eufemística apariencia, todo lo cual, de ningún modo afecta su esencia privatizadora, en tanto su efecto jurídico es la transferencia del patrimonio estatal al dominio privado, como se verá a continuación.

Es pertinente distinguir en el modelo de la capitalización de YPFB, tres mecanismos jurídicos básicos en los cuales se expresa claramente su contenido de privatización.

1. Sustitución del Estado por entidades privadas

A diferencia de otras experiencias de privatización, como la de YPF en la Argentina, en la que el Estado conserva un porcentaje minoritario pero significativo del total de las acciones de la empresa privatizada, en el caso de la capitalización de YPFB, el Estado, como persona jurídica, desaparece totalmente de la estructura de propiedad de la empresa, transfiriendo sus derechos patrimoniales sobre la misma, a Fondos de Pensiones de capitalización individual, como entidades privadas, administradas por otras entidades privadas, en beneficio de los ciudadanos bolivianos residentes en el país y que hayan alcanzado la mayoría al 31 de diciembre de 1995. En efecto, es este el sentido de los artículos sexto y séptimo de la Ley 1544 de Capitalización.

Queda pues absolutamente claro que se trata de la enajenación perfecta y formal del patrimonio de la empresa pública, expresado en las respectivas acciones de las sociedades de economía mixta correspondientes a YPFB, al patrimonio privado de los Fondos de Pensiones, y no de cada uno de los referidos ciudadanos bolivianos individualmente considerados, como falsamente se afirma con frecuencia, a tiempo de alegar que “se han devuelto las empresas públicas a sus verdaderos dueños”. Cabe insistir en que los ciudadanos bolivianos tienen la condición de beneficiarios y no de propietarios de dichas acciones y los derechos que la misma les otorga se limitan solamente a la percepción de determinadas prestaciones establecidas en la Ley de Pensiones.

Por otra parte, el derecho patrimonial del Estado así transmitido a los Fondos de Pensiones, de acuerdo al respectivo marco legal, es necesariamente administrado y representado por sociedades anónimas de finalidad especial denominadas Administradoras de Fondos de Pensiones (AFPs). Son estas entidades las únicas autorizadas para transar las acciones referidas en los mercados de valores y para representarlas, con ciertas originales restricciones que veremos más adelante, en los órganos societarios de las respectivas sociedades anónimas creadas por el proceso de capitalización.

Debido a esta misma circunstancia, el carácter de sociedades de economía mixta que la Ley de Capitalización autoriza dar a las empresas hasta entonces estatales, resulta meramente

transitorio e instrumental, pues aún desde el momento en que se constituye el fideicomiso de las acciones de YPF (tipo A) para su detentación transitoria hasta la organización de los Fondos de Pensiones y la selección de las AFP's, dicho carácter desaparece dando lugar a la conversión de las sociedades a ser capitalizadas en sociedades anónimas y, consiguientemente, sujetos enteramente de derecho privado. Esta conversión societaria se revela suficientemente clara y evidente en la sola consideración de la transferencia prevista por ley, pero además tiene su expresa confirmación en la cláusula primera (antecedentes) de los contratos de administración de las empresas "Chaco SAM" y "Andina SAM", suscritos entre las sociedades objeto de la capitalización, el socio capitalizador, el Ministro de Capitalización y el banco fiduciario.

Es pertinente observar que la singularidad jurídica de este procedimiento no parece limitarse a las modalidades de enajenación del patrimonio de las empresas del Estado sino proyectarse incluso al ámbito del ejercicio de las potestades más comunes y generales del Estado como representante del interés común.

Parecería pues corresponder de modo natural al Estado boliviano, la representación y administración de los intereses de todo un segmento étareo de sus ciudadanos, máxime si esos intereses derivan de la transferencia de bienes privados estatales como son los activos de las empresas capitalizadas. No obstante, el ejercicio de esta natural atribución del Estado resulta siendo transferida a entidades comerciales extranjeras como el banco fiduciario "Cititrust Bahamas Limited" y las AFP's.

Por lo demás, cabe destacar que las AFP's no tienen ni la capacidad material, ni las suficientes potestades dentro la estructura societaria de las sociedades capitalizadas, ni el mismo propósito, para realizar ningún tipo de control sobre las operaciones de aquellas, que resguarde el interés nacional de acuerdo al desarrollo global de la estratégica industria de los hidrocarburos. El interés nacional, por cierto, no se limita a los ciudadanos bolivianos con mayoría y residencia en el país al 21 de diciembre de 1995 ni fenece con la muerte del último de ellos, salvo que, en adhesión a la globalización, se asuma la disolución del Estado boliviano en el mediano plazo.

A este respecto, los artículos 121 y 123 de la Ley de Valores, con la que se completa y consolida la compleja estructura normativa de la capitalización, otorgan a las AFP's, escasamente, la atribución de informar a las autoridades públicas competentes respecto a las decisiones de las empresas capitalizadas que puedan perjudicar a los Fondos de Pensiones y al cumplimiento de las inversiones comprometidas en los contratos de capitalización.

2. Constitución del socio capitalizador en socio mayoritario

Dentro la promoción y justificación del proceso de capitalización, se ha señalado también que los socios capitalizadores no adquieren la propiedad de las empresas al no adquirir

más de la mitad de sus acciones. Sobre el punto, corresponde afirmar que, de acuerdo a la normativa aplicable al caso, los socios capitalizadores no necesitan de tal mitad más uno de acciones para ejercer, a plenitud y holgadamente, las atribuciones propias de un socio mayoritario.

En primer término, no es irrelevante observar que si bien los socios capitalizadores sólo suscriben el 50% de las acciones de las sociedades al capitalizarlas, la propiedad de los Fondos de Pensiones no alcanza exactamente al otro 50%, puesto que al momento de constituirse las sociedades anónimas mixtas, los trabajadores de YPFB suscribieron una cantidad mínima de acciones.

Más importante que ese dato es el que revela que la cláusula quinta (administración de la sociedad) de los referidos contratos de administración, suscritos con Chaco y Andina, otorgan al socio capitalizador el derecho a designar 4 de los 7 miembros del Directorio de la sociedad, garantizándole así un pleno poder de decisión en todos los actos de la sociedad. Llama la atención que la composición del Directorio de las sociedades capitalizadas no refleje la paridad accionaria de las mismas, como habría sido probable en el común de las sociedades anónimas.

Más aún, las mismas cláusulas contractuales a las que se ha remitido la regulación de un elemento tan decisivo para el desenvolvimiento de las sociedades capitalizadas, garantizan al socio capitalizador el mantenimiento de su poder de decisión en el mediano plazo, pues en el punto 5.4. se establece el compromiso de *“si surge una minoría calificada de conformidad al estatuto de la Sociedad, el Administrador y el Fiduciario o las AFP’s elaborarán y votarán en favor de una lista para la elección de cinco (5) directores, cuatro (4) nominados por el administrador y uno (1) por el Fiduciario o las AFP”*.

Además de los especiales derechos otorgados por los contratos de suscripción de acciones y de administración a los socios capitalizadores, en dirección a determinar su pleno dominio sobre las sociedades capitalizadas, tienen gran importancia los contratos de conciliación de cuentas suscritos entre las sociedades capitalizadas, representadas por los socios capitalizadores y administradores y YPFB, como se verá en el contrato suscrito con Chaco S.A. Por una parte, el punto 6.4. de este contrato establece expresamente que su objeto es la transferencia del derecho propietario de todos los bienes de YPFB afectados, los que pasan a formar parte del patrimonio de la respectiva sociedad, la Sociedad Anónima Chaco, representada por su socio administrador, la compañía Amoco Bolivia Petroleum Company. Se advierte así que la transferencia indirecta de acciones de YPFB al socio capitalizador, no es el único medio para transferirle la propiedad de la totalidad de activos de la empresa pública, en su calidad de socio mayoritario y administrador de sociedad en virtud de los contratos antes mencionados.

Por otra parte, estos contratos de conciliación tienen el interés de revelar la instrumentación de los contratos de riesgo compartido en el proceso de capitalización de YPF, constituyendo el principal mecanismo de articulación específica entre las leyes de capitalización e hidrocarburos. Así, los referidos contratos de conciliación se limitan a regular en detalle la transferencia del derecho propietario sobre los activos de YPF, aclarándose en el punto 1.9. que la disposición de la transferencia del derecho de exploración y explotación de las reservas será establecida por contratos de riesgo compartido suscritos por las sociedades capitalizadas, determinándose por Resolución Secretarial que transitoriamente, hasta que se produzca dicha suscripción, YPF continuará explorando y explotando tales reservas.

Debe advertirse que la determinación de las áreas y reservas hidrocarburíferas a ser otorgadas para su exploración y explotación es un acto de importancia fundamental para el desarrollo integral de la industria y que, por ello, en la legislación anterior, se establecía por Decreto Supremo. No obstante, en este caso, tal acto es remitido a instrumentos de jerarquía tan evidentemente inferior como una Resolución Secretarial.

3. La posibilidad de expansión accionaria del socio capitalizador

Por último, un tercer mecanismo de privatización, tan concluyente como los anteriores, está dado en la opción a mediano plazo, para el socio capitalizador, de ampliar su participación accionaria en las sociedades capitalizadas y, de manera inmediata, para otros particulares, de adquirir parte del paquete accionario de las mismas.

En efecto, los citados contratos de administración de las sociedades capitalizadas, en sujeción a lo dispuesto en el cuarto párrafo del artículo 4 de la Ley de Capitalización, inhiben a los socios capitalizadores y/o administradores de adquirir las acciones de terceros de esas sociedades mientras dichos contratos se hallen en vigencia. Sin embargo, una vez concluida tal vigencia, cuya duración según los propios contratos es de ocho años, o menor aún si se culmina antes la inversión total del monto suscrito por el socio capitalizador o si las AFP's transfieren acciones que representen más del 20% del capital social, el socio capitalizador queda autorizado para ampliar su participación accionaria en la sociedad y acrecentar así su dominio sobre la misma.

Por otro lado, de la misma previsión contractual recién mencionada, que establece la posibilidad que las AFP's transfieran acciones que representen más del 20% del capital accionario, queda claro que las acciones de propiedad de los Fondos de Pensiones administradas por las AFP's podrán ser transferidas por éstas en cualquier momento, quedando así expedita la vía para la incorporación inmediata de nuevos socios particulares en la estructura accionaria, y consiguientemente propietaria, de las sociedades capitalizadas.

Luego, si no es considerando la gradual transferencia de las acciones de propiedad de los Fondos de Pensiones que realicen las AFP's como sus administradoras, no se explica el hecho que las prestaciones que estas están obligadas a brindar concluyan con la muerte del último ciudadano boliviano que al 31 de diciembre de 1995 haya alcanzado la mayoría de edad.

De este modo, los tres mecanismos jurídicos expuestos parecen dejar fuera de duda que la premisa básica de la que partió el proceso de capitalización de YPFB fue la de garantizar el pleno dominio, enteramente correspondiente a los atributos del derecho propietario, de los socios capitalizadores sobre las empresas capitalizadas en las que se dividió YPFB. Sin embargo, esta realidad nunca fue directa y claramente expresada a la ciudadanía, por el contrario, se encubrió con la engañosa pretensión de establecer diferencias sustanciales entre privatización y capitalización, probablemente en el propósito de eludir la previsible resistencia social a la reforma y evitar la exteriorización de su carácter inconstitucional, asunto este último al que volveremos a referirnos más adelante.

Por último, es pertinente mencionar que sólo Perú y Argentina, en Sud América, tomaron la radical medida de privatizar sus empresas estatales del petróleo. Por todo lo recién expuesto, la diferencia del proceso boliviano con estas otras experiencias de privatización parece radicar en que, en este caso, los réditos económicos de la privatización, generados por la inversión futura que los capitalizadores se comprometen a realizar, no son percibidos por el Estado sino por los Fondos de Pensiones mediante las AFP's, mientras éstas no terminen la transferencia de las acciones de aquellos, circunstancia irrelevante e insubstancial para discutir el efecto privatizador del proceso.

Mucho más importante como elemento diferenciador, a la luz de los preceptos básicos del ordenamiento jurídico nacional y los más elementales principios democráticos, es la equívoca apariencia y la intransparente aplicación ante la ciudadanía, del proceso boliviano de privatización de la empresa estatal del petróleo, lo que ubica al país en una oscura e ilegítima vanguardia de la desnacionalización petrolera en el continente.

La nueva Ley de Hidrocarburos

Si la anterior legislación en materia de hidrocarburos, examinada en los apartados precedentes, introdujo sucesivas y significativas reformas legales en dirección a la apertura del sector a la inversión extranjera, la Ley de Hidrocarburos 1689, promulgada el 30 de abril de 1996, supone una modificación integral y extrema de la legislación nacional en esa misma dirección. En efecto, el contenido central de esta nueva Ley de Hidrocarburos es eliminar la intervención directa del Estado en la industria hidrocarburífera y reservarla en virtual exclusividad a la inversión extranjera.

Previamente a examinar los contenidos específicos de esta Ley, es conveniente detenerse en una rápida observación de sus antecedentes políticos inmediatos. Resulta particularmente notoria, en este plano, la estrecha correspondencia del proceso en su génesis, promoción, aprobación e implementación, con el proceso de aplicación de los programas de ajuste estructural en el país.

En este sentido, se debe advertir la intensa y fundamental participación del Banco Mundial en todo el proceso de reforma del sector productivo hidrocarburífero del país y su respectivo marco legal, mediante la prestación de un importante soporte financiero y asistencia técnica. Así lo revela, amplia y detalladamente, el memorando de recomendación del Presidente de la Asociación Internacional de Desarrollo a los Directores Ejecutivos sobre un crédito para la República de Bolivia destinado a la asistencia técnica de una reforma en el sector hidrocarburos y capitalización, documento del 2 de junio de 1995 que explica detalladamente la participación del Banco Mundial en dicho proceso.

En este documento oficial, se definen como objetivos del Programa que se recomienda apoyar y financiar:

(ii) Ayudar al gobierno en el análisis, planeamiento, diseño y ejecución de su programa de reformas para el sector de hidrocarburos incluyendo el reforzamiento de las instituciones que estarán monitoreando y regulando ese sector, y (ii) en la Capitalización de YPFB.

Más adelante, en la descripción del Proyecto, se lee lo siguiente:

El proyecto incluye tres componentes: (i) Componente "A" Marco Legal y Regulatorio (cerca del 6% del costo total del proyecto incluyendo estudios analíticos y actividades preliminares para el DISEÑO DEL MARCO TOTAL LEGAL Y REGULATORIO) para la reforma y futuro desarrollo del sector; (ii) Componente "B" Capitalización de YPFB (cerca del 43% del costo total del proyecto) incluyendo pre-capitalización estudios analíticos y actividades preliminares y preparación para la capitalización y transacción de MECs (sociedades anónimas mixtas); y (iii) Componente "C" Reforzamiento Institucional (cerca del 51% del costo total del proyecto) para habilitar la SNE (Secretaría Nacional de Energía) a llevar a cabo las reformas y monitorear el sector al: (a) reforzando la Dirección General de Hidrocarburos (DGH) para ser participante en actividades preliminares dirigidas hacia el establecimiento, personal inicial y operaciones de iniciación para una estructura de organización apropiada.

De las intenciones expresadas en este documento oficial del Banco Mundial, es razonable entender que este organismo financiero multilateral ha impulsado y dirigido todo el proceso

de capitalización de YPF, ha encargado el diseño y elaboración de la nueva Ley de Hidrocarburos, su reglamentación y demás normativa colateral, y lo ha organizado en función al proceso de privatización las reparticiones públicas relacionadas con el sector hidrocarburífero, incluyendo en ello la remuneración de los funcionarios públicos.

Fiel a ultranza al paradigma liberal que rige las políticas y acciones del Banco Mundial, la nueva Ley de Hidrocarburos establece una radical reforma del régimen legal del sector hidrocarburífero, al determinar la desaparición casi absoluta de la intervención estatal directa en la industria y, consecuentemente, la total sujeción de ésta a la iniciativa privada y el libre mercado. Los dramáticos alcances de esta reforma, retrotraen la legislación boliviana al régimen liberal anterior a la Ley Orgánica del Petróleo de 1921 y al surgimiento mismo del derecho petrolero boliviano pues, como se recordará, ya en aquella Ley, fundacional de la legislación boliviana en la materia, se establecía la posibilidad de intervención directa del Estado en el proceso productivo del petróleo.

Tales alcances quedan básicamente expresados en el artículo 1 de la Ley, cuyo primer precepto constituye una evidente distorsión de la norma constitucional expresada en el artículo 139 de la Constitución Política del Estado. En efecto, luego de reproducir literalmente dicho artículo respecto al dominio directo, inalienable e imprescriptible del Estado sobre los hidrocarburos y a que ninguna concesión o contrato podrá conferir su propiedad, se distorsiona y restringe el mandato constitucional, expresado a continuación en el mismo artículo 139, que establece la alternativa que el Estado ejerza su función de desarrollo de la industria hidrocarburífera *“mediante entidades autárquicas o a través de concesiones y contratos por tiempo limitado, a sociedades mixtas de operación conjunta o a personas privadas, conforme a Ley”*.

La distorsión y restricción del precepto constitucional radica en establecer que para ejercer su derecho exclusivo, allí mismo reconocido, de explorar y explotar los campos de hidrocarburos y comercializar sus productos, YPF *“celebrará necesariamente contratos de riesgo compartido, por tiempo limitado, con personas individuales o colectivas, nacionales o extranjeras, según las disposiciones de la presente Ley”*. Como se puede advertir, la necesidad impuesta para la celebración de contratos de riesgo compartido, en cuya virtud la totalidad de las operaciones productivas a ejecutar quedan a cargo del particular contratista, contradice y restringe la posibilidad constitucionalmente preceptuada de ejecución directa por parte de entidades públicas autárquicas, como YPF, de dichas operaciones constitutivas del proceso productivo de los hidrocarburos.

A continuación, el mismo artículo primero de la nueva Ley de Hidrocarburos completa sus alcances de liberalización global del sector, al establecer que el transporte de hidrocarburos y la distribución de gas natural por redes, serán objeto de concesión administrativa a

otorgarse por la Superintendencia de Hidrocarburos del Sistema de Regulación Sectorial (SIRESE). En el mismo sentido, con remisión al artículo 44 de la misma Ley, se establece que la refinación e industrialización de hidrocarburos, así como la comercialización de sus productos, es libre y podrá realizarla cualquier persona con su solo registro en la Superintendencia de Hidrocarburos del SIRESE.

El precepto de la nueva Ley de Hidrocarburos, que limita obligatoriamente la exploración y explotación de hidrocarburos a la actividad privada, guarda plena coherencia con la transferencia de los activos de YPF a socios particulares de las distintas sociedades anónimas en las que se dividió a la empresa para su capitalización. El proceso, iniciado en sujeción a la Ley de Capitalización, sólo culmina con la suscripción de los respectivos contratos con los socios capitalizadores, según el marco regulatorio establecido por la nueva Ley de Hidrocarburos, en cuyo centro se halla la extraordinaria garantía para las empresas capitalizadoras y todos los demás agentes privados, de eliminar total y definitivamente la competencia de la empresa estatal.

Así, en el escenario de la vigencia de la nueva Ley de Hidrocarburos, YPF pierde su condición propiamente empresarial, entendida ésta como la organización y capacidad para la realización material del proceso productivo industrial y adquiere un carácter meramente administrativo, definido por los promotores de la reforma como de “*empresa administradora de contratos*”. Cabe pues preguntarse si para la sola administración de contratos, máxime si tienen el carácter concesional de los de riesgo compartido, hace falta una empresa o si, como ha sido común en todos los tiempos y lugares, baste para ello con las reparticiones del Poder Ejecutivo y la Superintendencia del sector. Por lo demás, el gobierno central ha decidido ya que las últimas unidades productivas en poder de YPF, las refinerías, sean también privatizadas mediante una compra-venta directa.

Retomando el trascendental tema de la legitimidad del proceso de privatización integral del sector hidrocarburífero boliviano, es importante recordar dos argumentos con los que los círculos oficiales que promovieron estas reformas pretendieron persuadir a la ciudadanía en favor de las mismas. En primer lugar, se afirmó que esta privatización global del sector era inexcusable para Bolivia porque se estaba produciendo en el mundo entero y el país no podía ser una isla, más aún dada su pobreza y debilidad.

Dicho argumento representa una absoluta y rotunda falsedad, pues si bien casi todos los países del mundo han asumido distintos tipos de iniciativas y reformas para atraer la inversión privada en el sector de hidrocarburos, son verdaderamente excepcionales los que, como Bolivia, han llevado esas iniciativas hasta sus últimas consecuencias, es decir, la eliminación total de la intervención directa del Estado en el proceso productivo. Así lo revela, de modo concluyente, el hecho que actualmente las empresas estatales petroleras posean el 90% de las reservas hidrocarburíferas del mundo.

En lo que toca a nuestro continente, Campodónico distingue tres situaciones generales entre los países latinoamericanos respecto al grado de apertura a la inversión privada de sus políticas petroleras. En un extremo de este cuadro se halla México, con el total mantenimiento del monopolio estatal sobre la totalidad del sector. En una amplia y matizada situación intermedia, está la posición de mantener la intervención central de las empresas estatales con distintos grados de apertura a la intervención complementaria de la inversión privada, que es la adoptada por Colombia, Chile, Ecuador, Venezuela y Brasil, distinguiéndose, en el conjunto, estos dos últimos países por haber alterado recién con las actuales reformas del sector el total monopolio estatal y permitir la inversión privada sólo en espacios muy reducidos del mismo.

En el otro extremo del panorama, se encuentran Argentina, Perú y Bolivia, como los únicos países que han eliminado la intervención empresarial del Estado en el sector, considerando agotado el ciclo de desarrollo del mismo basado en la intervención estatal directa y dejándolo enteramente librado a la iniciativa privada. Es muy significativo, sin embargo, distinguir que mientras para Bolivia el aporte del sector hidrocarburos representa el 50% de los ingresos fiscales, en Perú llega solamente al 15% y en Argentina apenas al 10%.

Pero, además, la tendencia identificada por Campodónico, con respaldo en las afirmaciones de los personeros de las propias empresas trans-nacionales inversionistas, en el comportamiento global de la industria hidrocarburífera de América Latina respecto a la inversión privada no se revela la posibilidad de modificación del claro predominio de la intervención estatal directa, aún contando con el influjo del paradigma liberal asumido en mayor o menor medida por las políticas de todos los países involucrados. Por el contrario, lo que se advierte en este plano es que los hidrocarburos continúan siendo considerados, por la mayoría de los Estados latinoamericanos, como recursos estratégicos cuyos excedentes necesitan ser directamente apropiados por el Estado para asegurar el sustento financiero de las economías nacionales. Es esta circunstancia, la que autoriza afirmar que el sector de hidrocarburos ha venido a constituirse en el punto de contención de las privatizaciones en el continente.

Las siguientes consideraciones de Campodónico son muy reveladoras de esas tendencias y de la situación de Bolivia frente a ellas:

En la mayor parte de los casos, se aprecia que la tendencia general apunta a diversas formas de relación entre las compañías estatales y las empresas extranjeras, en el contexto anteriormente señalado. No se constata que las empresas estatales estén en proceso de abandonar el terreno de la industria petrolera en los países de la región.

Más adelante, continúa:

La captación de la renta petrolera, es decir, la renta proveniente de la diferencia existente entre el costo de producción y el precio internacional del petróleo, sigue siendo un

objetivo de alta prioridad para la mayoría de los países. No se constata una tendencia mayoritaria que considere a la actividad petrolera como una actividad económica más, en la cual no debiera actuar una empresa estatal, tal como lo aconseja el paradigma dominante. Por lo tanto, se sigue considerando a la actividad petrolera como estratégica. En América Latina, solo tres países: Argentina, Bolivia y el Perú no consideran importante la apropiación de la renta petrolera. En lo que concierne a la integración vertical, sólo en Bolivia y Perú se ha dejado de lado esta característica central de la industria petrolera internacional.

Visto así el panorama internacional de la industria petrolera, más veraz que afirmar que el proceso de privatización global operado en Bolivia se ha dado en todo el mundo resultaría decir, por el contrario, que el mismo no se ha dado en casi ningún lugar del mundo.

El segundo argumento oficial de persuasión en favor del proceso privatizador, fue el que pretendía descartar la posibilidad de cualquier opción alternativa para el desarrollo futuro de la empresa estatal del petróleo. Esta es también una falsedad, aunque ciertamente menos rotunda que la anterior.

La propia constatación anterior, que revela amplia y contundentemente que en casi todo el mundo las empresas estatales continúan controlando la industria de los hidrocarburos, es una categórica refutación a la pretensión de desahuciar a YPFB por el solo hecho de ser una empresa pública y de no admitirse para la industria hidrocarburífera de Bolivia ningún futuro si no queda íntegramente en poder de la inversión privada extranjera. En efecto, el Estado boliviano podía haber asumido una política de inversiones extranjeras en el sector, similar a la de la gran mayoría de los Estados del mundo, incluyendo a la mayoría de los del continente y, entre estos, la de aquellos países como Colombia, Venezuela o Ecuador, en los que el sector hidrocarburos tiene una incidencia en la economía nacional equiparable a la que tiene en Bolivia, sin necesidad de seguir el camino de Argentina, donde dicha incidencia es sustancialmente menor.

Se habría tratado, en suma, de ofertar a la inversión privada espacios parciales de intervención a lo largo de la estructura vertical de la industria (upstream y downstream), sin suplantar, desplazar, menos aún eliminar a la empresa pública y siempre con algún grado de participación y control de ésta sobre la gestión de aquellas inversiones. De ese modo, se habría promovido la profundización del rol complementario que la inversión privada podía ejercer respecto a la intervención de la empresa pública, en cuya virtud los recursos y capacidades de la empresa estatal son complementados con los aportes de la inversión privada y no apropiados como sucede bajo el esquema privatizador vigente.

En la perspectiva señalada, es importante destacar que Bolivia contaba ya con un marco legal apropiado y actualizado en lo fundamental, como era la Ley de Hidrocarburos de 1990,

particularmente mediante las relaciones jurídicas contractuales de joint venture en las modalidades de operación y asociación. Para ilustrar la actualidad de dicho marco normativo, baste mencionar que las más recientes reformas legales ocurridas en varios países del continente, tendientes a atraer la inversión privada en el sector, como las de Venezuela y Ecuador, no llegan a propiciar un grado de apertura y flexibilidad para tales inversiones tan efectivo como el que se ofrecía en la Ley de Hidrocarburos de 1990.

Por otro lado, en el ámbito del debate político, económico y técnico especializado, en su momento se manifestaron distintas posiciones que testimoniaron la existencia de propuestas concretas para el fortalecimiento y desarrollo futuro de YPF, alternativas a la opción de su privatización. En lo fundamental, dichas propuestas postulaban una reorganización empresarial integral de YPF, que le brindara mayor eficacia y competitividad en el mercado de los hidrocarburos.

Se debe admitir, sin embargo, que en la perspectiva de lograr una mayor inversión en el sector, el esquema de privatización parece ser más eficaz. Ante ello, es válido discutir, con la absoluta transparencia y veracidad de argumentos que no ha existido hasta ahora por parte de los promotores de las reformas, si el objetivo de incrementar las inversiones petroleras debe subordinar cualquier otro interés o expectativa nacional, incluyendo el control estatal de las industrias estratégicas o la misma capacidad de autodeterminación del Estado boliviano.

Si bien al momento resultaría prematura una evaluación concluyente del impacto socio-económico del proceso de privatización del sector hidrocarburífero en el país, lo que por lo demás no es el propósito de este trabajo, puede observarse que los objetivos con los que fue presentado el proceso capitalizador en el sector parecen estar lejos de cumplirse. Vale decir que, exactamente al contrario de generarse empleo masivo en las empresas públicas, varias de éstas han producido despidos masivos y, por lo tanto, incremento del desempleo; no se han duplicado ni triplicado los niveles de crecimiento de la economía, éstos se hallan estancados, sino decrecientes o “desacelerados”; y las mismas prestaciones de los Fondos de Pensiones en cuyo favor se enajenó el patrimonio del Estado, aún son inciertas.

En todo caso, en vigor de la reforma legal impuesta, parece ser poco lo que a futuro pueda hacer el Estado boliviano respecto a la industria de los hidrocarburos en el país, especialmente si se considera la enorme capacidad de los inversionistas extranjeros para repeler, en distintos escenarios, cualquier intervención estatal que afecte el total dominio del sector que les ha brindado la reforma en cuestión.

Esta situación parece corroborarse con la afirmación, frecuente en los círculos gubernamentales, de reconocer que la “fe del Estado” ha sido dada en los actos de dictación de la reforma. Corresponde preguntarse a este respecto, si los actos de una mayoría política cir-

cunstanacial en ejercicio del gobierno central y de la simple mayoría parlamentaria, tomados con dudosa constitucionalidad y desconocimiento o aún reprobación ciudadana, para decidir de modo muy difícilmente reversible el futuro económico del país a largo plazo, pueden ser verdaderamente considerados como la concesión de la ‘fe del Estado’.

Al margen del fundamental contenido privatizador de la Ley de Hidrocarburos 1689, hasta aquí descrito, se deben referir otras dos características generales en la misma. Por una parte, se advierte en esta ley el hecho de ser un instrumento normativo enunciativo y general, al estilo de una ley marco, cuyas disposiciones se limitan al establecimiento de pautas normativas generales, remitiéndose su regulación extensa a instrumentos reglamentarios de menor jerarquía o, incluso, a otros contextos regulatorios, de naturaleza distinta, como las Resoluciones Secretariales o los mismos contratos de riesgo compartido.

Es posible que esta característica adecúe mejor el marco legal a las particularidades de la actividad hidrocarburífera, en la cual, la creciente complejidad técnica y organizativa requieren de regulaciones cuya extensión y detalle difícilmente pueden concertarse en el solo ámbito de una ley. Sin embargo, es también perceptible que esta misma característica contribuye significativamente a invisibilizar los alcances del régimen normativo en su plenitud y determinados aspectos centrales en él, como se verá a propósito de las características del contrato de riesgo compartido.

Por otra parte, otra particularidad de la nueva Ley de Hidrocarburos parece ser la actualización de la legislación boliviana en la materia, en el uso de los nuevos conceptos generados por el dinámico proceso de innovación técnica en la industria de los hidrocarburos. Así, esta ley incorpora en sus regulaciones conceptos tan novedosos como la parcela, entendida como nueva unidad de medida de las áreas de exploración y explotación, o las unidades de trabajo, como sistema de cuantificación de las obligaciones productivas contraídas por los operadores.

El contrato de riesgo compartido en la Ley de Hidrocarburos 1689

La característica de las anteriores leyes nacionales en la materia, de abocar centralmente sus contenidos a la regulación del régimen de contratación, como único medio jurídico para la intervención de particulares en las actividades del sector, tiene plena continuidad en esta Ley que se dedica también centralmente a la regulación de la modalidad contractual de riesgo compartido. La trascendencia de ello en el caso de la nueva Ley es aún mayor, pues si antes las concesiones y contratos de operación o asociación representaban el único medio para el desarrollo de la exploración y explotación de hidrocarburos por particulares, de acuerdo a las leyes que los regulaban, los contratos de riesgo compartido constituyen el único medio absoluto para la realización de dichas fases básicas de la industria hidrocarburífera de acuerdo a la nueva Ley vigente.

El contrato de riesgo compartido que se regula en la nueva Ley de Hidrocarburos ha sido recogido en su conceptualización jurídica básica de la Ley de Inversiones 1182 de 17 de septiembre de 1990, como se lo reconoce expresamente al remitir su definición a *“la modalidad de contrato establecida por la Ley de Inversiones No. 1182 de 17 de septiembre de 1990, en su Capítulo V, artículos 16 al 19”*. Dada la especial importancia conceptual, conviene rescatar literalmente las breves estipulaciones de la Ley de Inversiones con relación a esta modalidad contractual:

“ARTÍCULO 16.- Se reconocen las inversiones conjuntas entre inversionistas nacionales y/o extranjeros, bajo la modalidad de Riesgo Compartido (Joint Venture) u otras.

ARTÍCULO 17.- Las sociedades constituidas en el país, las entidades del Estado, incluyendo las empresas autárquicas así como las personas naturales nacionales o extranjeras, domiciliadas o representadas en el país, pueden asociarse entre sí mediante contratos de Riesgo Compartido para toda actividad permitida por Ley.

ARTÍCULO 18.- Las personas individuales o colectivas extranjeras que suscriban contratos de Riesgo Compartido se registrarán por las leyes nacionales, debiendo constituir domicilio legal en Bolivia y cumplir con los demás requisitos establecidos en la legislación nacional.

ARTÍCULO 19.- El contrato de Riesgo Compartido no establece personalidad jurídica. Los derechos y obligaciones de Riesgo Compartido se rigen por lo acordado en el respectivo contrato”.

En primer lugar, se debe destacar la originalidad, en el marco del derecho comparado, de haber optado por legislar la figura del contrato de joint venture bajo un término de aproximada traducción literal al español. Esta opción adoptada tiene el evidente inconveniente de inducir a la confusión fundamental en cuanto a la naturaleza y características principales de la relación jurídica en cuestión, puesto que en ella, al contrario de lo expresado en la referida traducción, comúnmente los riesgos derivados de la ejecución del contrato no son compartidos entre los contrayentes sino cada uno de ellos asume sólo los que corresponden a las prestaciones a las que se lo obliga de acuerdo al respectivo contrato.

Como se ha visto ya en el punto pertinente del presente trabajo, esta característica es particularmente nítida en su concurrencia a la práctica internacional del joint venture, constituida reconocidamente en la fuente directa de esta innovación adoptada por la Ley de Inversiones. Más aún, la característica de no compartir riesgos entre los contratantes, queda especialmente clara y explícita en la propia regulación que la Ley de Hidrocarburos establece respecto a esta figura contractual. Alternativamente a esta contradictoria posición, quedaba la opción, seguida por otros países, de adoptar la figura con su original y mundialmente conocida designación de joint venture.

Las características de la preceptuación contenida en la Ley de Inversiones, como se puede apreciar, son las de una marcada flexibilidad, reducida a pautas normativas verdaderamente

mínimas. Así, se establece tan solo que el contrato de riesgo compartido es una relación contractual asociativa que no crea una personalidad jurídica, dejándose librados todos los demás elementos de su configuración jurídica a la libertad contractual de las partes.

La característica general de ductilidad y adaptabilidad a distintos contextos normativos y usos del contrato de joint venture, ampliamente vista líneas atrás, parece encontrar una nueva confirmación en la legislación boliviana de inversiones, pues su adopción allí responde principalmente a requerimientos especiales de sustentación jurídica de las políticas gubernamentales de inversión extranjera.

Encontramos pues en la breve pero significativa trayectoria seguida hasta ahora por los contratos de riesgo compartido en el país, que su utilización no parece ser relevante en el ámbito general de la organización de inversiones conjuntas o de acuerdos de concentración empresarial entre operadores nacionales, probablemente debido a que las reducidas magnitudes económicas de la inversión nacional hacen aún poco frecuente la necesidad de ese tipo de procesos. En cambio, los contratos de riesgo compartido sí han encontrado una precisa razón práctica en la efectivización de la inversión extranjera en las condiciones particular e históricamente limitantes para ella de ciertos rubros del sector productivo nacional, como la minería y los hidrocarburos.

En cuanto al sector minero, el nuevo Código de Minería de 1997 ha adoptado la figura del contrato de riesgo compartido con un régimen normativo más completo que el mínimo previsto en la Ley de Inversiones y una funcionalidad principal análoga a la que tiene en la nueva Ley de Hidrocarburos. El contrato de riesgo compartido, en la nueva legislación minera, parece tener su principal propósito en la viabilización jurídica de la trasferencia al control privado, previsiblemente extranjero, de los grupos mineros nacionalizados, sin incurrir frontalmente en la violación del Artículo 138 de la Constitución Política del Estado, habiéndose convertido COMIBOL, igual que YPFB, en una “*empresa administradora de contratos*”.

Téngase en cuenta que la Ley de Inversiones permitía esta particular instrumentación del contrato de riesgo compartido en el sector minero, ya desde su promulgación en 1990. Asimismo, recuérdese que fue también la modalidad de riesgo compartido por la que se optó a fin de viabilizar jurídicamente la inversión de la empresa extranjera LITCO para la explotación del salar de Uyuni, proyecto priorizado por el gobierno en el preciso momento que se discutió y aprobó la Ley de Inversiones.

En el sector de hidrocarburos, el contrato de riesgo compartido tiene la especial importancia de constituir el único y forzoso medio jurídico para la realización de las fases básicas en esa industria, la exploración y explotación. Su contenido, como se verá a continuación, es en lo fundamental el mismo que caracterizó tradicionalmente a las concesiones petroleras pero,

en este caso, su adopción excluye cualquier otra alternativa jurídica para la realización de las fases básicas de la industria.

Lo anterior parece confirmar también la utilidad que se le viene reconociendo al contrato de joint venture en la esfera de los actuales procesos de concentración empresarial, para la instrumentación alternativa y no convencional de determinados casos de privatización, lo que, nuevamente, demuestra la especial adaptabilidad de esta figura.

Por último, se debe relevar la importancia rápidamente adquirida por la aplicación de los contratos de riesgo compartido estipulados en la nueva Ley de Hidrocarburos. Así lo revela la información producida por YPF, que muestra la suscripción de 89 contratos de riesgo compartido hasta el 31 de enero de 1999, entre ellos, 52 contratos derivados del proceso de capitalización de YPF, 22 de la conversión de anteriores contratos de operación o asociación y 15 contratos resultantes de la licitación de nuevas áreas hidrocarburíferas.

El carácter concesional del contrato de riesgo compartido en la Ley de Hidrocarburos 1689

El contenido del contrato de riesgo compartido regulado en la nueva Ley de Hidrocarburos es substancialmente el mismo que configuró tradicionalmente la relación jurídica de concesión petrolera y que puede reconocerse en las Leyes de Hidrocarburos de 1921 y de 1956, así como en el ámbito del derecho comparado en materia petrolera. Corresponde pasar a identificar los elementos en los que se sustenta centralmente dicha similitud jurídica.

Para empezar, es fundamental partir de la premisa básica que, en el contexto de la nueva Ley de Hidrocarburos, YPF pierde su calidad de entidad propiamente empresarial, es decir, habilitada para desarrollar materialmente el proceso productivo de la industria pues, simple y directamente, la Ley se lo impide expresamente. Por el contrario, YPF adquiere el carácter de una entidad eminentemente administrativa, cuya finalidad y atribución central es la de otorgar a los particulares, bajo la modalidad jurídica del contrato de riesgo compartido, amplios derechos para realizar todas las operaciones que correspondan a la exploración y explotación de las reservas hidrocarburíferas existentes en todo el territorio nacional.

Así, de ser una empresa pública encargada de intervenir directamente en la industria hidrocarburífera y dirigirla integralmente por cuenta del Estado, YPF convierte su rol a la sola representación administrativa del mismo en la concesión de los derechos para desarrollar el proceso industrial a los particulares, como únicos agentes autorizados por ley para ese fin. Con ello, queda pues constituido el supuesto esencial de la configuración de una relación jurídica de concesión, en la que YPF actúa como concedente y los contratistas de riesgo compartido como concesionarios.

Al mismo tiempo y por consecuencia lógica, queda paradójicamente descartado del contenido del contrato de riesgo compartido, el carácter de relación contractual de participación conjunta o de coparticipación empresaria que, como se ha visto, es el sentido básico del contrato de joint venture. En efecto, YPFB no celebra contratos de riesgo compartido a manera de ejercer una opción potestativa y negociadora en función de su propia estrategia empresarial porque, para empezar, ya no es una empresa y, luego, porque la Ley no le autoriza ninguna otra alternativa de relacionamiento o contratación.

En este último dato, se identifica un segundo elemento de similitud con el régimen concesional y de diferenciación con las modalidades contractuales de coparticipación. En efecto, la suscripción de los contratos de riesgo compartido no es una potestad que YPFB, como parte contratante, pueda adoptar en ejercicio de su libertad contractual, como es común en los contratos en general y en los de joint venture en particular, aún considerando el carácter estatal de muchas empresas petroleras.

Por el contrario, la celebración de contratos de riesgo compartido por parte de YPFB está predeterminada en su necesidad por disposiciones públicas superiores como lo son las Resoluciones Secretariales de nominación de áreas para la licitación, o para su asignación a las sociedades resultantes del proceso de capitalización o, en el caso de los contratos de operación o asociación, la misma Ley de Hidrocarburos en lo relativo al procedimiento de conversión de dichos contratos al régimen de riesgo compartido.

Téngase en cuenta que, a diferencia de la opcionalidad que caracterizó siempre a los contratos petroleros, las concesiones en materia minera y petrolera, en muchos contextos legales, constituían el único medio jurídico para el desarrollo de las actividades en esos sectores. De modo que, si bien el Estado podía ejercer la potestad de no otorgarlas, no disponía de otro medio legal alternativo para disponer o autorizar, en lo concreto, las actividades objeto de aquellas concesiones.

Puede afirmarse, incluso, que en la decisión de celebrar un contrato de riesgo compartido, los particulares interesados tienen más participación que YPFB, pues están amparados por la ley para solicitar a la Secretaría Nacional de Energía la nominación de áreas para su licitación. Esta significativa circunstancia es por sí sola reveladora de la tendencia fundamental en el conjunto de la Ley, de trasladar, de la empresa pública a los inversionistas particulares, las decisiones estratégicas para el desarrollo global del sector de hidrocarburos en el país.

En cuanto al elemento del control conjunto sobre la gestión contractual que, como se ha visto también largamente, concurre invariablemente a caracterizar al contrato de joint venture en todos los contextos particulares de su práctica, la legislación boliviana en general y de hidrocarburos en particular, hace omisión absoluta al momento de regular la modalidad contractual de riesgo compartido.

Efectivamente, no se encuentra a lo largo de toda la nueva Ley de Hidrocarburos disposición alguna relacionada con el control que los contratantes puedan ejercer sobre la ejecución de los contratos de riesgo compartido, más aún, no existen previsiones en ella respecto a ningún mecanismo de control estatal sobre las operaciones que desarrollen las empresas contratistas. Este trascendental asunto, a diferencia del uso común en materia petrolera, es más bien objeto de regulación en la reglamentación de la Ley, lo que genera para los derechos del Estado la inseguridad propia de instrumentos normativos de jerarquía inferior a la de una ley.

Aún en el contexto de la reglamentación de la Ley de Hidrocarburos, no se establece ningún sistema de control orgánico inscrito en la estructura organizativa de la gestión contractual. Así, en el marco regulatorio del contrato de riesgo compartido, no existen los órganos contractuales de control que caracterizan invariablemente a los contratos de joint venture petroleros y que formaban parte del marco regulatorio de las modalidades contractuales contempladas en la legislación petrolera nacional anterior, ni siquiera en la discreta variante de las juntas de control previstas en ocasión de contratos de operación.

De esta manera, YPFB queda limitada al ejercicio de procedimientos de control externo a la gestión contractual, principalmente contenidos en la verificación del cumplimiento de las obligaciones productivas contraídas por el contratista en el marco del contrato y expresadas en Unidades de Trabajo. Esta reducción del control al ámbito externo de la gestión contractual, representa un otro elemento característico de la relación concesional y diferenciado, en sustancia, del contrato de joint venture.

Respecto a la regulación conflictual que, como se ha visto, resulta ser un importante mecanismo de control externo sobre la gestión contractual, la Ley es drástica en alejar los contratos de riesgo compartido del ámbito jurisdiccional del Estado boliviano y someterlos enteramente al arbitraje internacional. En efecto, el Artículo 16 de la Ley establece que las controversias que se susciten entre las partes con motivo de la interpretación, aplicación y ejecución de los contratos de riesgo compartido se solucionarán necesariamente mediante arbitraje conforme a ley.

La aplicación de este precepto en la estipulación concreta de los contratos de riesgo compartido con las sociedades capitalizadas, que son la gran mayoría de los suscritos hasta enero de 1999 y abarcan muy extensas e importantes reservas, profundizan aún más la internacionalización del procedimiento. Así, en la cláusula relativa al régimen de solución de controversias de estos contratos, se estipula que cualquier controversia que las partes no puedan resolver por la vía amigable sobre la interpretación, aplicación, ejecución o, incluso salvando algunas excepciones, terminación del contrato, será sometida a arbitraje, acordándose a continuación el sometimiento a las normas y arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional.

En el anexo B del contrato, a cuyo contexto es remitido el procedimiento del régimen conflictual, se introduce como una suerte de primera instancia alternativa para la solución de controversias, a manera de un arbitraje de amigable componedor, la intervención de un experto o, si no existe acuerdo en el nombramiento del mismo, de un Comité de Conciliación (CDC), compuesto por un miembro nombrado por cada parte y uno tercero nombrado de común acuerdo. En caso de no lograrse un acuerdo para el nombramiento del tercer miembro del CDC, igual que en el caso que una de las partes no haya nombrado a su miembro en un plazo de 20 días, el Presidente de la institución de arbitraje especificada en el contrato, es decir, de la Cámara de Comercio Internacional, procederá a nombrar a los miembros faltantes.

Alternativamente, para la solución de las mismas controversias, las partes quedan facultadas para optar por el procedimiento propiamente de arbitraje, en cuyo caso la otra parte queda automáticamente obligada al mismo. El desarrollo queda sometido enteramente a las normas de la Cámara Internacional de Comercio.

En ambos casos contractualmente previstos, la resolución de la instancia arbitral es inapelable y de obligatorio cumplimiento para las partes. Los laudos arbitrales de la Cámara Internacional de Comercio pueden demandarse para su ejecución *“ante los tribunales de justicia de Bolivia o ante cualquier tribunal con jurisdicción competente”*. Es muy importante considerar que el objeto de las controversias que serán resueltas por dichos procedimientos arbitrales, abarca prácticamente todo el ámbito de la aplicación contractual, con la sola excepción de determinados casos de terminación del contrato.

Para empezar, la misma aprobación de los Planes de Desarrollo y Programas Anuales para Áreas de Explotación, que corresponde aprobar a YPF B a propuesta del contratista y constituyen las definiciones operativas fundamentales para la ejecución del contrato, puede ser objeto de controversia y consiguiente resolución en las instancias supra-nacionales de arbitraje si el contratista no acepta las posibles objeciones de YPF B.

Las condiciones descritas en los mecanismos de control sobre la ejecución de los contratos de riesgo compartido, examinadas a la luz de la experiencia internacional en el comportamiento de este elemento en los contratos de joint venture, especialmente petroleros, presentan fundadas dudas acerca de su efectividad para asegurar una ejecución contractual coherente con los intereses nacionales fundamentales en el desarrollo de la industria hidrocarbúfera.

Estas dudas emergen principalmente de la pérdida de YPF B de toda capacidad empresarial, que frecuentemente brinda importantes ventajas en el plano de la información y cualificación técnica para ejercitar un mejor control; de la inexistencia de órganos de control incorporados a la gestión contractual, que permitan un mayor involucramiento con el desarrollo operativo del contrato; y, finalmente, de la absoluta desnacionalización de la jurisdicción aplicable a su completo proceso de ejecución.

Por otra parte, es también destacable como elemento que aproxima el contenido jurídico del contrato de riesgo compartido a la relación concesional, el sistema impositivo definido en la Ley. A este respecto, encontramos que la participación pro-cuota característica del contrato internacional de joint venture, especialmente en materia petrolera, en este caso desaparece para dar paso a un sistema impositivo, como es propio en las relaciones de concesión, en cuya virtud, la participación de YPFB (del 6%) en ningún caso le es entregada en especie.

Siempre en el sentido de la aproximación jurídica entre las relaciones de riesgo compartido y de concesión, merece también mencionarse que si bien los contratos de riesgo compartido tienen un plazo legal de 40 años, prorrogables por otros 10 bajo ciertas circunstancias de no comerciabilidad transitoria de reservas descubiertas, el contratista puede retener indefinidamente el área del contrato.

En efecto, la Ley establece que una vez terminados los contratos por vencimiento de plazo, la parte cesante podrá presentarse a la nueva licitación que YPFB está obligada a hacer, sin establecer límite alguno en la repetición de dicho procedimiento, lo que supone que el contratista podrá retener el área cuando menos hasta agotar sus reservas. Recuérdese que las concesiones para la explotación de recursos naturales del subsuelo, en su versión clásica, se otorgaban a perpetuidad.

Por último, se debe señalar que la libre transferencia de las concesiones, también en su versión liberal clásica, encuentra una expresión análoga en la regulación del contrato de riesgo compartido que establece la Ley de Hidrocarburos. En efecto, el artículo 19 de esta Ley, si bien establece que el contratista no podrá transferir sus derechos y obligaciones emergentes de los contratos, salvo aceptación expresa de YPFB, a continuación extiende la salvedad al caso en que la transferencia *“sea consecuencia de proyectos financiados que exigen la hipoteca de activos o la prenda de acciones”* y dispone además que YPFB no podrá negar la transferencia *“cuando la nueva empresa tenga la capacidad técnica y financiera que le permita cumplir con las obligaciones establecidas en el contrato de riesgo compartido”*.

Como se podrá advertir, la Ley franquea al contratista de riesgo compartido un margen muy amplio de permisibilidad para transferir los derechos que le son otorgados en su contrato.

El conjunto de elementos expuestos hasta aquí, indica que con la denominación de contrato de riesgo compartido, cuya traducción y fuente jurídica es el contrato de joint venture, se ha restituido, en lo fundamental, la relación jurídica de concesión para la explotación y explotación de hidrocarburos.

Esta circunstancia, al mismo tiempo, plantea la paradoja de implicar el abandono, por

parte de la legislación boliviana de hidrocarburos, de los contratos de operación y asociación que, de acuerdo a una larga y amplia experiencia internacional, constituyen una de las más caracterizadas expresiones del contrato de joint venture.