

## Evaluación de riesgos legales en proyectos E&P del sector hidrocarburos

**Por Claudia P. Gutiérrez Roca**

Gerente General de *Gutierrez Energy & Oil (GEOIL)*  
y Asesora Legal del Directorio de la CBHE.



El 11 de diciembre de 2015, se promulgó la Ley No.767 con el objetivo de promover las inversiones en actividades de exploración y explotación (E&P) de hidrocarburos en Bolivia, declarándose las mismas de interés nacional debido a la necesidad de incrementar las reservas y producción de hidrocarburos en el país, mediante incentivos económicos que garanticen su seguridad, sostenibilidad y soberanía energética.

La reglamentación de la Ley se realizó mediante Decreto Supremo No.2830/2016 de 6 de julio de 2016, y junto con la Ley de

**Promoción de Inversiones No. 516 y la Ley No.708 de Conciliación y Arbitraje, buscan promover, incrementar y garantizar la inversión en Bolivia con el fin de contribuir al crecimiento y desarrollo económico y social del país.**

Atraer la Inversión Extranjera Directa (IED) a Bolivia, constituye un factor clave para el desarrollo de una industria de alto riesgo, principalmente en la etapa de exploración.

Al respecto, el abogado y economista canadiense, *Robert Pritchard*, señala ocho salvaguardas legales, esenciales, que los inversores deberían considerar antes de realizar una decisión de IED en el sector energía y/o recursos naturales, los cuales son: (1) Respeto a la Ley ; (2) Protección de la inversión bajo Tratados Internacionales; (3) Reconocimiento constitucional del derecho de propiedad y derechos de los inversores extranjeros; (4) Protección Legislativa; (5) Acuerdos con el Gobierno; (6) Acuerdos de Operación Conjunta (JOAs); (7) Bancabilidad; y (8) Probidad. Nótese que las salvaguardas, han sido identificadas desde una perspectiva del inversor extranjero que proviene de un país desarrollado cuyo sistema legal está basado en el *Common Law*.

Si el país receptor de la inversión no provee la seguridad y estabilidad legal adecuada, el inversor extranjero dudará en invertir, no importa cuán atractivo pueda ser el negocio. Ciertamente no existen estándares universales o absolutos con relación a lo que se considera suficientemente adecuado para garantizar la IED, y en proyectos de energía y recursos naturales, será necesario satisfacer los intereses particulares del inversor y sus requerimientos mínimos de bancabilidad.

Durante la evaluación de la decisión de inversión los inversionistas intentarán identificar si sus derechos serán legalmente exigibles con relación a: obtener seguridad sobre sus derechos de explotación o titularidad sobre los recursos a ser explotados; adquirir activos conexos complementarios al proyecto principal; proveerse de equipos y materiales; desarrollar el proyecto; proveer personal y mano de obra; vender sus productos en el mercado; obtener retribución o pago en moneda de libre convertibilidad, poder hacerlo a un tipo de cambio adecuado; poder repatriar sus ganancias y también su capital.

De acuerdo con Pritchard, es improbable que el inversor decida invertir si no está seguro de poder obtener los derechos citados de manera precedente.

El sistema legal de cada país es único y refleja sus condiciones económicas, políticas, sociales y culturales por lo que es necesario analizar las salvaguardas identificadas por *Pritchard* en el contexto y realidad de cada país.

A continuación, una evaluación general y somera de los riesgos legales en el contexto boliviano, en el marco de las salvaguardas identificadas por Pritchard.

### **(1) Respeto a la Ley**

La primera salvaguarda está relacionada con la verificación de la existencia de una cultura de respeto y cumplimiento de la ley en el país receptor de la inversión, pues los inversores que provienen de sistemas jurídicos de *Common Law* asumen culturalmente que el reconocimiento y aplicación de los derechos de propiedad privada, la santidad del contrato, y la exigibilidad de obligaciones contractuales, en forma oportuna y eficiente, no tendrán mayores obstáculos.

Sin embargo, la limitada disponibilidad de recursos económicos, humanos y tecnológicos en países menos desarrollados, indudablemente afectan los procedimientos y sus plazos, retrasando o dificultando la efectividad de los mecanismos disponibles para la aplicación y cumplimiento de la Ley. Bolivia no es la excepción y uno de los mayores retos de la administración pública es justamente simplificar sus procesos, manteniendo la seguridad de los mismos, dinamizando su gestión, haciéndola más eficiente y efectiva.

En Bolivia, la Ley No.2341 de 23 de abril de 2002, establece normas que regulan la actividad administrativa y el procedimiento administrativo en el sector público, estableciendo mecanismos para hacer efectivo el ejercicio del derecho de petición ante la Administración Pública, y regula la impugnación de actuaciones administrativas que afecten derechos subjetivos o intereses legítimos de los administrados. En la misma línea, la Ley No.341 de 5 de febrero de 2013, establece un marco normativo que fortalece la democracia participativa y consolida la Participación y Control Social como elementos transversales y continuos de la gestión pública, y en los procesos de planificación, seguimiento a la ejecución y evaluación de las políticas públicas y las acciones del Estado, en todos sus ámbitos y niveles territoriales, transparentando la gestión pública y el apropiado manejo de los recursos públicos del Estado.

### **(2) Protección de la inversión bajo Tratados Internacionales**

En la década de los 90's fueron suscritos aproximadamente 1500 Tratados Bilaterales de Promoción y Protección de Inversiones a nivel internacional, más conocidos como BITs por sus siglas en inglés

(*Bilateral Investment Treaties*), con el fin de incentivar el progreso económico de los países en desarrollo.

Bolivia suscribió cerca de una veintena de BITs, con los gobiernos de Alemania, Argentina, Austria, Bélgica, Chile, China, Francia, Italia, Holanda, España, y Reino Unido, entre otros. Sin embargo, conforme a la Disposición Transitoria Novena de la Constitución Política del Estado (CPE) de 7 de febrero de 2009, los tratados internacionales anteriores a la CPE y que no la contradicen, se han mantenido en el ordenamiento jurídico interno, con rango de ley. Sin embargo, aquellos contrarios a la CPE fueron denunciados y se encuentran en proceso de renegociación, este fue el caso de los BITs.

Cabe notar que la jerarquía de los tratados en el ordenamiento jurídico boliviano, conforme a la Disposición Transitoria Novena y artículo 410 (II) de la CPE equivale al mismo rango de una ley, con excepción de los Tratados y Convenios internacionales en materia de Derechos Humanos y las normas de Derecho Comunitario, ratificados por Bolivia, que forman parte del bloque de constitucionalidad.

Ante la inexistencia de los BITs y por ende de los mecanismos de solución de controversias allí establecidos y la denuncia de Bolivia al Convenio de Washington de 1966 que permitía los arbitrajes ante el Centro de Internacional para el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), la Ley No.708 de Conciliación y Arbitraje, representa un avance importante respecto a la existencia de normativa específica que regule las controversias con el Estado en materia de inversiones, aunque con ciertas limitaciones, estableciendo el uso previo de la conciliación, la obligación de que el arbitraje se realice con sede en el territorio boliviano, y con sujeción a la jurisdicción, leyes y autoridades bolivianas. Asimismo, la existencia de una Cláusula Arbitral o de un Convenio Arbitral, o la voluntad de conciliar una controversia, no limitan ni restringen las atribuciones y competencias de control y fiscalización de las entidades regulatorias y autoridades competentes bolivianas, a las que se encuentran sometidas las Partes en conflicto.

### **(3) Reconocimiento constitucional del derecho de propiedad y derechos de los inversores extranjeros**

La permanencia de la Constitución Política de un Estado a través del tiempo, constituye una variable importante a la hora de evaluar la estabilidad legal de un país. Ciertamente, todos los países son libres de modificar su constitución política a su entera discreción y ningún contrato de inversión extranjera debe contener referencia o seguridad alguna respecto a la estabilidad de la misma. Sin embargo, la habilidad de predecir variables, constituye un aspecto clave en el análisis de evaluación de inversión.

El artículo 56 de la CPE boliviana, reconoce y garantiza el derecho a la propiedad privada individual o colectiva, siempre que ésta cumpla una función social y que su uso no sea perjudicial al interés colectivo. Asimismo, los extranjeros en territorio boliviano tienen los derechos y deben cumplir los deberes establecidos en la CPE, salvo las restricciones que ésta contenga.

La CPE también establece que los recursos naturales son considerados estratégicos y de interés público para el desarrollo del país, por lo que son de propiedad y dominio directo, indivisible e imprescriptible del pueblo boliviano. El Estado está a cargo de su administración en función del interés colectivo. En el caso de los hidrocarburos, el Estado es el único facultado para su comercialización. YPFB únicamente puede suscribir contratos bajo el régimen de prestación de servicios, que en el contexto internacional están tipificados como "Contratos de servicios – con riesgo". YPFB también puede conformar asociaciones o sociedades de economía mixta para la ejecución de todas las actividades de la cadena productiva, pero contar obligatoriamente con una participación accionaria no menos al 51% del total del capital social.

Los derechos de los inversores extranjeros, de manera general, se encuentran ampliamente regulados en la Ley No. 516 de 4 de abril de 2014.

#### **(4) Protección Legislativa**

Un riesgo crítico para el inversor es aquel relativo al cambio de leyes en forma adversa y desfavorable a la IED. Por esta razón el inversor debe realizar una evaluación (*checklist*) del contexto legislativo básico del país receptor de la inversión con el fin de identificar los regímenes legales aplicables en materia de derechos de propiedad, uso y explotación de suelo y subsuelo; derechos de los extranjeros en el establecimiento de compañías y empresas; régimen fiscal aplicable; normas aduaneras; leyes en materia de competencia; protección al consumidor; protección al medio ambiente; propiedad intelectual, resolución de disputas; derecho administrativo, regulación de la industria; entre otros.

El régimen fiscal aplicable al negocio es sin duda uno de los más importantes en la evaluación de inversión. En Bolivia, el régimen de patentes, regalías, participaciones y tasas en el sector hidrocarburos está regulado por el Título IV de la Ley de Hidrocarburos No.3058, que establece una Regalía Departamental del 11% de la Producción Departamental Fiscalizada de Hidrocarburos en el Departamento donde se origina la producción; una Regalía Nacional Compensatoria del uno por ciento (1%) de la Producción Nacional Fiscalizada para Beni y Pando; una participación del seis por ciento (6%) de la Producción Nacional Fiscalizada en favor del Tesoro General de la Nación (TGN); y un Impuesto Directo a los Hidrocarburos (IDH) del 32% aplicable en todo el territorio nacional, a la producción de hidrocarburos en Boca de Pozo. Adicionalmente, el Art.47 y siguientes de la misma Ley No.3058 dispone el pago de patentes por las áreas sujetas a contratos petroleros, cuya base de cálculo tiene relación con la fase exploratoria y el tipo de zona, es decir Tradicional o No Tradicional.

#### **(5) Acuerdos con el Gobierno**

La inexistencia o insuficiencia de un adecuado marco legal en el país receptor de la inversión puede ser superada mediante la suscripción de un acuerdo con el Gobierno cuya negociación podría derivar en un proceso largo y lento, pero con el beneficio de obtener una base contractual clara y estable, sobre todo con relación a riesgos y estándares ambientales, y el impacto que puede derivar de su modificación.

Actualmente, las actividades E&P en Bolivia se encuentran reguladas por la Ley No.3058 de Hidrocarburos y sus reglamentos. En su mayoría estas actividades están reguladas contractualmente por los Contratos de Operación y también Contratos de Servicios (con SAM), además de Convenios de Estudio, suscritos entre YPFB y las empresas operadoras.

Cabe notar que el 20 de junio de 2016, la Resolución Ministerial 128-16, estableció nuevos lineamientos para la ejecución de actividades de exploración y explotación de hidrocarburos; criterios para la selección de empresas que ejecutarán tales actividades; términos y condiciones para la suscripción de Contratos de Servicios Petroleros y Convenios de Estudio.

#### **(6) Acuerdos de Operación Conjunta (JOAs)**

Asumiendo que existe la decisión de invertir, y ante cualquier cambio legislativo repentino, en un país en el que lograr el cumplimiento de los contratos no resulta fácil, es importante estructurar el negocio minimizando los riesgos operacionales, de manera que las obligaciones de las Partes sean exigibles por sí mismas, estableciendo condiciones suspensivas, condicionales y/o de cumplimiento, que sean interdependientes unas de otras; es en este contexto, que la existencia de un JOA otorga grandes beneficios para el manejo de varios factores que pueden determinar el éxito o fracaso de la inversión.

#### **(7) Bancabilidad**

Sin financiamiento el proyecto es sólo una idea, por lo que antes de considerar problemas específicos del proyecto, es importante verificar la calificación del país receptor de la inversión con instituciones internacionales como el IMF, IBRD, IFC, EBRD, ADB, AFDB, e IADB, que revelarán aspectos importantes para los financiadores, relativos al riesgo crediticio; viabilidad del proyecto; riesgos potenciales que pueden afectar el proyecto; los contratos y/o estructuras corporativas utilizadas para la ejecución del proyecto; y estabilidad de la moneda, entre otros.

### **(8) Probidad**

La existencia de legislación anticorrupción en el país de la inversión constituye un elemento favorable, aunque no mitiga totalmente el riesgo de prácticas corruptas que pueden afectar el proyecto y que están estrechamente relacionadas con la cultura de negocios del país receptor de la inversión y otros factores que atañen a su misma economía y realidad política y social.

Además de la corrupción, existen otras prácticas de conducta antiética e ilegal, que igualmente pueden determinar el fracaso del proyecto, y que incluyen la infracción de normas laborales y sociales; importaciones ilegales; evasión de impuestos; incumplimiento de normas ambientales; incumplimiento de normas de protección al consumidor, entre otras.

La probidad es un pre-requisito de toda inversión y debe tratar de mantenerse en todo momento y a pesar de cualquier circunstancia.

En Bolivia, la Ley No.004 de Lucha Contra la Corrupción, Enriquecimiento Ilícito e Investigación de Fortunas “Marcelo Quiroga Santa Cruz” de 31 de marzo de 2010, estableció mecanismos y procedimientos destinados a prevenir, investigar, procesar y sancionar actos de corrupción, en el ámbito público y privado, que comprometan o afecten recursos del Estado.

Adicionalmente, los sistemas corporativos de prevención y sanción de conducta antiética, juegan un rol fundamental en mantener a la compañía inversora lejos del riesgo de escándalos de corrupción, por lo que es altamente recomendable mantenerlos y mejorarlos continuamente.

#### ***Claudia P. Gutiérrez Roca***



*Asesora Legal del Directorio de la CBHE, Gerente General de Gutierrez Energy & Oil (GEOIL), empresa de servicios de consultoría especializada en energía e hidrocarburos; Perito Técnico en disputas hidrocarburíferas; docente de postgrado UPSA; árbitro del CCAC-CAINCO. Certificada como gerente de Proyectos por Stanford University, USA; LL.M en Estudios Legales Internacionales de Georgetown University, postgrado en Derecho Constitucional de la Universidad de Salamanca, España; egresada de la Maestría en Derecho Empresarial, diplomado en Petróleo y Gas y diplomado en Educación Superior – UPSA. Becaria Fulbright – LASPAU 2004 - 2005 y la única boliviana beneficiaria del programa United Nations Fullbright 2005.*

- **Acceda** a las anteriores entregas de [La Nota Energética](#)
- **Ingrese** a [Petróleo & Gas](#)