

Opinión del Árbitro Eduardo Zuleta

Coincido con mis colegas del Tribunal en las decisiones relativas a la falta de jurisdicción del Tribunal sobre la Corporación Minera de Bolivia y en la conclusión de que la mera intervención del Estado Plurinacional de Bolivia en el proceso administrativo que precedió a la celebración del Contrato por parte de ESM no resulta *per se* en un consentimiento del referido Estado para someterse al arbitraje.

Lamentablemente no puedo estar de acuerdo con el análisis que hace el laudo en varios aspectos relacionados con la alegada participación del Estado Plurinacional de Bolivia en el Contrato y en el pacto de arbitraje contenido en el mismo. Discrepo igualmente de la conclusión referente a la jurisdicción del tribunal con respecto a la denominada excepción *ratione materiae* en lo que se refiere a ESM.

En relación con el primer punto, es decir, la alegada participación del Estado Plurinacional de Bolivia, no comparto el análisis del laudo relativo a las reglas de derecho administrativo aplicables a las facultades del Estado y al principio de legalidad en la ley boliviana, a las reglas de derecho privado aplicables al Contrato, y a la interacción entre unas y otras para efectos de definir la participación del Estado Plurinacional de Bolivia y de ESM en el pacto de arbitraje invocado por la Demandante.

Tampoco estoy de acuerdo con el alcance y los efectos que en el laudo se asignan a las varias disposiciones legales, citadas en diferentes apartes del laudo¹, en las cuales se señala que ESM actuará “en representación” del Estado boliviano y que actuará como “contraparte nacional”. En efecto, no encuentro sustento en las normas citadas para sostener que las mismas normas o el término “en representación” tienen el efecto “de destacar el hecho de que ESM administra y gestiona bienes que no le pertenecen; que son bienes públicos cedidos por otra empresa pública, COMIBOL, quien los cedió por mandato de ley”² como lo señala el laudo. Esa gestión y administración resulta de las normas legales de creación y operación de la Corporación Minera de Bolivia y del Contrato mismo, no de las normas que se refieren a la alegada representación.

Igualmente considero que no puede haber contradicción entre las normas que se refieren a la “representación” y el Contrato y que esa contradicción deba resolverse en favor del Contrato, como lo señala el laudo³. Si ESM actuó “en representación del Estado” al firmar el Contrato, la parte en el Contrato sería el Estado Plurinacional de Bolivia a través de su representante, ESM, y la mención a ESM en el Contrato sería en su carácter de representante, por lo cual no habría una contradicción entre el

¹ Entre otras, Decreto Supremo No. 28473, Decreto Supremo 28632, Ley 3789 del 24 de noviembre del 2007, Ley 3790 de 24 de noviembre de 2007.

² Par, 366. “El Tribunal considera que la representación indicada en esas normas está claramente dirigida a destacar el hecho de que ESM administra y gestiona bienes que no le pertenecen; que son bienes públicos cedidos por otra empresa pública, COMIBOL, quien los cedió por mandato de ley”.

³ Par, 365. “En relación con algunas de las normas que regulan a ESM, en las cuales se indica que esa empresa suscribiría el Contrato de Riesgo Compartido en representación del Estado boliviano, el Tribunal Arbitral considera conveniente destacar las siguientes [...]En caso de existir alguna contradicción entre ambas disposiciones prevalecerán las cláusulas del contrato”

Contrato y las normas citadas. Si, por el contrario, las referidas normas no implican representación desde el punto de vista del derecho público, es decir, si no implica que ESM comprometa al Estado Plurinacional de Bolivia, tampoco podría presentarse la contradicción ya que la parte sería exclusivamente ESM.

Con respecto a la excepción *ratione materia* y particularmente en lo referente al reclamo de la Demandante sobre “cambios en el marco legal boliviano”, se trata de un reclamo presentado como un incumplimiento del párrafo 6.35 de la Cláusula Sexta del Contrato.⁴

ESM alegó que ese reclamo pertenece al arbitraje de inversión y manifestó que el párrafo 6.35 de la cláusula Sexta del Contrato no garantiza la inmutabilidad del orden jurídico y que ESM no se obligó a garantizar esa inmutabilidad, ni podía hacerlo.⁵ Argumentó igualmente que la reforma del marco legal es una función propia del Estado y, que según el artículo 6.4 (materias excluidas del arbitraje) de la Ley de Arbitraje y Conciliación del Estado Plurinacional de Bolivia, no podrán ser objeto de arbitraje las “... cuestiones concernientes a las funciones del Estado como persona de derecho público”.⁶ La Demandante, por su parte, afirmó que “...las partes no sometieron a arbitraje ninguna función de derecho público. No sometieron a arbitraje la concesión de licencias, su facultad para promulgar leyes, o la dirección de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado”.⁷

Coincido con mis colegas en que ninguna de las Demandadas dio su consentimiento para arbitrar funciones de derecho público y coincido en que dichas funciones no son arbitrables bajo la ley boliviana aplicable al Contrato. Coincido igualmente en que, si el reclamo está dirigido contra el Estado Plurinacional de Bolivia, se trataría de una reclamación que parecería propia de un arbitraje de inversión y que no hay prueba en el expediente de que el Estado Plurinacional de Bolivia haya dado su consentimiento para un arbitraje de esa naturaleza.

Sin embargo, el reclamo está dirigido contra las tres Demandadas, lo cual incluye a ESM. En lo que se refiere a ESM, es cierto que el Tribunal no tiene jurisdicción si lo que se pretende es arbitrar funciones de derecho público. Pero el debate acerca de si el párrafo 6.35 de la cláusula Sexta del Contrato genera alguna obligación contractual de ESM frente a la Demandante en caso de cambios en el marco legal es un debate relativo al Contrato y a los méritos de la controversia. Es un debate que se refiere a las obligaciones contractuales entre la Demandante y ESM bajo el Contrato, que no implica arbitrar funciones de derecho público. Al no estar en discusión el consentimiento de la Demandante y ESM para las controversias relacionadas con el Contrato, el laudo ha debido dejar para la etapa de méritos la discusión sobre los efectos contractuales del párrafo 6.35 de la cláusula Sexta del Contrato en caso de cambios en el marco legal, y no rechazarlo en esta instancia argumentando que se trata de arbitrar cuestiones de derecho público.

Por las razones expresadas no puedo suscribir el análisis de mis estimados colegas del Tribunal referente a la alegada participación del Estado Plurinacional de Bolivia

⁴ Solicitud de Arbitraje, ¶ 64.


⁵ Memorial de ESM, ¶¶ 67-69 y 75.

⁶ Memorial de ESM, ¶ 91, Ley 1770, artículo 6.4, ESML-1

⁷ Contramemorial, ¶ 307 y en el mismo sentido Dúplica de JSB, ¶ 212.

en el Contrato y en el pacto arbitral allí contenido, ni puedo suscribir la decisión respecto a la excepción *ratione materia* propuesta por ESM en cuanto excluya controversias puramente contractuales relacionadas con los posibles efectos bajo el Contrato de los alegados cambios en el marco contractual boliviano.

Santa Cruz de la Sierra, Bolivia 9 de noviembre del 2018



Eduardo Zuleta Jaramillo

Árbitro