

# PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERU

## FACULTAD DE DERECHO



PONTIFICIA  
**UNIVERSIDAD**  
**CATÓLICA**  
DEL PERÚ

**Hacia una uniformización del trato que recibe el inversionista nacional frente al inversionista extranjero en los casos de expropiaciones indirectas: Una aproximación desde el Derecho Internacional de las Inversiones**

**TESIS PARA OPTAR EL TÍTULO DE ABOGADO QUE PRESENTA EL BACHILLER:**

**ENRIQUE JESÚS CABRERA GÓMEZ**

**Asesor: Dr. César Augusto Higa Silva**

**Lima, Septiembre del 2014**

## Título

# “Hacia una uniformización del trato que recibe el inversionista nacional frente al inversionista extranjero en los casos de expropiaciones indirectas: Una aproximación desde el Derecho Internacional de las Inversiones”

## INDICE

<b>I. Aspectos preliminares sobre la investigación de la tesis.</b>	<b>p. 05</b>
1.1. Presentación del problema y su justificación como investigación para una tesis	p.05
1.2. Objetivos de la investigación	p. 11
1.3. Metodología empleada	p. 13
1.4. Límites de la investigación	p. 14
<b>CAPITULO I: Marco Teórico General</b>	<b>p. 16</b>
<b>1. Definición del concepto de inversión e inversionista</b>	<b>p. 16</b>
1.1 Definición de Inversión	p. 16
a) Directa y de Portafolio	p. 17
b) Restringida y Amplia	p. 17
1.2 Definición de Inversionista	p. 23
a) Personas naturales	p. 24
b) Persona jurídica	p. 26
1.3 Jurisprudencia	p. 32
1.3.1. Corriente Objetiva	p. 37
a) Caso Fedax v. República de Venezuela	p. 37
b) Caso Salini v. Reino de Marruecos	p. 40
1.3.2. Corriente Subjetiva	p. 42
1.4 Postura respecto al concepto de inversión	p. 48
<b>2. Determinación de en qué casos un cambio normativo podría convertirse en una expropiación indirecta de la propiedad de un inversionista</b>	<b>p. 55</b>
2.1 Potestad del Estado para introducir cambios al interior de la economía peruana	p. 55

2.2	Tipos de Expropiación	p. 64
	• Propiedad	p. 64
	a) Expropiación clásica	p. 75
	b) Expropiación indirecta	p. 78
	c) Creeping expropriation	p. 85
	d) Expropiación tributaria	p. 92
	e) Deregulatory expropriation	p. 97
2.3	Tratamiento de la expropiación dentro del marco jurídico nacional	p. 108
	2.3.1 Constitución	p. 108
	2.3.2 Tratados Internacionales y Legislación	p. 120
	2.3.3 Jurisprudencia	p. 134
2.4	Determinación del tipo de expropiación que será objeto de la investigación	p. 139
2.5	Estudio de la doctrina en el tema de las expropiaciones indirectas	p. 145
<b>3.</b>	<b>Mecanismos que tienen los inversionistas para protegerse ante cambios en la normativa que pudiesen perjudicar su actividad económica</b>	<b>p. 151</b>
	3.1 Convenios de Inversión	p. 152
	3.2 Contratos Ley	p. 158
<b>CAPITULO II: TRATAMIENTO DE LA INVERSION EXTRANJERA</b>		<b>p. 165</b>
<b>1.</b>	<b>Estándares de Protección al Inversionista Internacional</b>	<b>p. 165</b>
	1.1 Trato Nacional	p. 166
	1.2 Nación Más Favorecida	p. 171
	1.3 Prohibición de Requisitos de Desempeño	p. 179
	1.4 Libre Iniciativa Privada y Libertad de Organización Empresarial	p. 185

1.5 Libre distribución de Dividendos _____	<b>p. 191</b>
1.6 Garantías _____	<b>p. 196</b>
a) Estabilidad del Régimen Tributario vigente al momento de celebrarse el convenio _____	<b>p. 203</b>
b) Estabilidad del régimen de libre disponibilidad de divisas y de los derechos contemplados en los artículos 7 y 9 del Decreto legislativo 662 _____	<b>p. 204</b>
c) Estabilidad del Derecho a la no discriminación contemplado en el artículo 2 del Decreto Legislativo 662 _____	<b>p. 205</b>
1.7 Nivel Mínimo de Trato _____	<b>p. 209</b>
1.8 Trato Justo y Equitativo _____	<b>p. 216</b>
<b>CAPITULO III: TRATAMIENTO DE LA INVERSION EN EL MARCO JURIDICO PERUANO A PARTIR DE LAS REFORMAS ECONOMICAS INTRODUCIDAS EN LOS AÑOS 90 _____</b>	<b>p. 237</b>
<b>1. Historia de la inversión en el Perú en el siglo XX _____</b>	<b>p. 237</b>
<b>2. Tratamiento de la Inversión nacional en el marco jurídico peruano a partir de las reformas económicas producidas en los años 90 _____</b>	<b>p. 246</b>
<b>2.1. Régimen nacional de Protección al Inversionista _____</b>	<b>p. 246</b>
i. Constitución _____	<b>p. 246</b>
ii. Marco normativo general: Decretos Legislativos N° 757 y N° 662 _____	<b>p. 255</b>
a) Decreto Legislativo 757: Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada _____	<b>p. 255</b>
b) Decreto Legislativo N° 662: Otorgan un Régimen de Estabilidad Jurídica a las Inversiones Extranjeras mediante el reconocimiento de ciertas garantías _____	<b>p. 263</b>
<b>2.2. Ejemplos de garantías otorgadas en sectores específicos _____</b>	<b>p. 267</b>
a) Ley 26885 – Ley de Incentivos a las Concesiones de Obras de Infraestructura y de Servicios Públicos _____	<b>p. 267</b>
b) Ley 26285 – Desmonopolización progresiva de Telefonía fija Local y de los Servicios portadores de larga distancia _____	<b>p. 271</b>
c) Ley orgánica de Hidrocarburos – TUO aprobado mediante D.S. 042-2005-EM _____	<b>p. 274</b>

## CAPITULO IV: EL TRATAMIENTO DE LA INVERSION NACIONAL FRENTE A LA EXTRANJERA EN EL CASO DE EXPROPIACIONES INDIRECTAS \_\_\_\_\_ p. 279

### 1. Tratamiento de la inversión nacional en nuestros días \_\_\_\_\_ p. 279

#### 1.1 Jurisprudencia: \_\_\_\_\_ p. 280

- a) Arturo Vidal Layseca vs Concejo Distrital de Santiago de Surco \_\_\_\_\_ p. 280
- b) Oscar Enrique Morello Silva vs Sala Corporativa Transitoria Especializada en Derecho Público de la Corte Superior de Justicia de Lima \_\_\_\_\_ p. 283
- c) Asociación de Comerciantes San Ramón y Figari \_\_\_\_\_ p. 286
- d) Tito Jabier Fernández Rodríguez vs Sala Mixta de Chachapoyas \_\_\_\_\_ p. 291
- e) Compañía Minera Agregados Calcáreos S.A. \_\_\_\_\_ p. 293
- f) Expreso Cruz del Sur S.A. \_\_\_\_\_ p. 296
- g) Empresa de Transportes Turismo Imperial S.A. \_\_\_\_\_ p. 301
- h) Empresa de Transportes Turismo Huaral \_\_\_\_\_ p. 304
- i) Shougang Hierro Perú \_\_\_\_\_ p. 312

### 2. Propuestas de protección a los inversionistas nacionales frente a la Expropiación Indirecta \_\_\_\_\_ p. 323

- a) La aplicación del tratamiento a la inversión extranjera como piso a la inversión nacional \_\_\_\_\_ p. 323
- b) Modificación de la Ley General de Expropiaciones – Ley N° 27117 \_\_\_\_\_ p.339

### Conclusiones \_\_\_\_\_ p. 353

### Bibliografía \_\_\_\_\_ p. 358

- o CASOS ESTUDIADOS \_\_\_\_\_ p. 364
- o PAGINAS WEB VISITADAS \_\_\_\_\_ p. 367

# **“Hacia una uniformización del trato que recibe el inversionista nacional frente al inversionista extranjero en los casos de expropiaciones indirectas: Una aproximación desde el Derecho Internacional de las Inversiones”**

## **I. Aspectos preliminares sobre la investigación de la tesis**

### **1.1. Presentación del problema y su justificación como investigación para una tesis**

La expropiación indirecta es el acto por el cual el Estado, a través de uno de sus órganos administrativos en el marco de sus competencias normativas, modifica un determinado marco regulatorio pre establecido bajo el cual se venía desarrollando la actividad económica de una o varias empresas, afectando de forma sustancial la inversión de estos perjudicándolos gravemente<sup>1</sup>.

La principal característica de este tipo de expropiación es que el cambio regulatorio deja sin ningún valor económico a la propiedad, al ser afectado en alguno de sus atributos que hacían valioso al bien. De esa manera, se varía el esquema o plan de negocios diseñado por el inversionista mediante el cual tenía proyectado recuperar lo invertido a una determinada tasa de retorno. Se puede decir que la afectación al

---

<sup>1</sup> PASQUEL RODRIGUEZ, Enrique. Tomando la Propiedad en serio: las Expropiaciones regulatorias o indirectas. En: Ius Et Veritas, Año 15, Nro. 31, pp. 114.

derecho de propiedad sufrido por el inversionista es equiparable al perjuicio ocasionado mediante una expropiación directa o clásica.

Dado que, aunque el bien afectado aún permanece bajo la titularidad del inversionista, ello resulta irrelevante al no tener este ningún valor en el mercado bajo el cual se desenvuelve, producto del cambio normativo realizado por el Estado.

Este cambio de reglas de juego lo que genera es la afectación de la propiedad de los inversores de manera indirecta, dado que si bien no se da una transferencia forzosa de su título de propiedad, si se ven perjudicados los atributos inherentes a su derecho. Este perjuicio de cualquiera o de todos los atributos, en el marco de una determinada actividad económica, podría terminar afectando de manera sustancial la actividad económica realizada por los inversionistas.

Ello debido al cambio de reglas de juego, realizado generalmente de manera abrupta, ocasiona que el inversionista no pueda seguir desarrollando su actividad económica, al verse afectado por la aplicación de nuevas normas, de manera sustancial en el desarrollo de la actividad de su empresa, dejando a su inversión sin ningún valor en el mercado, produciéndose de esta manera una medida equivalente a la expropiación física en cuanto que se deja a la inversión sin ningún valor económico.

Lo anterior es el problema a estudiarse en la presente investigación, teniendo como desventaja, el ser un problema escasamente estudiado en el país<sup>2</sup>, lo cual se ve reflejado en la poca bibliografía nacional que se puede encontrar de manera directa sobre el tema<sup>3</sup>, pudiendo únicamente estudiarse en base a casos, y que debido a ello se ha tenido que recurrir en su mayoría a doctrina internacional, sobretodo norteamericana. Asimismo, cabe señalar, que las “Expropiaciones Indirectas”, es un problema que tiene un mayor trasfondo político, en el sentido de que son las políticas adoptadas por un determinado Estado, las que dan vida a este tipo de temores en los inversionistas. Temores que son directamente proporcionales al mayor o menor grado de institucionalización que pueda tener un país.

Dado que mientras más fuerte sea la institucionalización de un país, es decir, poseer normas claras, estables y predecibles, así como un poder judicial libre de corrupción, mecanismos de solución de controversias eficientes, respeto por los contratos celebrados con los inversionistas aun durante los cambios de gobierno, ayudaría a que el temor de ser expropiados en algún momento, vaya desapareciendo. Teniendo como respuesta por parte de los inversionistas, mayor cantidad de capitales a colocarse en el país.

---

<sup>2</sup> Si bien se puede encontrar bibliografía nacional que toque el problema de las expropiaciones indirectas, en su mayoría esta es tocada de manera tangencial y no como su objeto de estudio. La doctrina nacional que ha desarrollado el presente tema de forma directa, la podemos encontrar en los artículos del Dr. Enrique Pasquel, “Tomando la Propiedad en serio”; de la Dra. Ana Ampuero Miranda, “Trato Nacional, Trato de Nación Más Favorecida, Nivel Mínimo de Trato y Expropiación en los Acuerdos Internacionales de Inversión”; del Dr. Eduardo Anaya Franco, “Las inversiones extranjeras directas en el Perú del Siglo XX” y un estudio realizado por el Centro de Estudios para el Desarrollo de la Justicia – PROJUSTICIA, “Las inversiones y la estabilidad jurídica en el Perú”,

<sup>3</sup> PASQUEL RODRIGUEZ, Enrique. Tomando la Propiedad en serio: las Expropiaciones regulatorias o indirectas. *Ius Et Veritas*, Año 15, Nro. 31, pp. 114-126.



Resulta, por tanto, paradójico que al ser la realidad peruana, una realidad llena de estos casos de cambios de regulación, como el de la mayoría de los países en vías de desarrollo, sobre todo con cada cambio de gobierno, sea poco el interés que genera este tema políticamente hablando, así como en los estudios de derecho. Más aún, si el poco interés visto dentro del ámbito nacional, respecto a las expropiaciones indirectas, solo se encuentre reflejada para los inversionistas nacionales, a diferencia de lo que se puede ver, respecto al tratamiento dado a los inversionistas extranjeros. Ya que como iremos viendo en el desarrollo del presente trabajo, es el sector de los inversionistas extranjeros los que sí gozarán del interés negado a los nacionales, teniendo de esta manera una mayor protección frente a las expropiaciones indirectas.

Protección que se da en base a los muchos convenios de promoción y protección recíproca de inversiones que se celebran entre el Perú y la mayoría de países del mundo, sobre todo, países desarrollados. Lo cual no quiere decir que esta sea una mala política, todo lo contrario, ello resulta ser de suma importancia para que los países puedan atraer la mayor cantidad de inversiones y, de esta manera, poder hacer crecer la economía, con los consiguientes efectos de disminución de la tasa de desempleo y de pobreza en el país, por ejemplo.

Ahora, se debe decir que la expropiación de bienes privados por parte de las autoridades públicas ha sido y seguirá siendo de gran importancia en el derecho nacional, lo cual ha tenido un amplio desarrollo en el derecho internacional, dado que tales expropiaciones, en el contexto de las inversiones, generalmente han sido dirigidas

contra los bienes de inversionistas privados extranjeros. Por lo que, debido a la falta de estudio y desarrollo del tema de las expropiaciones regulatorias dentro del derecho interno peruano, resulta necesario que se planteen alternativas de solución para el caso de afectaciones del derecho de propiedad de los inversionistas, tanto extranjeros como nacionales. Especialmente, en el caso de los nacionales, que son los que menos herramientas jurídicas poseen, en comparación con los extranjeros, con el fin de poder contrarrestar los efectos de aquellas medidas estatales que terminan perjudicando su inversión.

Esta tesis parte de la premisa de que la única forma de mejorar la economía de nuestro país no es solo atrayendo las inversiones de empresas extranjeras, sino que dicho procedimiento de promoción a las inversiones debe de partir de adentro hacia afuera, generándose así un efecto inclusivo. Ello se lograría respetando cualquier tipo de inversiones en nuestro país, ya sea nacional o extranjera, creando para ello una nueva política de inversiones, que haga desaparecer aquella brecha que existe en la actualidad respecto al trato de los inversionistas nacionales frente al inversionista extranjero.

Estandarizándose las políticas de inversiones en nuestro país, con las políticas que se vienen aplicando más allá de nuestras fronteras, las cuales buscan proteger a las inversiones frente a cualquier potencial intromisión del Estado en las expectativas de negocio de estos, originadas en la aceptación de las normas o “reglas de juego” que estuvieron vigentes al momento de que las empresas decidieron invertir en el país.

Por ello, resulta necesario aplicar esos mismos estándares para nuestros inversionistas nacionales, ya que son ellos los que se ven desprotegidos en mayor medida, al estar circunscrito su campo de acción legal frente a los actos del Estado, solo a las cortes nacionales y a la aplicación del derecho doméstico. A diferencia de las empresas extranjeras que pueden recurrir a los convenios suscritos entre el estado receptor y el estado de origen, a fin de poder acceder a tribunales internacionales, como sucede con el CIADI. Dado que es en esos tribunales en donde si ven protegidas sus inversiones, al recibir por parte del estado receptor aquel monto que indemnizaría el perjuicio sufrido en su propiedad debido al cambio de reglas de juego.

En ese sentido, podría resultar necesario hacer una interpretación sistemática de nuestra Constitución, y ver qué posibilidades tendrían los inversionistas peruanos de argumentar la expropiación indirecta de su inversión, utilizando directamente nuestra Constitución. Dado que este es un método muy utilizado dentro de la jurisprudencia norteamericana, y que hemos visto como ha sido también planteado por nuestro Tribunal Constitucional en el caso Shougang.

De esta manera, la hipótesis de la presente tesis es que los estándares contenidos en los tratados de inversión celebrados por el Perú deben constituir el “piso” para el tratamiento de las inversiones en nuestro país, derechos mínimos a respetarse dentro del territorio peruano, y que de ser estos vulnerados, la parte perjudicada se haga automáticamente merecedora del monto que indemnice el daño sufrido indirectamente

a su propiedad y que lo ayude a encontrarse en el estado anterior al momento de la vulneración sufrida. Para lo cual, resulta necesario realizar cambios normativos al interior del ordenamiento jurídico peruano, a fin de que dicho “piso” pueda tener un soporte interno legal, que coadyuve a la protección del derecho de propiedad frente a actos, cuyos efectos en la práctica puedan equipararse al de una expropiación directa o clásica. Cambios normativos que pueden verse plasmados, en una modificación de la Ley N° 27117, Ley General de Expropiaciones, con el propósito de adecuar nuestro ordenamiento jurídico interno, con los compromisos que viene asumiendo el Estado Peruano a nivel internacional para con los inversionistas de aquellos países con los cuales se celebran Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones.

Lo cual, no solo podría originar el pago de una indemnización, producto del acto expropiatorio, como un hecho ex post al cambio de reglas, ya que también podría ser ex ante, si es que el Estado al evaluar el impacto que podría generar la aplicación de su nueva política (Análisis del Impacto Regulatorio), determina que el beneficio generado para la sociedad es mucho mayor que el daño al inversionista, y por consiguiente mayor al monto a desembolsar por concepto de indemnización.

## 1.2. Objetivos de la investigación

Uno de los objetivos del presente trabajo de investigación se encuentra en determinar a partir de casos ocurridos en el Perú la existencia o no de una política de tratamiento a las inversiones respecto a las Expropiaciones Indirectas. Es decir, el poder determinar,

por ejemplo, si las autoridades del Estado, antes de aplicar una determinada regulación, analizan los potenciales efectos que estos cambios podrían generar frente a terceros (inversionistas), así como si se analiza el eventual pago de una indemnización al inversionista perjudicado por el cambio de reglas. Dado que, si bien puede existir una evaluación de la regulación, esta generalmente se ha realizado ex post al cambio regulatorio, cuando lo ideal sería que fuera también ex ante. Y en todo caso, lo ideal también sería la evaluación de la ocurrencia de una expropiación indirecta por parte de nuestros operadores jurídicos.

Asimismo, se busca probar la existencia de un trato desfavorable sufrido por los inversionistas nacionales, comparando este con el trato recibido por los inversionistas extranjeros<sup>4</sup>. Comparación que podría realizarse de forma sucinta, respecto de aquellos casos parecidos resueltos en el extranjero con los casos nacionales, a fin de poder determinar en que varían las decisiones en uno y otro, así como señalar si las soluciones dadas en el extranjero, podrían ser aplicadas a la realidad peruana. Identificando que mecanismos podrían ser los que más se adecuen a nuestra realidad para dar solución a las expropiaciones regulatorias, y cuales serían aquellos derechos que conformarían el piso, que obligarían al estado a no bajar de ese estándar mínimo de trato respecto a las inversiones.

---

<sup>4</sup> El artículo 2 inciso 2 de nuestra Constitución señala que toda persona tiene derecho a la igualdad ante la ley, prohibiéndose la discriminación por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole. **Al respecto debemos decir que la esencia de igualdad no se puede revelar por su significado literal, ni por la expresión que la contiene.**

Cabe señalar, sin embargo que la dificultad con la que tropezamos cuando queremos aprehender el contenido del término igualdad, en este caso, entre inversionistas nacionales y extranjeros, es su indeterminación; y es que la igualdad por si sola es una expresión vacía, no significa nada. Se advierte entonces, de modo inmediato, que la igualdad es un concepto relacional, que solo se revela a partir de la comparación entre dos personas naturales o jurídicas que se encuentren en la misma situación jurídica y real.

### 1.3. Metodología empleada

Al ser un tema que en el Perú y en el ámbito internacional, resulta ser más casuístico que doctrinario, la Metodología empleada es esencialmente el estudio de casos basados en el cambio de reglas de juego, en cualquiera de los tres niveles de gobierno (central, regional y local), los cuales serán estudiados y comparados con aquellos casos llevados ante cortes internacionales por inversionistas extranjeros, que han sido recurrentemente citados por la doctrina extranjera.

Ello no quiere decir que se vaya a dejar de lado la parte doctrinaria, dado que se recurrirá a autores tanto nacionales como extranjeros, para poder tener un mejor manejo de los términos que suelen emplearse en el tema de inversiones, con la consiguiente posibilidad de poder crear un concepto propio, que mejor se adecue a la hipótesis del problema en cuestión.

#### 1.4. Límites de la investigación

Se procederá a estudiar aquellos casos llevados ante las cortes nacionales, por lo que solo se tocarán tangencialmente de ser necesario, aquellos casos en los cuales el Perú haya sido llevado como parte ante tribunales internacionales como el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (en adelante CIADI). No resultando necesario estudiar el procedimiento, composición o historia de las cortes que suelen resolver este tipo de casos ante el CIADI, ya que ello bien podría ser materia de estudio y análisis en un posterior trabajo de investigación referente a Arbitrajes Internacionales.

Sin perjuicio de ello, consideramos que podría resultar importante conocer la historia de este tipo de centros de resolución de conflictos, pudiendo ser tocado de manera tangencial, con el objetivo de poder explicar el porqué de la creación de estas cortes, y cómo es que ha ido evolucionando el uso de estas por los países.

Si bien el tema de investigación hace referencia al trato discriminatorio respecto del trato que recibe el inversionista nacional frente al trato recibido por el inversionista extranjero protegido por los convenios de protección de inversiones celebrados entre el Perú con sus países de origen, llámese Bilateral Investment Treaties (BITs), Tratados de Libre Comercio (TLCs), en la Tesis no se procederá a estudiar cada uno de los BITs o TLCs celebrados por el estado peruano, haciéndose referencia solo al contenido

pertinente de aquellos de los cuales se considere que podrían ayudar al desarrollo de la presente investigación.





## CAPITULO I

### Marco Teórico General

#### Definición del concepto de inversión e inversionista

##### 1.1 Definición de Inversión

Podemos observar a través de los diversos Bilateral Investment Treaties (BITs) suscritos entre los Estados, que las inversiones a ser cubiertas por estos, se han clasificado en cuanto a sus definiciones en dos grandes grupos: Inversión restringida y la Inversión en sentido amplio; y con relación a los tipos de inversión a ejecutarse por el inversionista, se ha procedido a definir estas en otro dos grandes grupos: Inversión directa y la inversión de portafolio.

Dichas clasificaciones tendrían su origen en el estudio de los laudos arbitrales, así como de la lectura del Convenio del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), y de los Acuerdos de Inversiones celebrados entre Estados, ya que son estos los instrumentos jurídicos, que nos dirán cuál será o podría ser el contenido del concepto “inversión”. No solo nos darán una aproximación de lo que en el contexto internacional es considerado como “inversión”, sino que también nos señalaran quienes serán las personas naturales o jurídicas, que calificarían como

“inversionistas” con la consiguiente protección de sus inversiones al amparo de los BITs celebrados entre Estados.

### a) Directa y de Portafolio

Tradicionalmente se han distinguido dos tipos de inversiones<sup>5</sup>, la directa y la de portafolio. La directa se efectúa cuando el monto desembolsado por el inversionista es de tal cantidad que la cuota de propiedad que este adquiere le permite tener el control de la empresa. A diferencia de la inversión en portafolios en donde el inversionista no desea obtener el control de la empresa, ya que simplemente invierte para poder incrementar su capital a través de las utilidades que reciba de ésta.

Por lo que como se puede observar, los intereses entre uno y otro tipo de inversión pueden ser muy opuestos, lo cual dependerá de varios factores, principalmente el grado de rentabilidad que espera obtener el inversionista de la empresa. Siendo el interés al “largo plazo” lo que diferenciaría a ambos tipos de inversión, debido a que en la inversión directa al buscar obtener el control de la empresa, se demuestra con ello un interés de permanencia en el negocio; a diferencia de la inversión de portafolio, en donde solo se invierte al corto plazo, ello debido a circunstancias especiales que favorecerían a un determinado sector económico o a una empresa en particular, como por ejemplo, un inversionista podría desear comprar acciones de una empresa minera peruana, debido a que el precio internacional del oro se encuentra en constante

---

<sup>5</sup> Se puede acceder a una definición de inversión, empleada en los casos mexicanos, a través de la siguiente ruta: [http://caterina.udlap.mx/u\\_dl\\_a/tales/documentos/lcp/chavez\\_1\\_dd/capitulo1.pdf](http://caterina.udlap.mx/u_dl_a/tales/documentos/lcp/chavez_1_dd/capitulo1.pdf), p. 3

aumento, es por ello que también a este tipo de inversiones se les denomina inversiones especulativas.

## **b) Restringida y Amplia**

Las definiciones de inversión que podemos encontrar pueden ser desde las más estrictas hasta las más amplias posibles. Lo cual suele ser muy importante en el comercio internacional, dado que ello le permitirá saber a los inversionistas internacionales el grado de protección ofrecido por el “host country” o país receptor de inversiones.

La Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD)<sup>6</sup>, ha señalado que no existe un único concepto de inversión, debido a que ello se debe a los cambios que se viven de tiempo en tiempo en las transacciones comerciales entre países. Transacciones que no solo variarán dependiendo de los cambios tecnológicos que se dan en estos, sino que también influye el constante crecimiento económico de la cual vienen gozando ciertos países en vías de desarrollo.

Dado que basta con solo observar el panorama económico actual para poder darse cuenta que la crisis económica ha ayudado a que la economía de varios países, como la peruana, puedan gozar de un desarrollo productivo constante, lo cual podría influir en

---

<sup>6</sup> UNCTAD, Scope and Definitions. New York and Geneva, 2011, p. 9-10

las futuras negociaciones de tratados respecto a inversiones. Debido a que a mayor crecimiento económico de un país, mayor poder de negociación.

Con respecto a los dos conceptos de inversión, restringida y amplia, se puede decir con relación a la primera de ellas, que esta se da cuando el elemento esencial de la inversión es la posesión del control de la empresa por el inversionista, es decir, cuando este haya realizado una inversión directa. Y con respecto al segundo tipo de inversión, esta no solo se enfocaría en la creación de una empresa o en la adquisición de una ya existente, sino que también abarcaría otros bienes de propiedad la empresa o inversionista.

Es así que la definición amplia de inversión se puede ver generalmente en muchos de los Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (APPRI), señalando que el termino inversión abarcara “todo tipo de bienes”. En este tipo de definiciones amplias se tienen generalmente cinco categorías de inversiones. Por ejemplo, si vemos el “Convenio entre el Gobierno de la República del Perú y el Gobierno de la República de Cuba sobre la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones”, en su artículo 1° se señala lo siguiente:

*“Para los Efectos del Presente Convenio:*

1. *El término “inversión” designa toda clase de activos de propiedad de un inversionista de una de las Partes Contratantes, en el territorio de la otra Parte, que incluye, en particular, pero no exclusivamente:*

*(a) Acciones, participaciones o derechos de participación en sociedades y en cualquier otra forma asociativa de riesgo compartido;*

- (b) *La propiedad de bienes muebles e inmuebles y demás derechos reales, adquiridos o utilizados con el propósito de obtener beneficios económicos o para otros fines empresariales;*
- (c) *Créditos, valores, derechos sobre dinero y cualquier otra prestación que tenga un valor directamente vinculado a una inversión específica;*
- (d) *Derechos de propiedad intelectual e industrial, tales como derechos de autor y derechos conexos, marcas de fábrica o de comercio, indicaciones geográficas, dibujos y modelos industriales, patentes, esquemas de trazado (topografías) de los circuitos integrados y los derechos de obtentores de variedades vegetales;*
- (e) *Las concesiones otorgadas por ley o en virtud de un contrato para el ejercicio de una actividad económica, incluidas las concesiones de prospección, exploración y explotación de recursos naturales; y,*
- (f) *Las reinversiones de utilidades, entendiéndose estas como la inversión de las mismas en la propia empresa que las genera.*

*Cualquier alteración de la forma de la inversión no afecta su carácter como tal. Inversión no significa:*

- (a) *Una obligación de pago de, ni el otorgamiento de un crédito al Estado o, a una empresa del Estado;*
- (b) *Los préstamos a una empresa, cuando la fecha de vencimiento original del préstamo sea menor de tres años.*
- (c) *Reclamaciones pecuniarias derivadas exclusivamente de:*
  - *Contratos comerciales para la venta de bienes o servicios por un nacional o empresa en territorio de una Parte a una empresa en territorio de otra Parte; o*
  - *Cualquier forma de financiamiento del comercio”*

Con respecto a nuestro ordenamiento interno, el concepto de inversión que el Estado Peruano en materia de Promoción de Inversiones ha desarrollado en la economía nacional, se encuentra dirigida a promover un concepto amplio de Inversión. Este concepto se ve plasmado en el Decreto Legislativo N° 662, Otorgan un Régimen de Estabilidad Jurídica a las Inversiones Extranjeras mediante el Reconocimiento de ciertas garantías, que en su artículo 1° señala lo siguiente:

*“Artículo 1º.- El Estado promueve y garantiza las inversiones extranjeras efectuadas y por efectuarse en el país, en todos los sectores de la actividad económica y en cualesquiera de las formas empresariales o contractuales permitidas por la legislación nacional.*

*Para estos efectos, serán consideradas como inversiones extranjeras las inversiones provenientes del exterior que se realicen en actividades económicas generadoras de renta bajo cualquiera de las siguientes modalidades:*

- a) Aportes de propiedad de personas naturales o jurídicas extranjeras, canalizadas a través del Sistema Financiero Nacional, al capital de una empresa nueva o existente en cualquiera de las formas societarias señaladas en la Ley General de Sociedades, en moneda libremente convertible o en bienes físicos o tangibles, tales como plantas industriales, máquinas nuevas y reacondicionadas, equipos nuevos y reacondicionados, repuestos, piezas y partes, materias primas y productos intermedios;*
- b) Las inversiones en moneda nacional provenientes de recursos con derecho a ser remitidos al exterior;*
- c) La conversión de obligaciones privadas con el exterior en acciones;*

- d) *Las reinversiones que se efectúen de conformidad con la legislación vigente;*
- e) *Las inversiones en bienes ubicados físicamente en el territorio de la República;*
- f) *Las contribuciones tecnológicas intangibles, tales como marcas, modelos industriales, asistencia técnica y conocimientos técnicos patentados o no patentados que puedan presentarse bajo la forma de bienes físicos, documentos técnicos e instrucciones;*
- g) *Las inversiones destinadas a la adquisición de títulos, documentos y papeles financieros cotizados en bolsa de valores o certificados de depósito bancario en moneda nacional o extranjera;*
- h) *Los recursos destinados a contratos de asociación en participación o similares que otorgan al inversionista extranjero una forma de participación en la capacidad de producción de una empresa, sin que ello suponga aporte de capital y que corresponde a operaciones comerciales de carácter contractual a través de las cuales el inversionista extranjero provee bienes o servicios a la empresa receptora a cambio de una participación en volumen de producción física, en el monto global de las ventas o en las utilidades netas de la referida empresa receptora.*

*Las inversiones comprendidas en el presente inciso deben sujetarse a la legislación tributaria sobre la materia; y,*

- i) *Cualquier otra modalidad de inversión extranjera que contribuya al desarrollo del país.”*

A diferencia de un concepto restringido, el concepto amplio de inversión generalmente comprende toda clase de bienes adquiridos o utilizados, directa o indirectamente, para actividades económicas u otros fines empresariales, y que conlleven una relación a largo plazo con la sociedad, que a su vez implique la posibilidad de tener el control de la misma. Como por ejemplo: (a) La propiedad de bienes muebles e inmuebles y demás derechos reales, como hipotecas y derechos de prenda; (b) Derechos de participación en sociedades y otros tipos de participaciones en sociedades; (c) Derechos derivados de todo tipo de aportaciones de capital para crear un valor económico o derechos a prestaciones que tengan un valor económico, etc.

## 1.2 Definición de Inversionista

La definición de Inversionista es tan importante como la de Inversión, ya que dicho concepto permitirá identificar a las personas que se encontraran bajo el alcance de protección del tratado así como la protección dentro del ordenamiento jurídico nacional. Y así como no existe una definición estándar del término inversión, tampoco puede afirmarse que exista una definición estándar del término inversionista.

La determinación de quien es un inversionista protegido en el marco de un Tratado Bilateral de Inversiones, obliga a establecer la nacionalidad de éste, debido a que solo se encontrará protegido bajo la cobertura de un BIT, en la medida de que este califique como nacional de alguno de los Estados signatarios del tratado analizado.<sup>7</sup>

---

<sup>7</sup> CARRANO, Ítalo y BONIFAZ, Gonzalo. La protección de Inversiones del Tratado de Libre Comercio Perú-Estados Unidos. Ara Editores. ESAN. 2011, p. 125



### a) Personas naturales

En el caso de personas naturales, la calidad de inversionista de una parte se determinará por su nacionalidad, así como también por la residencia permanente. Y en los casos de doble nacionalidad el criterio dependerá del concepto de nacionalidad efectiva o dominante. Definiendo la doctrina como nacionalidad efectiva o dominante aquella que la persona efectivamente utiliza o que, en la práctica prevalece en función de la conducta y actividades normales de la persona.

El domicilio real es también uno de los criterios utilizados para poder determinar la nacionalidad dominante. Por tanto, será considerado inversionista de una parte la persona física que tenga la nacionalidad de ella o que tenga su residencia permanente en ella.

Por ejemplo, el tratamiento de la nacionalidad en el marco del TLC Perú-Estados Unidos se encuentra regulado de la siguiente manera:

*“El artículo 10.28 del Capítulo 10 establece:*

*Inversionista de una Parte significa una Parte o una empresa del Estado de la misma, o un nacional o empresa de la Parte, que intenta realizar, está realizando o ha realizado a través de acciones concretas una inversión en el territorio de otra Parte; considerando, sin embargo, que una persona natural que tiene doble nacionalidad se considerara exclusivamente un nacional del Estado de su nacionalidad dominante y efectiva”.*

Por otra parte, el Anexo 1.3 del Capítulo I del TLC Perú – Estados Unidos (Disposiciones iniciales y Definiciones generales) señala:

*“Persona significa una persona natural o una empresa; Persona de una Parte; significa un nacional o una empresa de una Parte”*

Como se ha podido observar, en el caso del TLC Perú – Estados Unidos, se considera que un inversionista puede ser tanto una persona natural como una persona jurídica, a la cual denomina “empresa”. Asimismo, cabe indicar que en algunos casos los BITs no utilizan el término “inversionista”, sino que emplean de manera directa los de “nacionales” o “empresas”, refiriéndose ya sea a personas naturales y jurídicas, respectivamente. En cuanto a la definición de nacional, el TLC Perú-Estados Unidos señala lo siguiente:

*“Nacional significa una persona natural que tiene la nacionalidad de una Parte de conformidad con el Anexo 1.3 (Definiciones de Aplicación General)”*

El artículo 1.3 del Capítulo I del TLC Perú-Estados Unidos (Disposiciones iniciales y Definiciones generales) establece lo siguiente:

*“Nacional significa una persona natural que tiene la nacionalidad de una Parte de acuerdo con el Anexo 1.3 o un residente permanente de una Parte; Persona natural que posee la nacionalidad de una Parte significa:*

**(a) Con respecto a Perú,** los peruanos por nacimiento, naturalización u opción conforme a lo dispuesto por los artículos 52° y 53° de la Constitución Política del Perú<sup>8</sup>; y

**(b) Con respecto a los Estados Unidos,** “national of the United States” según lo definido en las disposiciones existentes de la *Immigration and Nationality Act.*<sup>9</sup>

## b) Persona jurídica

Otro aspecto importante es el de entender el ámbito de aplicación de un tratado relativo a inversiones con respecto a las empresas, el cual se enfoca en la relación de pertenencia. Teniendo que señalarse el factor de conexión que serviría para relacionar una Empresa con un Estado Parte. Por ejemplo, en el Acuerdo entre el Gobierno de la República del Perú y el Gobierno de la Republica de El Salvador para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones se tiene la siguiente definición de Inversionista:

*“Para los efectos del presente Acuerdo:*

*1. El término “Inversionista” designa, para cada una de las Partes, a los siguientes sujetos que hayan efectuado inversiones en el territorio de la otra Parte conforme al presente Acuerdo:*

*a. Las personas jurídicas que, de acuerdo con la legislación de esa Parte, son consideradas nacionales de la misma;*

---

<sup>8</sup> Mediante Ley N° 26574, se emitió la Ley de Nacionalidad, la cual tiene por objeto regular los vínculos jurídicos, políticos y sociales concernientes a la nacionalidad peruana, de acuerdo con los preceptos de la Constitución Política y los Tratados celebrados por el Estado y en vigor. El artículo 2° de la referida Ley señala que son peruanos por nacimiento: 1) Las personas nacidas en el territorio de la República; 2) Los menores de edad en estado de abandono, que residen en el territorio de la República, hijos de padres desconocidos; 3) Las personas nacidas en territorio extranjero, hijos de padre o madre peruanos de nacimiento, que sean inscritos durante su minoría de edad en el respectivo Registro del Estado Civil, Sección Nacimientos, de la Oficina Consular del Perú.

<sup>9</sup> CARRANO Ítalo y BONIFAZ, Gonzalo. La protección de Inversiones del Tratado de Libre Comercio Perú-Estados Unidos. Ara Editores. ESAN. 2011, p. 127

- b. *Las entidades jurídicas, incluyendo sociedades, corporaciones, asociaciones comerciales o de cualquier otra entidad constituida o debidamente organizada de otra manera según la legislación de esa Parte.*
- c. *Las personas jurídicas constituidas conforme a la legislación de cualquier país, que fueran controladas, directa o indirectamente, por personas físicas de esa Parte o por personas jurídicas cuya sede se encuentre en el territorio de esa misma Parte, donde la persona jurídica ejerce su actividad económica principal, lo anterior de conformidad a los literales a y b respectivamente”*

Como se puede observar, el criterio del lugar de constitución de la empresa o persona jurídica no es el único factor que puede resultar aplicable. Dado que algunos de los vehículos para realizar inversiones, calificados como personas jurídicas en el Acuerdo entre Perú y San Salvador, podrían no tener necesariamente un lugar de constitución, sino que se organizarían bajo las leyes de uno de los Estados Parte. Como pueden ser, por ejemplo, los trusts o fideicomisos, los fondos y algunos vehículos que son más bien contractuales que corporativos. Señalándose que en esos casos pertenecerían a un Estado parte en la medida en que se hayan creado, y por tanto organizado, válidamente, bajo la ley de uno de los Estados Parte.<sup>10</sup>

En los acuerdos de inversión se puede apreciar que al momento de definir la nacionalidad de las personas jurídicas, estos suelen utilizar los criterios de: “lugar de constitución”, “sede” y “control”, o los tres dentro de un mismo Tratado, como se ha podido apreciar en el Acuerdo antes señalado. Sin embargo, no serían estos los únicos

---

<sup>10</sup> TOVAR GIL, Javier. Régimen Aplicable a las Inversiones. En: TLC Perú-Estados Unidos: Contenido y Aplicación, p. 249

criterios que podrían fijarse, ya que se podrían dar otros adicionales, dependiendo ello de los Estados negociadores.

Cabe señalar además, que cada uno de los criterios podrían presentar ventajas y desventajas. Por ejemplo, el de “lugar de constitución” permite establecer un criterio más estable respecto del país, aunque, por otro lado, la vinculación resultaría ser solo formal. Así, el inversionista puede constituir una empresa en un país determinado con el único propósito de beneficiarse de la protección que prevé el acuerdo, esto es a lo que la doctrina denomina como “Treaty Shopping”.

En el caso de la “sede”, si bien este criterio permite identificar el lugar donde se llevan a cabo las actividades principales, este criterio tendría como inconveniente que en el caso de empresas transnacionales, al realizar actividades a nivel global, podrían tener en la práctica **más de una sede principal**. Finalmente, en el caso del criterio del “control”, este permitiría identificar la vinculación directa entre los titulares y la empresa. Sin embargo, este último criterio tendría como desventaja, que debido a que la mayoría de empresas que invierten en los países, son empresas que cotizan en bolsa, *el accionariado de éstas de un día a otro puede ir variando de titularidad*, lo cual resultaría difícil en la práctica poder hacer uso de este criterio.<sup>11</sup>

En cuanto evitar alguna o algunas de las desventajas señaladas anteriormente, por ejemplo, en el TLC Perú-Estados Unidos, existen ciertas excepciones en la aplicación

---

<sup>11</sup> CARRANO Ítalo y BONIFAZ, Gonzalo. La protección de Inversiones del Tratado de Libre Comercio Perú-Estados Unidos. *Ara Editores. ESAN. 2011*, p. 129

del mismo. En el artículo 10.12 del TLC antes mencionado, se establecen algunos casos en los que se justifica la negación de la protección prevista por el TLC, aun a empresas formalmente calificadas como tales.

Las excepciones allí previstas permiten al Estado receptor de la inversión negar la protección del TLC cuando la empresa perteneciente al otro Estado Parte, en realidad no mantuviera actividades comerciales sustanciales en este, o que resulte efectivamente controlada por nacionales de países con los cuales el Estado receptor no mantuviera relaciones diplomáticas. Por lo que estas excepciones persiguen evitar la manipulación del tratado (treaty shopping) mediante el simple acto de constituir las sociedades (sociedades cascara) o que estas sean controladas por determinados nacionales que no pertenecerían al Estado parte del inversor. Por tanto, en base a dichas excepciones podría excluirse a las empresas del ámbito de protección del Tratado.<sup>12</sup>

Además de las excepciones señaladas anteriormente, algunos acuerdos de inversión limitan el margen de protección a determinadas personas jurídicas dependiendo de sus titulares (por ejemplo, en el caso de empresas en las cuales el Estado tenga participación), la forma que adopten (lo que está ligado al tamaño de la inversión) o por sus propósitos (por ejemplo, en el caso de entidades que no tienen fines de lucro)<sup>13</sup>.

---

<sup>12</sup> TOVAR GIL, Javier, *Óp. Cit.*, p. 250.

<sup>13</sup> CARRANO Ítalo y BONIFAZ, Gonzalo., *Óp. Cit.*, p. 130.

Esto se explica debido a que las personas jurídicas podrán presentar una serie de derechos y obligaciones diferentes, los cuales van a depender del ordenamiento interno de cada Estado Parte, y será en el momento de la negociación del Acuerdo, en donde los Estados evaluarán hasta qué punto les resulta conveniente otorgarles una protección de carácter internacional.

Respecto a lo que se señaló de que una persona jurídica podría no ser considerada como inversionista “dependiendo de sus titulares”, ello se pudo apreciar en el BIT entre Perú y San Salvador, en el cual se hacía mención al “control”, estableciéndose que este puede ser “directo” o “indirecto”, aunque en la mayoría de acuerdos de promoción y protección de inversiones, no se define que debe entenderse por control directo o indirecto.

Por ejemplo, un caso de control “directo” podría darse cuando una empresa constituida bajo las leyes peruanas es controlada por una empresa de San Salvador; mientras que un caso de control “indirecto” se presentaría cuando una empresa constituida bajo las leyes peruanas, es controlada por una empresa radicada en un tercer país que a su vez resultaría ser controlada por otra empresa de San Salvador.

Para finalizar en cuanto a la definición de inversionista, habría que señalarse la experiencia del Convenio CIADI<sup>14</sup>, en cuanto a la determinación de la jurisdicción **ratione personae** de dicho Convenio. Dado que, se había conformado dentro del CIADI un Grupo de Trabajo, exclusivamente para tratar este tema y alcanzar un

---

<sup>14</sup> *Ibidem.*, p. 130

consenso entre los delegados. Ello en virtud a que durante las negociaciones, diversos Estados presentaron propuestas y observaciones a fin de buscar fórmulas que pudieran alcanzar un mayor consenso.

Sin embargo, las propuestas y observaciones que se hacían, tenían como base los ordenamientos internos de cada uno de los Estados, lo cual en vez de ayudar, perjudicaba aún más la tarea de encontrar un consenso entre los Estados, dado que las propuestas de un Estado no serían fácilmente aceptadas por los otros Estados, debido a la diferencia de razonamiento existente entre uno y otro ordenamiento.

Por ejemplo, el Proyecto Preliminar del Convenio del CIADI señalaba que “la declaración escrita de nacionalidad firmada por el Ministro de Relaciones Exteriores del país cuya nacionalidad reclama la parte, o en su nombre, y emitida a los efectos de dicho procedimiento, hará plena fe respecto de los hechos en ella establecidos”. De manera inmediata, diversos Estados expresaron las dificultades que tendría la presentación de una “declaración escrita de nacionalidad” firmada por el Ministerio de Relaciones Exteriores debido, a que en muchos países este trámite no se encuentra ya regulado o está a cargo de una autoridad distinta.<sup>15</sup>

En ese sentido, se llegó a un consenso de que la emisión de certificados no podría constituir un requisito, siendo esta solo una prueba **prima facie** de la nacionalidad, ya que sería el Tribunal Arbitral el que determinaría la nacionalidad a efectos de establecer la jurisdicción **ratione personae** del Convenio.

---

<sup>15</sup> *Ibidem*, p. 131



### 1.3 Jurisprudencia

La gran cantidad de casos resueltos, o por lo menos, los más consultados y citados doctrinariamente, se encuentran en el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI). El Convenio del CIADI provee un mecanismo de solución de controversias destinado únicamente a inversiones, motivo por el cual la experiencia desarrollada por este Tribunal será central para establecer que es lo que será definido como “inversión”.

El Convenio del CIADI no establece una definición de “inversión”, de manera que deja a cargo de los Estados para que éstos sean los que establezcan los alcances de la protección al momento de otorgar su consentimiento, por ejemplo, en los Tratados. Al respecto, en el Informe de los Directores Ejecutivos acerca del Convenio CIADI se señala:

*“27. No se ha intentado definir el término “inversión”, teniendo en cuenta el requisito esencial del consentimiento de las partes y el mecanismo mediante el cual los Estados Contratantes pueden dar a conocer de antemano, si así lo desean, las clases de diferencias que estarán o no dispuestos a someter a la jurisdicción del Centro (Artículo 25 (4))”<sup>16</sup>*

---

<sup>16</sup> CIADI. Informe de los Directores Ejecutivos acerca del Convenio sobre arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados. 1965, para. 27.

Sin embargo, durante las negociaciones del proyecto de Convenio se presentaron diversas propuestas para tratar de definir el concepto de “inversión”. Así, el Comité Legal presentó la siguiente propuesta de definición:

*“Artículo 30. A los efectos de este capítulo: (i) “inversión” significa cualquier contribución de dinero o de otro bien de valor económico hecho por un periodo indefinido, o, si se define el periodo, por uno no menos de cinco años.”<sup>17</sup>*

A fin de contribuir en este esfuerzo el Secretariado, luego de realizar diversas consultas, presentó la siguiente propuesta:

*“El término “inversión” significa la adquisición de (i) derechos de propiedad o contractuales (incluso los derechos adquiridos al amparo de una concesión) para la creación o la operación de una empresa industrial, comercial, agrícola, financiera o de servicios; (ii) participaciones o acciones de tales empresas; u (iii) obligaciones financieras de una entidad pública o privada distintas de las obligaciones surgidas de operaciones bancarias o crediticias de corto plazo.”<sup>18</sup>*

La posibilidad de incluir una definición fue finalmente descartada. Así, en el Informe del Presidente sobre cuestiones planteadas y sugerencias hechas respecto del proyecto preliminar del Convenio se señala lo siguiente:

---

<sup>17</sup> Z/12 (11 de septiembre de 1964), “Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados”, en CARRANO Ítalo y BONIFAZ, Gonzalo. *La protección de Inversiones del Tratado de Libre Comercio Perú-Estados Unidos*. Ara Editores. ESAN. 2011, p. 103.

<sup>18</sup> SID/LC/15 (27 de noviembre de 1964), “Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados”, en CARRANO Ítalo y BONIFAZ, Gonzalo. *La protección de Inversiones del Tratado de Libre Comercio Perú-Estados Unidos*. Ara Editores. ESAN. 2011, p. 103

*“En todas las reuniones consultivas se dedicó especial atención al Artículo II titulado “Jurisdicción del Centro” y, en particular, a la Sección 1 de ese artículo [...]. En realidad esta fue la única disposición del Documento de Trabajo en la cual posiblemente se interesó cerca de un tercio de las delegaciones [...]. Disputas de carácter legal relativas a inversiones.*

*Se produjeron críticas de dos tipos en relación con la clase de litigios amparados por el Convenio. En cada una de las cuatro reuniones hubo algunas delegaciones que opinaron que, al basarse en el significado general de la palabra “inversión” que refleja el Preámbulo –enfoque éste por el que aboga el comentario- crearía, en definitiva, unas mayores controversias sobre la jurisdicción del Centro, que la que provocaría el uso de una definición más precisa.*

*Se hicieron varias sugerencias para definir la palabra “inversión”, basadas en definiciones contenidas en legislaciones locales o en convenios bilaterales, pero parecieron abiertas a la crítica. Esto llevó a algunas delegaciones a concluir que el enfoque del documento de trabajo –que omite la definición de inversión- era preferible, mientras otras entendieron que la definición, de incluirse, no debía tener carácter exhaustivo, relacionándose los principales tipos de “inversiones” seguido de una clausula residual referida a “otras transacciones de naturaleza análoga”, o alguna expresión parecida. Este problema requiere indudablemente ulterior consideración”.<sup>19</sup>*

Cabe destacar que entre los temas que fueron debatidos en el marco de la definición de “inversión” durante la negociación del proyecto de Convenio, se descartaron las siguientes propuestas: 1) Establecer un monto mínimo de la controversia para que pueda ser sometida al CIADI; 2) fijar un plazo mínimo para que una transacción sea

---

<sup>19</sup> Informe del Presidente sobre Cuestiones planteadas y sugerencias hechas respecto al Proyecto preliminar de Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados.

considerada como una inversión; y 3) que no se considerasen las inversiones realizadas con anterioridad a la entrada en vigor del Convenio.

Es así que la falta de una definición en la práctica ha permitido que el Convenio pueda acomodarse a los distintos conceptos de inversión que se hayan podido dar en el tiempo. Por lo que las formas de inversión que solían ser usuales a la fecha de creación del Convenio han sido complementadas por otras o inclusive dejadas de lado por nuevas definiciones.

Ahora, conforme a las “Reglas Procesales aplicables a la Iniciación de los Procedimientos de Conciliación y Arbitraje (Reglas de Iniciación)”, específicamente en lo que se refiere al Contenido de la Solicitud, se señala que deberá acompañarse a la solicitud informaciones sobre las cuestiones objeto de la diferencia de naturaleza jurídica que surjan directamente de una “inversión”, por lo que la parte que presenta la solicitud de arbitraje deberá demostrar de manera preliminar que la controversia surge directamente de una “inversión” para que esta pueda ser registrada por el Secretario General.

Lo que significa que la actividad económica, materia de controversia, deberá ser entendida como una “inversión” conforme a los términos del artículo 25.1 del Convenio CIADI:

*“La jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante (o*

*cualquiera subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado Contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro. El consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado.”*

Los Tribunales han coincidido en señalar que el análisis de lo que deberá calificar como inversión se basara en dos instrumentos, es decir, del Convenio CIADI y el acuerdo de las partes. Al respecto la UNCTAD señala lo siguiente:

*“Un inversionista que desea aprovecharse de una oferta de arbitraje CIADI prevista en un acuerdo de inversión tendrá que demostrar que dos distintos requerimientos *ratione materiae* se satisfacen: la transacción de la cual la disputa surge debe ser una inversión bajo el Convenio CIADI. Adicionalmente, deberá ser una inversión tal como la define el respectivo acuerdo de inversión”.<sup>20</sup>*

En ese sentido, no será suficiente que el acuerdo establezca la definición de “inversión”, sino que adicionalmente se tendrá que analizar que ésta sea compatible con el concepto de “inversión” del artículo 25 del Convenio CIADI. Por otro lado, si se establece adicionalmente el arbitraje bajo las reglas UNCITRAL, u otras, solo se requerirá verificar que la actividad económica objeto de disputa tenga su correlato, o encaje dentro de lo que los Estados conceptualizaron como “inversión”, ya sea en el BIT o TLC. A diferencia de las decisiones de los Tribunales establecidos bajo el marco del Convenio CIADI en los que se ha discutido la jurisdicción **ratione materiae**, y precisamente, la noción de “inversión”.

---

<sup>20</sup> UNCTAD, **Dispute settlement** (requirements *Ratione materiae*), UNCTAD, Ginebra, 2003, p. 16.

Para ello, se pueden agrupar las decisiones de los Tribunales en dos grupos. Por un lado, las decisiones que han seguido la corriente objetiva (casos Fedax<sup>21</sup> y Salini<sup>22</sup>); mientras que, de otro lado, tendríamos a las decisiones que siguieron una línea más subjetiva (caso Malaysian Historical Salvors<sup>23</sup>). Lo cual no quiere decir que estas corrientes de pensamiento deban entenderse de forma rígida, ya que en algunos casos algunos puntos de estas líneas de decisión pueden mezclarse entre una y otra corriente, lo cual dependerá de la forma de analizar de cada Tribunal, ello en el sentido de que las decisiones emitidas por los Tribunales no tienen el carácter de vinculante, sino que cada Tribunal analizará el caso llevado ante ellos de la forma que consideren conveniente en base a las circunstancias particulares de cada uno de ellos.

### 1.3.1. Corriente Objetiva

#### a) Caso Fedax v. República de Venezuela

En el asunto Fedax v. República de Venezuela, el Tribunal tuvo que analizar si la adquisición a través de un endoso de notas promisorias emitidas por Venezuela constituía una inversión en el marco del artículo 25.1 del Convenio CIADI y del BIT entre Venezuela y Países Bajos. Este caso es considerado como el primero en el cual un demandado expresamente objeta la jurisdicción del CIADI por considerar que la transacción no constituía una inversión conforme al Convenio.

<sup>21</sup> Fedax N.V. v. Republic of Venezuela (ICSID Case No. ARB/96/3)

<sup>22</sup> Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Hashemite Kingdom of Jordan (ICSID Case No. ARB/02/13)

<sup>23</sup> Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD v. Malaysia (ICSID Case No. ARB/05/10)

Así, para Venezuela, la operación no era una inversión ya que no comprometía el flujo de capital de un país a otro con respecto a Venezuela en su calidad de país receptor de la inversión, y no se generaba un riesgo para Fedax. Al respecto, el Tribunal Arbitral comenzó analizando si la operación constituía una inversión conforme al artículo 25.1 del Convenio CIADI, para luego analizar los alcances de la definición de inversión comprendida en el BIT suscrito entre Venezuela y Países Bajos.

En este caso, el referido Tribunal señaló que cuando el artículo 25.1 del Convenio CIADI utilizaba la palabra “directamente”, lo hacía respecto a la noción de “controversia” y no a la de “inversión”, por lo que bajo el marco del Convenio un Tribunal puede tener jurisdicción inclusive respecto a las inversiones que no sean consideradas como “directas”, pero siempre que la disputa surja directamente de la transacción.<sup>24</sup>

En segundo lugar, el Tribunal no aceptó el argumento expresado por Venezuela de que a diferencia de lo que sucede con una inversión, en el presente caso no existía un riesgo en la actividad realizada por Fedax. En tercer lugar, el Tribunal señaló que la materialización de la inversión no tiene que darse necesariamente, ya que ello es lo que normalmente ocurre en supuestos de transacciones de naturaleza financiera. Lo importante es que estén a **disposición**, de manera que lo determinante era constatar si

---

<sup>24</sup> Fedax N. V. v. República de Venezuela. Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, Caso ARB/96/3, decisión sobre jurisdicción, 11 de julio de 1997, para. 113.

los fondos que se daban en base a las notas promisorias habían sido efectivamente puestos a **disposición** del Gobierno de Venezuela, lo cual había ocurrido.<sup>25</sup>

Asimismo, el Tribunal Arbitral señaló que el estatus de las notas promisorias demostraba, bajo la Ley del Crédito Público de Venezuela, que el tipo de transacción realizada por Fedax no era uno de corto plazo, así como tampoco era considerado una operación comercial ordinaria, ya que esta operación llevaba consigo un interés público fundamental.

Finalmente, el Tribunal, citando a Schreuer<sup>26</sup> indicó que los elementos básicos de una inversión implican: **1) cierta duración; 2) regularidad de ganancias y utilidades; 3) la asunción de un riesgo; 4) compromiso sustancial de capitales; y 5) un compromiso sustancial y significativo con el desarrollo del país receptor**. Así, concluyó que:

*“La duración de la inversión en este caso cumple el requisito conforme al Derecho, en el sentido de que los contratos necesitan extenderse más allá del año fiscal en que se celebran. La regularidad de ganancias y utilidades también se cumple mediante la programación de pagos de estos a través de un periodo de varios años.*

*La cantidad de capital comprometido es también considerable. El riesgo también se encuentra presente tal como ha sido explicado. Lo más importante es que evidentemente hay una relación significativa entre la transacción y el desarrollo*

<sup>25</sup> CARRANO, Ítalo y BONIFAZ, Gonzalo. La protección de Inversiones del Tratado de Libre Comercio Perú-Estados Unidos. *Ara Editores. ESAN. 2011*, p. 112

<sup>26</sup> SCHREUER, Cristoph. Commentary on the ICSID Convention. *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, Vol. 11, 1996, 316, at. 335-358



*del Estado receptor, como requisito específico conforme a Derecho para el uso del instrumento financiero correspondiente. Por lo tanto, dado los hechos particulares del caso, la transacción satisface las características básicas de una inversión.*<sup>27</sup>

## **b) Caso Salini v. Reino de Marruecos**

En el asunto Salini Costruttori S.P.A. e Italstrade S.P.A. v. Reino de Marruecos<sup>28</sup>, el Tribunal Arbitral tuvo que analizar si el contrato para la construcción de una carretera que obtuvo el grupo Groupement d'Enterprises Salini-Italstrade (conformado por las dos empresas demandantes) constituía una inversión bajo el marco del Convenio CIADI y el BIT celebrado entre Italia y Marruecos.

El Tribunal señaló que la jurisdicción del CIADI dependerá de si la transacción constituye una inversión tanto respecto del BIT como del Convenio CIADI. A diferencia del caso Fedax, el Tribunal empezó analizando si la transacción constituía una inversión bajo el marco del BIT. Luego de realizar el análisis respectivo, y determinar que la transacción podría ser considerada como inversión, el Tribunal señaló que no sería correcto concluir que el requisito de que la controversia deba provenir directamente de una inversión, tal como lo establece el artículo 25.1 del Convenio CIADI, y deba analizarse solamente en función del consentimiento realizado por las partes contratantes. Para el Tribunal, tanto las decisiones de tribunales bajo el

<sup>27</sup> Fedax N. V. v. República de Venezuela. Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, Caso ARB/96/3, decisión sobre jurisdicción, 11 de julio de 1997.

<sup>28</sup> Salini Costruttori S.P.A. e Italstrade S.P.A. v. Reino de Marruecos. Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, Caso ARB/00/4, decisión sobre jurisdicción.

Convenio CIADI como la doctrina, coinciden en señalar que la determinación de la existencia de una inversión, debería ser realizada en base a un análisis objetivo para el posterior establecimiento de su jurisdicción.

Respecto a los requisitos que debe presentar una transacción para constituir una “inversión”, el Tribunal señaló, siguiendo a Gaillard, lo siguiente:

*“La doctrina de manera general considera que una inversión comporta: una contribución, una determinada duración del contrato y una participación en los riesgos de la transacción. Al leer el preámbulo de la Convención, se podría agregar como una condición adicional la contribución al desarrollo económico del Estado receptor de la inversión”.*<sup>29</sup>

En ese sentido, el Tribunal no sigue al pie de la letra lo establecido en Fedax, ya que en el Test Salini solo se valoran cuatro elementos característicos en vez de cinco: **1) una contribución; 2) una cierta duración; 3) participación en el riesgo; y 4) contribución al desarrollo del país anfitrión.** Para el Tribunal, el riesgo de la transacción puede depender de que tan sustancioso haya sido el aporte realizado por el inversionista, y de la duración del contrato que haya celebrado éste con el país receptor de la inversión. En ese sentido, los elementos característicos de una inversión deben ser analizados de manera global, no obstante que también se analizan individualmente en la decisión.

---

<sup>29</sup> Salini Costruttori S.P.A. e Italstrade S.P.A. v. Reino de Marruecos. *Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, Caso ARB/00/4, decisión sobre jurisdicción, 16 de julio del 2001, para. 52.*

El Tribunal Arbitral estimó que al ser la duración del contrato de 32 meses, que finalmente se convirtieron en 36, la transacción cumplía con el mínimo indispensable de tiempo que se estima doctrinariamente, y que también durante las conversaciones para la realización del Convenio CIADI se estimó que este podría variar entre dos a cinco años. Asimismo, respecto del riesgo en que incurrieron las empresas italianas, señaló que éste se desprende de la propia naturaleza del contrato, sin que importase que fuera asumido libremente por dichas empresas. Por último, con respecto a la contribución al desarrollo económico del país receptor de la inversión, el Tribunal señaló que ello no requería mayor análisis en tanto que la construcción de una carretera es siempre de interés público.

### 1.3.2. Corriente Subjetiva

En el asunto *Malaysian Historical Salvors SDN, BHD v. Malasia*<sup>30</sup>, el Tribunal analizó si la empresa *Malaysian Historical Salvors* había realizado una inversión al celebrar un contrato para la ubicación y rescate del buque inglés “DIANA” que se había hundido, en 1817, fuera de la costa de Malaca. En el presente caso, el Estado de Malasia objetó la jurisdicción del CIADI señalando que la diferencia entre las partes no concernía a una inversión conforme al BIT celebrado entre Reino Unido y Malasia.

Para ello, Malasia indicó que no consideraba el contrato como una inversión, debido a que fue celebrado con el único propósito de servir a fines arqueológicos y de estudio

---

<sup>30</sup> *Malaysian Historical Salvors SDN, BHD vs. Malaysia*, Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, Caso ARB/05/10, decisión sobre jurisdicción, 10 de mayo de 2007.

del patrimonio histórico. Asimismo, manifestó que el contrato tampoco cumplía con los requisitos de una inversión expuestos en el Test Salini, porque no contribuía al desarrollo económico del país anfitrión.

El Tribunal Arbitral comenzó por señalar que la empresa Malaysian Historical Salvors debía demostrar que el contrato celebrado con Malasia constituía una inversión, tanto respecto al amparo del artículo 25.1 del Convenio CIADI como del BIT celebrado entre el Reino Unido y Malasia. Reconociendo el referido Tribunal que el Convenio CIADI no establecía una definición de inversión y que, a pesar de los diversos pronunciamientos de los Tribunales, éstos carecían del valor de **stare decisis**, es decir, que no eran vinculantes.

Sin embargo, señaló que estos diversos pronunciamientos podrían ser utilizados a modo de guía, con el objetivo de pronunciarse sobre lo que debía de considerarse “inversión” en el caso. Frente a la falta de una definición expresa, el Tribunal consideró que debía seguir lo establecido en el artículo 31° de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados a fin de poder realizar su labor de interpretación<sup>31</sup>. El Tribunal

---

<sup>31</sup> “31. Regla general de interpretación. I. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.

2. Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos:

a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado;  
b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado;

3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta:

a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones;  
b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado;  
c) toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.

4. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes.

señaló que la palabra “inversión” debía de interpretarse en el sentido de que a través de esta se busca incentivar, facilitar y promover la cooperación económica y el desarrollo entre los Estados, lo que encuentra sustento en el Preámbulo del Convenio CIADI, así como en el Comentario de los Directores Ejecutivos del Banco.

El Tribunal Arbitral estimó que de los casos resueltos por anteriores tribunales se desprendería que estos han seguido dos perspectivas: el criterio de las características típicas (“**Typical Characteristics Approach**”) y el jurisdiccional (“**Jurisdictional Approach**”). Para el Tribunal, lo que diferencia a estos dos criterios, es el resultado de las conclusiones a las que puede llegar un Tribunal dependiendo del énfasis que ponga sobre algunos hechos particulares del caso relativos a la inversión.

La perspectiva del criterio de las características típicas busca identificar aquellos elementos que son particulares a una inversión, pero siempre teniendo cuidado en considerarlos como elementos infalibles o absolutos de identificación, ello con el fin de cuidarse frente a la variedad de casos que pueden presentarse ante tribunales CIADI,

---

32. Medios de interpretación complementarios. Se podrán acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31:

- a) deje ambiguo u oscuro el sentido; o
- b) conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable.

33. Interpretación de tratados autenticados en dos o más idiomas. 1. Cuando un tratado haya sido autenticado en dos o más idiomas, el texto hará igualmente fe en cada idioma, a menos que el tratado disponga o las partes convengan que en caso de discrepancia prevalecerá uno de los textos.

2. Una versión del tratado en idioma distinto de aquel en que haya sido autenticado el texto será considerada como texto auténtico únicamente si el tratado así lo dispone o las partes así lo convienen.

3. Se presumirá que los términos del tratado tienen en cada texto auténtico igual sentido.

4. Salvo en el caso que prevalezca un texto determinado conforme a lo previsto en el párrafo 1, cuando la comparación de los textos auténticos revele una diferencia de sentido que no pueda resolverse con lo aplicación de los artículos 31 y 39, se adoptará el sentido que mejor concilie esos textos, habida cuenta del objeto y fin del tratado.”

los cuales también podrían ser categorizados como “inversión”, a pesar de no contar con alguno de los elementos que suelen considerarse como intrínsecos de una inversión, ausencia de elementos que puede ser cualitativa o cuantitativa.

De manera similar, la perspectiva del criterio jurisdiccional también busca identificar aquellos elementos inherentes a una inversión, pero que son mencionados de tal forma que fácilmente podría llegarse a determinar, que en el supuesto de que la actividad bajo análisis no satisface alguno o varios de estos elementos, ello podría resultar fatal para el inversionista que reclama. Dado que al determinarse que no se cumple con todos los elementos característicos de una inversión, la demanda planteada por un inversionista sería rechazada de manera preliminar, sin llegar el Tribunal a estudiar el fondo del caso.

El Tribunal Arbitral estimó que en el presente caso la transacción no presentaba una cierta regularidad en las ganancias y utilidades, pero estimó que este elemento distintivo no era decisivo. Con respecto a la duración señaló que aunque la empresa Malaysian Historical Salvors satisfacía el elemento de duración en un sentido cuantitativo, este no era el caso en un sentido cualitativo. Sin embargo, esta falta no significaba que el proyecto no constituía una inversión conforme al Convenio CIADI.

En cuanto al elemento de riesgo, el referido Tribunal señaló que el riesgo en este tipo de actividad en particular se encontraba en el lado de la empresa Malaysian Historical Salvors, lo cual hacía que con mayor razón constituía una inversión. Sin embargo, el

Tribunal consideró que este tipo de transacciones, donde se condiciona el pago a la verificación del rescate, puede constituir un riesgo típicamente comercial, lo cual al ser considerado comercial no se encontraría amparado bajo el Convenio CIADI ni del BIT celebrado entre el Reino Unido y Malasia.

Finalmente, en cuanto a la característica de **contribución al desarrollo del país receptor**, señaló que en tanto las demás características de una inversión no habían sido totalmente demostradas, o de haberlo sido, éstas habían sido nombradas no de una forma contundente, sino solamente de manera superficial. Entonces, la determinación de esta última característica de contribución al desarrollo del país, pasaba a tener una gran importancia.

Al respecto, el Tribunal Arbitral encontró que la transacción, aunque de cierta manera era considerada de interés público y contribuía de forma económica al país de Malasia, *dicha transacción no resultaba significativa*. Para el Tribunal, el impacto de la inversión no se determina por la cantidad de dinero, sino en la contribución que tendrá ésta en la economía del país. En este caso, además, el monto de la inversión era poco sustancial para la economía del país.

Finalmente, el referido Tribunal estimó que resultaba innecesario discutir si la transacción constituía una inversión conforme al BIT, dado que había concluido previamente que la transacción no calificaba como inversión conforme al artículo 25.1 del Convenio CIADI. Posteriormente a la decisión del Tribunal, Malaysian solicitó su

anulación al amparo del artículo 52° del Convenio CIADI<sup>32</sup>, para lo cual se instaló un Comité Ad-Hoc<sup>33</sup>. Para el Comité, el significado del término “inversión” en el marco del Convenio CIADI resultaba, bajo el marco del artículo 31° de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, oscuro o ambiguo. Además, al hacer mención de las distintas decisiones emitidas por los Tribunales indicó que resultaban divergentes, es decir, que no existía consenso de lo que debía entenderse por inversión.

Para el Comité, el hecho de que el Tribunal Arbitral no considerase la definición de “inversión” prevista en el BIT constituyó un grave error que derivó en una manifiesta falta de ejercicio de su jurisdicción. Así, a diferencia del Tribunal, el Comité analizó si la transacción constituía una inversión conforme al BIT, concluyendo que de ello no había ninguna duda al respecto.

Luego pasó a analizar si la transacción también se encontraba conforme al artículo 25.1 del Convenio CIADI. El Comité consideró que no tenía sentido que el BIT estableciera una definición de inversión cuando al mismo tiempo ésta no sería compatible con lo dispuesto en el Convenio CIADI, más aun cuando este mecanismo de solución de controversias era el único que se contemplaba. Por lo que el Comité

---

<sup>32</sup> “(1) Cualquiera de las partes podrá solicitar la anulación del laudo mediante escrito dirigido al Secretario General fundado en una o más de las siguientes causas:

- (a) que el Tribunal se hubiere constituido incorrectamente;
- (b) que el Tribunal se hubiere extralimitado manifiestamente en sus facultades
- (c) que hubiere habido corrupción de algún miembro del Tribunal;
- (d) que hubiere quebrantamiento grave de una norma de procedimiento; o
- (e) que no se hubieren expresado en el laudo los motivos en que se funde.

(2) Las solicitudes deberán presentarse dentro de los 120 días a contar desde la fecha de dictarse el laudo. Si la causa alegada fuese la prevista en la letra (c) del apartado (1) de este Artículo, el referido plazo de 120 días comenzara a computarse desde el descubrimiento del hecho pero, en todo caso, la solicitud deberá presentarse dentro de los tres años siguientes a la fecha de dictarse el laudo.”

<sup>33</sup> Malaysian Historical Salvors SDN, BHD vs. Malaysia, Centro Internacional para el Arreglo de Diferencia Relativas a Inversiones, Caso ARB/05/10, Decisión sobre Solicitud de Anulación.



concluyó que la decisión del Tribunal no guardaba coherencia con la voluntad y declaraciones de los Estados contratantes en el BIT suscrito por ellos.

#### **1.4 Postura respecto al Concepto de Inversión**

Las inversiones pueden ser definidas, en términos generales, como aquel acto de disposición de bienes materiales o inmateriales, dentro del territorio de un Estado, a través del cual se busca obtener una tasa de retorno aceptable que compense el riesgo asumido por el inversionista, durante un tiempo considerable. Dicha inversión no solo se traduce en la obtención de ganancias para el inversionista, sino también significa un beneficio para el Estado receptor de las inversiones, reflejado en mejores condiciones económicas, culturales, sociales, para los ciudadanos de dicho Estado. En ese sentido, se puede afirmar que las inversiones generan muchas externalidades positivas, mientras el Estado asegure un adecuado marco regulatorio para la realización de éstas.

Las inversiones pueden darse de muchas maneras, pero como bien se señala en muchos Tratados Bilaterales de Inversión, dichas inversiones solo podrán ser calificadas como tales, mientras los inversionistas cumplan con el ordenamiento jurídico de los Estados receptores de las Inversiones. Dado que de no cumplirse con aquellas disposiciones internas, dichos actos de disposición de bienes materiales o inmateriales, podrían llegar a ser calificados de muchas formas jurídicas, pero nunca podrían llegar a ser considerados como inversiones, mientras los inversionistas no hayan cumplido a

cabalidad con el ordenamiento jurídico interno de los Estados para poder ser calificadas como tales. Normas que obviamente ya se encontraban preestablecidas al momento de realizarse las inversiones al interior del país.

Como bien señalamos, los inversionistas no hacen más que cumplir con el ordenamiento jurídico interno de los Estados, con el fin de que sus aportes puedan ser considerados como inversiones. Es por ello que dependerá de los Estados, la creación de un adecuado marco regulatorio con el fin de atraer a la mayor cantidad de inversionistas posibles, y a su vez, en aplicación de dicha regulación, poder prevenir dentro de lo posible, aquellas externalidades negativas que podrían generar las actividades de los inversionistas dentro de su territorio.

Resulta por tanto, comprensible y aceptable que los Estados no hayan podido ponerse de acuerdo respecto a la definición del término “inversión”, al momento de realizar la suscripción del Convenio de Washington sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados e Inversionistas de otros Estados.

Dado que son los Estados los que de antemano determinarán que tipo de inversión atraerán dentro de su territorio, serán ellos los llamados a responder no solo ante los Tribunales Arbitrales por el incumplimiento de las normas que ellos mismos prometieron cumplir frente a los inversionistas, sino que también tendrán que responder ante sus ciudadanos por aquellos potencialmente malos inversionistas que su mala política regulatoria pudo haber atraído. Y es que todo incumplimiento por parte de los

Estados, de aquellas normas que ellos mismos crearon y que aseguraron cumplir, tiene siempre un trasfondo político. Por lo que siendo el Estado un ente netamente político, deberá responder siempre a las necesidades de su población, o a cierto sector de esta.

Por más que la regulación interna del Estado, vista desde un punto de vista económico, pueda ser calificada como una de las mejores ya sea a nivel regional o internacional, ello no significará nada en cuanto que vista desde un punto de vista social, dicha regulación no satisfaga los intereses de la población en general. Dado que casi siempre nos toparemos ante noticias relacionadas a huelgas o tomas de carreteras, como forma de respuesta a los actos de la administración pública, que no son del agrado de cierto sector de la población. Fruto de ello son los casos Conga, y la formalización de los mineros informales.

Resultando crucial, desde nuestro punto de vista, que sean los propios Estados los que vayan moldeando la definición del término “inversión” de cara a su realidad. Dado que son los Estados los encargados de dar contenido a lo que deberá entenderse como inversión, en tanto que quien mejor que ellos para conocer su propia realidad. Realidad que puede ser compartida con muchas otras a nivel internacional, pero que siempre gozaran de uno que otro elemento diferenciador, no solo respecto a elementos económicos, sino también, y podría decirse que mucho más importantes que estos, de sus elementos culturales.

Por lo menos en el Perú, siempre predominará lo cultural frente a cualquier excelente regulación, visto desde el lado económico. Dado que siendo el Estado Peruano el resultado de la conjugación de muchas culturas, como una opinión particular, que podría incluso ser materia de un trabajo de investigación al respecto, podría decirse que resulta difícil, es más, hasta podría llegar a determinarse inclusive la calificación de imposible jurídico, el hecho de querer crear un marco regulatorio que pueda ajustarse a la realidad peruana, en su generalidad. Pero ello no quiere decir que se deje de hacer el esfuerzo por lograrlo.

Por lo que resulta necesario, además de la creación de mejores regulaciones, la creación de mayores y continuos foros de discusión respecto al tema de inversiones, a nivel nacional, regional y global. Prueba de ello tenemos los intentos de la Organización Mundial del Comercio (OMC), en tratar de establecer una regulación estándar referida al tema de inversiones.

Si bien dichos intentos no han sido del todo fructíferos, por lo menos han ayudado a que los representantes de todos los Estados puedan sentarse a discutir el tema de las inversiones, y poder comparar sus realidades con las de otros Estados, y ver como todos ellos han regulado y definido sus inversiones.

Definiciones que tendrán elementos en común con las definiciones de otros Estados, así como elementos contrapuestos, y elementos que inclusive podrían estar literalmente escritos de la misma manera, pero que podrían resultar totalmente

opuestos al momento de su aplicación por los Estados. Los casos de interpretación de los Tratados de Inversiones, son muy comunes dentro de los procedimientos arbitrales del CIADI, dado que la labor más importante de los Tribunales del CIADI, es el de llegar o poder llegar a determinar, en caso de vacío de interpretación, cual es la interpretación a aplicarse al contenido de un determinado Tratado, y que sea lo más cercano posible a lo querido por las partes al momento en el que decidieron suscribir el Tratado de Inversiones.

Además de la creación de mayores foros de discusión, también tenemos lo que en el Derecho Internacional de las Inversiones, se conoce como la aplicación de “Estándares Internacionales” de tratamiento a los inversionistas y a las inversiones de estos, recogidos en los Tratados de Inversiones, y que son comúnmente aplicados al momento de resolver controversias. Estándares como el de Trato Justo y Equitativo, el de Trato Nacional, el de Nación Más Favorecida, el de Nivel Mínimo de Trato y el de Protección y Seguridades Plenas, los cuales no harían más que uniformizar los conceptos usados por los Estados dentro de cada Acuerdo de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (APPRI).

Estándares que son comúnmente aplicados por los Tribunales Arbitrales Internacionales, como el CIADI, aplicados a los casos llevados ante ellos. Estándares que pueden estar señalados de manera conjunta en una misma cláusula, o que pueden ser tratados separadamente en un mismo Tratado Bilateral de Inversiones, que

ayudarán a homogeneizar los conceptos utilizados dentro de los referidos Tratados, como son principalmente el de Nación Más Favorecida y el de Nivel Mínimo de Trato.

Por ejemplo, en el caso del estándar de la Nación Más Favorecida tenemos la estandarización del tratamiento a aplicarse a las inversiones realizadas por inversionistas de distintas nacionalidades. En donde uno de los inversionistas puede solicitar que se le aplique el mismo tratamiento otorgado a otro inversionista proveniente de un tercer Estado, en virtud del referido estándar contenido en el Tratado de Inversiones suscrito entre el Estado receptor de las inversiones y su Estado de Origen.

En líneas generales, el concepto que se le debe dar al término inversión, es un concepto que estará siempre en manos de las autoridades y entes técnicos de cada Estado, los cuales tendrán que determinar a través de su ordenamiento jurídico interno, que tipo de inversiones desean atraer a su territorio. Ya que definir exactamente lo que una inversión significa en el ámbito internacional, no es una tarea que pueda darse de manera estática.

Esta es una tarea netamente casuística, como así lo han venido demostrando los diversos laudos emitidos en el marco del Convenio del CIADI. Como se ha podido ver en los laudos emitidos en los casos Salini, Fedax y Malaysian, en donde si bien comparten elementos comunes al momento de definir una inversión, habrán otros

elementos en los que no estarán de acuerdo, e inclusive, aun teniendo los mismos elementos, estos podrían diferenciarse en cuanto a su aplicación en cada caso.

Estos laudos emitidos por los Tribunales Arbitrales, cuyo contenido exterioriza el esfuerzo por parte de los árbitros, al tratar de señalar aquellos elementos comunes entre las inversiones efectuadas en distintos países, reflejando de esta manera la creciente evolución del concepto de inversión. Concepto que tiene la imperiosa necesidad de ir adaptándose a los múltiples cambios que puedan darse en la realidad, como los cambios tecnológicos, culturales, económicos, etc. Por lo que a fin de cuentas, la forma más sencilla y simple, que tienen los Estados para calificar a una inversión como tal, es estableciendo una cláusula abierta y otra simplemente referencial en cada uno de sus Tratados de Inversiones.

Definiéndose la cláusula referencial como el listado de potenciales actos a realizarse por parte de los inversionistas que podrían calificar como inversión dentro del Estado Receptor de la inversión, y a la cláusula abierta, generalmente contenida en los Tratados de Inversiones, como los actos de disposición de bienes con contenido patrimonial, realizados por los inversionistas, que podrán ser calificados como inversiones, siempre y cuando dichos actos de disposición se encuentren amparados por el ordenamiento interno del Estado receptor de las inversiones.

Lo cual, de no ser así, podría acarrearles problemas a los inversionistas frente a potenciales arbitrajes internacionales, en tanto que los árbitros de estos tribunales,

antes de pasar al estudio del problema de fondo, analizaran primero si es que ellos carecen o no de competencia, ya sea competencia *ratione temporis* o *ratione materiae*.

Por lo que aun nada está dicho en cuanto a querer darle un tratamiento generalizado al término inversión. Resultando vital, si es que queremos tener algún día un concepto generalizado de inversión: mayores y más seguidos foros de discusión por parte de los Estados, tanto a nivel nacional como internacional, reglas claras, estables y predecibles por parte de los Estados, y otorgarle una mayor publicidad al contenido de los laudos arbitrales.

## **2. Determinación de en qué casos un cambio normativo podría convertirse en una expropiación indirecta de la propiedad de un inversionista**

La lógica, tanto económica como jurídica, para que el derecho de propiedad goce de protección frente a expropiaciones físicas puede ser también fundamento de protección frente a las expropiaciones indirectas. Por lo que a continuación pasaremos a explicar en qué casos y bajo qué criterios, un cambio de normas puede llegar a afectar sustancialmente la propiedad de un inversionista, configurándose lo que denominamos como expropiación indirecta.

### **2.1 Potestad del Estado para introducir cambios al interior de la economía peruana y su relación con el derecho a la igualdad**



Una de las inquietudes planteadas, con mayor preocupación, ya sea por la población como por los economistas y también porque no, los abogados, ha sido la siguiente: En base a los recursos que tiene un Estado, ¿Cuál es la mejor forma de maximizar dichos recursos?, de tal forma que los beneficios originados de dicha maximización puedan ser, luego, distribuidos dentro de todo el territorio de un país, a lo cual se le conoce popularmente, como el efecto “chorreo”.

Dicha inquietud tiene su origen en las múltiples políticas económicas adoptadas por los diversos Gobiernos elegidos al interior de un Estado. Políticas que han intervenido en la economía de un país, con el propósito de corregir aquellas supuestas fallas en el mercado, las cuales, vistas desde la perspectiva del Gobierno de Turno, no hacen más que perjudicar a gran parte de la población.

Es por ello que uno de los temas que genera una gran preocupación, dentro de los muchos temas que se ven en el Derecho Público, es el tema referido a la intervención pública del Estado en la economía. Intervención, cuya intensidad puede variar de país en país, teniendo con ello mayores o menores grados de libertad para desenvolverse al interior de los mercados.

Dicha intervención respondería a múltiples objetivos planteados por el Gobierno, los cuales podrían ir variando dependiendo de la coyuntura política, económica o social en la cual se pueda encontrar un determinado país. Por ejemplo, tenemos el caso argentino, el que demuestra cómo es que los potenciales problemas que pueden

suscitarse dentro del territorio de un determinado Estado, como fue el agravamiento de la crisis económica en Argentina, a fines del 2001 e inicios del 2002, desencadenaron una serie de políticas que repercutieron drásticamente, en aquellas promesas que el gobierno argentino había suscrito con inversionistas extranjeros.

Pero uno podría preguntarse si es que aquellos problemas dentro de un Estado, que afectan a la economía de un país, deberían ser resueltos por el mismo mercado, o es que resulta necesaria la intervención del Estado:

*“Es importante comprender que, tal como lo señaló Ramón Martín Mateo, “el mercado necesita del Estado” sea tanto para corregir las imperfecciones o “fallas” del mismo o para lograr objetivos de bienestar social o redistributivos que no se pueden alcanzar si confiamos solo en las “fuerzas” del mercado o en la nuda iniciativa privada.*

*Así, sin caer por ello en contradicciones o desfasadas posiciones socialistas, creemos que, si bien el sustento del mercado es la existencia de un orden jurídico y de derechos fundamentales económicos de los particulares tales como la libertad de empresa, la propiedad y la libertad de contratar, no es menos cierto que el Estado, en mayor o menor grado, utiliza sus poderes de intervención en todos los mercados, estén abiertos a la competencia o no, usando para ello diferentes instrumentos jurídicos, centrados fundamentalmente en mecanismos de Derecho Público, con el objetivo de propiciar el interés general a través de políticas de competencia y de regulación.”<sup>34</sup>*

---

<sup>34</sup> HUAPAYA TAPIA, Ramón. “Algunos apuntes sobre las relaciones entre el derecho administrativo económico y el concepto anglosajón de la regulación”. En: *Ius et Veritas* -- No. 40 (Jul. 2010), p. 303.

En términos generales, encontramos las posturas de los economistas clásicos<sup>35</sup>, los cuales rechazaban la intervención del Estado en la Economía, postulando que dicha intervención debería ser la menos posible. Teniendo en contraposición, los que postulaban que en la realidad dichas fallas de mercado, que se pensaba que debían solucionarse dentro del mercado, iban perjudicando aquellos objetivos económicos generales encausados al bienestar de la población, perjuicio que no se sabía cuándo éste iba a acabar, dado que al dejarse ello en manos del mercado, habría que esperar a que los mecanismos propios de este, vayan corrigiendo estas fallas, sin intervención del Estado.

Por lo que debido a este problema, referente a la incertidumbre del tiempo que se tomaría en eliminar estas fallas del mercado, sin la intervención del Estado, es que surge una corriente de pensamiento totalmente opuesta a la del Liberalismo, dándose de esta manera la aparición de las economías de planificación centralizadas o comunistas, inspiradas en los aportes teóricos de Karl Marx<sup>36</sup>. Dado que las ideas de Karl Marx se desenvuelven dentro de un materialismo histórico, en el cual el modo de producción de la vida material condiciona el proceso de la vida social, política y espiritual en general. Ya que el modo de producción explicaría la base de una sociedad, y la organización social explicaría el Estado y sus instituciones.

---

<sup>35</sup> Dentro de los economistas clásicos podemos encontrar a Adam Smith, como claro ejemplo de una postura en contra de la intervención estatal en la economía. Pero por otro lado, podemos encontrar a Keynes, el cual si bien postulaba la intervención del Estado, esta solo se podía realizar bajo ciertos supuestos, como que el Gobierno puede intervenir para lograr la eficiencia, mediante la creación de empleo, inversión pública, utilizando instrumentos monetarios y fiscales para relanzar la economía.

<sup>36</sup> Puede acceder a la cita a través del siguiente link: <http://laeconomiadelleopoldo.blogspot.com/2011/03/el-sistema-de-planificacion-central-o.html>

Si bien existen corrientes de pensamiento distintas, respecto a cómo debería desenvolverse la economía de un Estado, y cuál debería ser el rol de éste en el mercado, lo cierto es que universalmente se reconoce que la primera forma de intervención del Estado en la economía es creando el ordenamiento jurídico básico para las transacciones sobre la propiedad, dicho marco normativo vendría a ser la Constitución y todo el sistema jurídico que lo acompaña<sup>37</sup>.

Por lo que, el Estado debería reconocer normativamente ciertos mecanismos de Derecho Privado, como leyes civiles, mercantiles y societarias, que permitan definir y reconocer los derechos básicos que coadyuven a la realización de las múltiples transacciones que podrían darse entre privados dentro del mercado.

Aunque cabe señalar que cierto sector de la doctrina y de la propia comunidad económica cuestiona la conveniencia de incluir en el texto constitucional normas orientadas a establecer las pautas básicas sobre las que debería fundarse el régimen económico de una sociedad. Y aunque no se expone de manera categórica, no es difícil deducir que en dichas críticas subyace el temor al supuesto riesgo de restar flexibilidad a un régimen que, desde tal perspectiva, debe estar sometido al imperio del mercado.<sup>38</sup>

Sin embargo, debemos tener en cuenta, que sólo será posible hablar de la existencia de un mercado, en la medida en que el Estado haya establecido normas básicas, que

---

<sup>37</sup> Puede acceder a la cita a través del siguiente link:  
[http://economia.unmsm.edu.pe/Docentes/JLeonM/Publicaciones/Ensayos\\_Articulos/CualEsRoldelEstado.pdf](http://economia.unmsm.edu.pe/Docentes/JLeonM/Publicaciones/Ensayos_Articulos/CualEsRoldelEstado.pdf), p. 2

<sup>38</sup> EXP. Nro. 0008-2003-AI/TC

reconozcan aquellos derechos de contenido económico, como es el derecho de propiedad, y que además de ello, haya normado la imposición de sanciones ante la ocurrencia de potenciales incumplimientos. Aunque, a pesar de ello, lamentablemente, puedan seguir produciéndose distorsiones en el mercado, aun cuando el Estado haya contribuido a su creación y fortalecimiento, con el reconocimiento y fortalecimiento de derechos:

*“Sin embargo, cuando las normas dispositivas y la autonomía de la voluntad (poder de disposición o transacción que ostentan los sujetos privados sobre su patrimonio, bienes y derechos) no son suficientes para lograr un funcionamiento pleno del mercado y se producen distorsiones en precios, calidad o en la misma provisión de los bienes y servicios necesarios para el sistema económico o, siendo más explícitos, cuando la **competencia en un mercado determinado no es suficiente para producir los beneficios que ofrece el proceso competitivo, se produce la intervención correctiva u orientadora del Estado en la economía mediante mecanismos de Derecho Público, dirigidos a establecer reglamentaciones para el ejercicio de los derechos, otorgar títulos habilitantes (concesiones, autorizaciones, licencias, permisos, registros), establecer medidas de restricción, control o de fiscalización del ejercicio de actividades económicas, entre otras medidas de Derecho Público.**”<sup>39</sup>*

Claro está que dichas intervenciones del Estado, ya sea creando el ordenamiento básico para la existencia del mercado, como la potencial intervención después de haberse creado este, debido a fallas de mercado, debería de estar enfocado a la búsqueda de maximización de los recursos, que vendría a ser la búsqueda de eficiencia en su utilización.

---

<sup>39</sup> HUAPAYA TAPIA, Ramón, *Óp. Cit.*; p. 304

Asimismo, la facultad de intervención del Estado, debería responder a la búsqueda de la equidad distributiva, o a la obtención de “justicia social” (frase muy usada durante nuestras últimas elecciones presidenciales generales del 2011). Dicha equidad distributiva la encontraríamos plasmada, por ejemplo, en el establecimiento de igualdad de oportunidades para la obtención de empleos (equidad distributiva horizontal).

Equidad que puede ser vista, desde la igualdad constitucional, la cual puede encararse desde dos perspectivas: como principio rector del ordenamiento jurídico, al que habría que dotarlo de contenido en cada caso, siendo en este sentido una regla básica que el Estado debe garantizar y preservar; y como un derecho fundamental de la persona, es decir, exigible en forma individual, por medio del cual se confiere a todo sujeto el derecho de ser tratado con igualdad ante la ley y a no sufrir discriminación alguna.

Pero en realidad no solo la igualdad, debería permitir ser tratado de acuerdo a Ley y dejando de lado todo tipo de arbitrariedad, sino que prácticamente todos los derechos fundamentales son al propio tiempo derechos individuales y valores o principios que respaldan al ordenamiento jurídico. Vistos así, los derechos fundamentales se comportan como principios estructurales básicos para el derecho positivo y el aparato estatal, los cuales deben tenerse en cuenta en las diferentes actividades públicas, como son la expedición de normas, su interpretación y aplicación jurídica, la interpretación de la fuerza pública así como la actuación administrativa.

Ahora, cabe señalar, que la equidad permitiría el actuar diferenciado del Estado respecto a ciertas personas, diferenciación que solo podría darse a través de parámetros objetivos, diferenciando individuos cuyos niveles de renta o de bienestar son distintos, lo cual buscaría la distribución de una renta justa (equidad distributiva vertical). Y si nos vamos al planteamiento de políticas económicas de carácter nacional, sin discriminar a nadie, lo que se buscaría en dicho ámbito es la búsqueda de una estabilidad macro económica, que hace referencia a diversos objetivos como el pleno empleo, la estabilidad de los precios o el crecimiento económico, cuestiones que felizmente se vienen dando actualmente en el Perú.

En ese sentido, se debe indicar que la igualdad como derecho no solo implica la interdicción de la discriminación, sino la atribución y disfrute igual de los derechos y libertades reconocidos por el ordenamiento. Así, en general, los ciudadanos considerados como sujetos de derecho en la misma proporción, considerándose, por consenso, que los derechos fundamentales han de ser concebidos como atribuciones que corresponden a las personas y que se encuentran reconocidos y garantizados por las Constituciones, los cuales concretizan las exigencias de igualdad, libertad y dignidad, de acuerdo a circunstancias históricas.

El Estado peruano definido por la Constitución de 1993, presenta las características básicas de Estado social y democrático de derecho. Así se concluye de un análisis conjunto de los artículos 3<sup>40</sup> y 43<sup>41</sup> de la Ley Fundamental. Lo cual, se sustenta en los

---

<sup>40</sup> Artículo 3.- Derechos Constitucionales. Numerus Apertus

principios esenciales de libertad, seguridad, propiedad privada, soberanía popular, separación de las funciones supremas del Estado y reconocimiento de los derechos fundamentales, que pueden ser exigidos al Estado y opuestos a los particulares. Se trata de derechos subjetivos del máximo rango y cualidad, es por ello que toda persona que los detenta puede accionarlos a su favor acudiendo a las instancias tutelares correspondientes. Por lo que todo inversionista nacional, en aplicación del derecho a la igualdad podría alegar la vulneración a este derecho, en el sentido de que el Estado frente a un mismo acto gubernamental, estaría otorgando dos tipos de protección distintas frente a las expropiaciones regulatorias:

*“Vistas estas características, podemos concebir la igualdad como un derecho fundamental destinado a obtener un trato paritario ante hechos, situaciones y relaciones equiparables; en otras palabras, hablamos de un derecho subjetivo a no sufrir discriminación, a no ser tratado de manera dispar respecto de quienes se encuentran en una situación equivalente.”<sup>42</sup>*

En ese sentido, las intervenciones del Estado en la economía, inclusive respetando los principios constitucionales que rigen a todo Estado de Derecho, como son el derecho a la igualdad y todos los derechos fundamentales que lo acompañan, pueden generar la vulneración al derecho de propiedad a través de los diversos tipos de expropiaciones,

---

La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno.

<sup>41</sup> **Artículo 43.- Estado democrático de derecho. Forma de Gobierno**

La República del Perú es democrática, social, independiente y soberana. El Estado es uno e indivisible. Su gobierno es unitario, representativo y descentralizado, y se organiza según el principio de la separación de poderes.

<sup>42</sup> AVILA CABRERA, Víctor. Artículo 63° de la Constitución Política del Perú: Igualdad de trato entre Inversión Extranjera y Nacional. Solución de Controversias. En: La constitución comentada: análisis artículo por artículo. Tomo I. Primera edición. Gaceta Jurídica S.A.



resultando necesario ratificar el hecho que la igualdad ante la ley también comprende a la igualdad en la aplicación de la norma.

En tal sentido, se debe conocer y reconocer que el trato igualitario que debe brindarse a todas las personas no se le impone solo al legislador, sino que vincula a todos los órganos del Estado que crean y aplican el Derecho y, en particular, a la Administración estatal y a los órganos jurisdiccionales. De esta manera, las personas que se encuentren en condiciones y supuestos equivalentes tendrían que tener la garantía de que los órganos públicos aplicaran la ley de manera idéntica para todos ellos.

Por lo que, siendo la expropiación una vulneración al principio esencial de la propiedad privada, es necesario estudiar algunos tipos de expropiación que existen en la actualidad.

## 2.2 Tipos de Expropiación

- **Propiedad**

Antes de pasar a estudiar los tipos de expropiación, resulta necesario resaltar lo que debe entenderse por “propiedad”. El significado del término “propiedad”, ha ido evolucionando en cuanto a su significado, así como en cuanto a su función. Dicha evolución ha ido a la par con todos aquellos cambios sociales dados en la historia, los

cambios tecnológicos, y con el reconocimiento universal de los derechos humanos.<sup>43</sup> El Tribunal Constitucional ha definido en varias oportunidades, la concepción clásica del derecho de propiedad:

*“43. De acuerdo con el ámbito civil, el derecho de propiedad confiere a su titular cuatro atributos respecto del bien: usar, disfrutar, disponer y reivindicar, cada uno de los cuales permite un ejercicio pleno de este derecho. Asimismo, la doctrina civil analiza los caracteres de la propiedad, en tanto que es un derecho real, absoluto, exclusivo y perpetuo. Así, es un derecho real por excelencia, porque establece una relación directa entre el titular y el bien, ejercitando el propietario sus atributos sin intervención de otra persona. Además, la **propiedad es erga omnes, esto es, se ejercita contra todos**, cualidad denominada **“oponibilidad”**. Es un derecho absoluto porque confiere al titular todas las facultades sobre el bien: usa, disfrute, dispone. Es exclusivo, porque descarta todo otro derecho sobre el bien, salvo que el propietario lo autorice. Y es perpetuo, pues no se extingue por el no uso.”<sup>44</sup> (Énfasis agregado)*

La definición de la propiedad ha ido evolucionando hacia una perspectiva social, lo cual ha ido modificando su contenido, conforme lo reconoce el propio Tribunal Constitucional en una de sus sentencias:

*“Establecido en los incisos 8 y 16 del artículo 2° de la Constitución, la propiedad es concebida como el poder jurídico que permite a una persona usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Así, la persona propietaria podrá servirse directamente de su bien, percibir sus frutos y productos, y darle destino o*

<sup>43</sup> Artículo 17 de la Declaración Universal de Derechos Humanos: 1. Toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente. 2. Nadie será privado arbitrariamente de su propiedad.

<sup>44</sup> STC Exp. N° 005-2006-PI/TC, sobre proceso de inconstitucionalidad interpuesto por Jorge Santisteban de Noriega, en representación de 5000 ciudadanos, contra los artículos 2 a 7 de la Ley N° 28476 y los artículos 5 y 10 del Decreto de Urgencia N° 122-2001.

*condición conveniente a sus intereses, siempre que ejerza tales actividades en armonía con el bien común y dentro de los límites establecidos por la ley; e incluso podrá recuperarlo si alguien se ha apoderado de él sin derecho alguno. (...) Ahora bien, la referencia al bien común establecida en el artículo 70 de la Constitución, es la que permite reconocer la función social que el orden reserva a la propiedad.”<sup>45</sup>*

Es en base a lo señalado en el artículo 70° de la Constitución Peruana, como bien refiere el Tribunal Constitucional, que se puede decir que la propiedad se encuentra sometida a una serie de limitaciones y restricciones en orden al bien común. Limitaciones en cuanto que el propietario disfruta de bienes económicos por obra de muchos factores ajenos, dentro de aquellos factores podemos encontrar la protección de rango constitucional que otorga el Estado al ejercicio y goce del derecho de propiedad.

Dentro de la concepción de la propiedad como derecho individual que se justifica por medio de la función social que busca alcanzar el bien común, quedaría entonces reconocer que la Constitución garantiza un mínimo de rentabilidad al propietario del bien, dado que el uso y disfrute de este se encuentra sujeto a los intereses colectivos, razón por la cual las restricciones que pudieran establecerse en la explotación económica del bien, gozarían de validez siempre y cuando tengan como parámetro, al bien común.

---

<sup>45</sup> STC Exp. N° 0008-2003-AI/TC, de 11 de noviembre de 2003, sobre acción de inconstitucionalidad interpuesta por Roberto Nesta Brero, en representación de más de 5000 ciudadanos, contra el artículo 4 del Decreto de Urgencia N° 140-2001.

Con respecto a las restricciones del derecho de propiedad, estas tienen que estar basadas siempre en razones de seguridad nacional y de necesidad pública, por lo que la afectación de este derecho no puede dejarse a la libre discrecionalidad de las autoridades nacionales, al ser el derecho de propiedad el más importante de los derechos reales:

*“Para Jorge Avendaño Valdez la propiedad es el más importante de los derechos reales, constituye un poder jurídico que recae sobre un bien o un conjunto de bienes corporales o incorporeales, confiere a su titular cuatro atributos clásicos (usar, disfrutar, disponer y reivindicar) y presenta cuatro caracteres básicos (derecho real, derecho absoluto, derecho exclusivo y derecho perpetuo).*

*Se trata pues del derecho real con mayor trascendencia en el mercado, aunque no necesariamente sea el más utilizado (al respecto existe un antiguo dicho: “todos somos poseedores, pero no todos somos propietarios”). Dicha trascendencia se ha traducido en su amplia consagración normativa, tanto a nivel supranacional como a nivel nacional y, en este último caso, tanto a nivel constitucional como a nivel legal.”<sup>46</sup>*

Por otro lado, con respecto a las restricciones que pudieran existir sobre el uso y goce de un bien, el Dr. Günther Hernán Gonzales Barrón tiene una posición que pasaré a transcribir y que me permito discrepar abiertamente con dicha posición. El Dr. Gonzales Barrón, señala lo siguiente:

---

<sup>46</sup> ECHAIZ MORENO, Daniel. “La expropiación y la confiscación”. En: *Gaceta constitucional -- Tomo 43 (Jul. 2011)*, p. 44

*“Un titular no puede reclamar por la inconstitucionalidad de la medida que solo le permite construir un piso en su terreno, **pues ya tiene un uso que le asegura una rentabilidad sobre la cosa**, o incluso cuando no le permite realizar construcción alguna con fines de vivienda, pues tal predio podría tener fines turísticos, paisajísticos, ambientales, sin romper la armonía con el entorno.*

*El titular del derecho de propiedad ya no podrá utilizar los bienes en la manera que estime más adecuada para la satisfacción de su interés individual, pues su decisión ha de tener presente la simultánea realización del interés social de la colectividad. De esta forma, la relevancia social que puede tener el ejercicio de la propiedad sobre determinadas categorías de bienes orienta y dirige la actividad de su titular hacia el destino económico más adecuado para la satisfacción de las necesidades de la colectividad.”<sup>47</sup>*

Con respecto a lo señalado por el Dr. Gonzales Barrón, yo me pregunto, ¿Dónde estaría la verdadera protección a mi derecho de propiedad?, si es que lo que yo haga o deje de hacer con mis bienes, en este caso inmuebles, no será en realidad un verdadero ejercicio de mis atributos de uso y disfrute del bien, sino que serán las autoridades en representación de la comunidad, las que me digan el fin que debo darle a mis bienes.

Además, si existiera algún tipo de diferenciación respecto al uso de determinados bienes, en el ejercicio del derecho de propiedad, esta diferenciación no puede ser indiscriminada y por ello el Derecho ha puesto límites. En primer término, la distinción en el trato nunca puede ser irrazonable ni desproporcionada, pues ello es inconstitucionalmente intolerable. En el mismo sentido, en nombre de un trato

---

<sup>47</sup> GONZALES BARRON, Gunther Hernán. Crítica a la Tendencia neoliberal del Tribunal Constitucional en Materia de Propiedad y Expropiación. En: Gaceta constitucional -- Tomo 43 (Jul. 2011), p. 23

diferenciado, en apariencia apropiado, en la medida en que se protegerían bienes de relevancia constitucional, no pueden transgredirse otros bienes constitucionales que también merecen ser realizados:

*“Empero, con estas consideraciones no nos alejamos todavía del concepto de igualdad ante la ley (en el contenido y en la aplicación). En tal efecto, la noción de discriminación va más allá y se refiere a una agraviada distinción, manifiestamente contraria a la dignidad de las personas, que inclusive implica una negación de su condición humana.”<sup>48</sup>*

Ello no quiere decir que las autoridades, en representación de la sociedad, no puedan ejercer limitaciones a la explotación económica de los bienes, dado que esas atribuciones son perfectamente válidas. Pero lo que no podrían realizar es vulnerar el contenido constitucionalmente protegido del derecho propiedad, es decir, las autoridades no pueden establecer limitaciones, cuyo grado de afectación, sea tal que haga de mi derecho, solo un derecho reconocido solo para efectos legales, pero sin ningún valor transaccional en el mercado.

Lo anterior tiene su correlato en el entendido de que el derecho de propiedad es un derecho fundamental que guarda una estrecha relación con la libertad personal, pues a través de éste se expresa la libertad económica que tiene toda persona en el Estado social y democrático de derecho. El derecho de propiedad garantiza la existencia e integridad de la propiedad (corporal o incorporeal) para el propietario, así como la

---

<sup>48</sup> AVILA CABRERA, Víctor. p. 57.

participación del propietario en la organización y el desarrollo de un sistema económico-social.

Por ello, podríamos decir que en el Estado constitucional contemporáneo se reconocen las diferencias existentes entre los individuos; en tal sentido, la igualdad constitucional no pretende uniformizar inversionistas, dado que para estos hay ciertas condiciones económicas que permiten al Estado otorgar un tratamiento diferenciado, las cuales serían razones objetivas de diferenciación, como por ejemplo el tamaño de la empresa, en el sentido de comparar el know how que tiene esta frente a empresas con un grado de avance aún incipiente, el grado de tecnología usado por la empresa extranjera, y muchas otras condiciones objetivas que tendrían que examinarse caso por caso, y no por razones de origen del capital.

Además, como segundo punto, lo que señala el Dr. Gonzales Barrón, es que no importa si el derecho de propiedad es restringido o no por las autoridades, lo que realmente importaría sería que el propietario aun pueda disfrutar de un “mínimo de rentabilidad” en la explotación del bien. Sin embargo, lo que el Dr. Gonzales Barrón no señala, es que debe entenderse por “mínimo de rentabilidad” o quien es o podría ser, la autoridad competente encargada de determinar ello en cada caso.

Pero, aun así el Dr. Gonzales Barrón haya podido subsanar las inquietudes que acabo de plantear, no resulta jurídicamente amparable, en aras de salvaguardar la seguridad jurídica, el hecho de que un tercero, persona distinta al propietario, le diga a este, que

otras “opciones” tendría para poder explotar el bien. Claro está, que la imaginación es grande, y que pueden existir mil y una formas de explotar un bien, sobre todo un bien inmueble, pero de lo que se olvida el Dr. Gonzales Barrón, es que el único que puede determinar el uso que se le dará a un determinado bien, es el propietario. En ese sentido, el Estado debe brindar garantías de trato regular y justo a cada inversionista por igual. Tal protección, empero, es insuficiente para garantizar en todos sus extremos la igualdad que la Constitución establece, pues se limita solo a una igualdad formal.

Asimismo, debería de entenderse que todo acto coactivo del Estado, en donde el bien es destinado para fines distintos a los que el propietario hubiera querido darle, será siempre válido, en la medida que el titular del bien haya recibido como compensación el valor de mercado del bien expropiado. Ello en respuesta a los nuevos cambios que se han dado a la protección del derecho de propiedad, donde no solo se vela por el respeto a la titularidad del bien, sino que dicha protección va más allá, donde la doctrina, así como fallos internacionales, especialmente laudos arbitrales en materia de inversiones, se encuentran protegiendo el contenido esencial del derecho de propiedad, lo cual se verá más adelante.

En resumen, puede decirse que el derecho de propiedad otorga las siguientes prerrogativas a su titular: i) Aprovechamiento y disfrute del bien, ii) Poderes de modificación jurídica sobre el derecho (disposición), y iii) Mecanismos de aseguramiento para la protección del derecho, ya sea frente al Estado, como frente a particulares. Por lo que todos los derechos subjetivos o las situaciones jurídicas de



ventaja tienen siempre una función determinada. Función que el sistema legal considera valioso.

En tal sentido, el interés que se encontraría protegido detrás de la protección de todo derecho de propiedad, sería el aprovechamiento del bien. Pero, habría que resaltar el hecho de que dicha protección se dará siempre y cuando el uso que haga el propietario respecto del bien, sea un uso justificado por la ineludible función social que debe alcanzar dicho bien (bien común). Ya que el interés del propietario se centra en realizar actividades de aprovechamiento y explotación material sobre el bien, lo que en buena cuenta equivale a los atributos del uso y disfrute, señalados en el artículo 923 del Código Civil peruano.<sup>49</sup>

Respecto a la función social que deben tener los bienes, se debe mencionar que la propiedad, como derecho fundamental, se encuentra prevista en el artículo 2°, incisos 8 y 16 de la Constitución. Dicho derecho, desde una perspectiva iusprivatista, se concibe como el poder jurídico que permite a una persona usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Así, el propietario puede servirse directamente del bien, percibir sus frutos y productos, y darle destino o condición conveniente a sus intereses patrimoniales.

Sin embargo, así entendido el derecho fundamental a la propiedad, parece atribuir a su titular un poder absoluto, lo cual no se condice con los postulados esenciales de los derechos fundamentales que reconoce un Estado social y democrático de Derecho

---

<sup>49</sup> **Artículo 923º.- Derecho de propiedad:** Atribuciones: La propiedad es el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Debe ejercerse en armonía con el interés social y dentro de los límites de la ley.

como el nuestro. Por ello, el derecho a la propiedad debe ser interpretado no solo a partir del artículo 2°, incisos 8 y 16, sino también a la luz del artículo 70° de la Constitución, el cual establece que ese se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de la ley. Esto no quiere decir que el bien sea solo destinado para el bien común, dado que ello interferiría con los intereses particulares de cada propietario.

En efecto, desde la perspectiva constitucional, el derecho fundamental a la propiedad, como los demás derechos, posee un doble carácter: de derecho subjetivo y, a su vez, de institución objetiva valorativa. Es decir, en nuestra Constitución se reconoce a la propiedad, como ya se mencionó, no solo como un derecho subjetivo o individual, sino también como una institución objetiva portadora de valores y funciones.

Dado su doble carácter, el derecho fundamental a la propiedad no es un derecho absoluto, sino que tiene limitaciones que se traducen en obligaciones y deberes a cargo del propietario, las cuales se encuentran previstas legalmente. Ello obliga, por un lado, a que el Estado regule su goce y ejercicio a través del establecimiento de límites fijados por ley; y, por otro, impone al titular el deber de armonizar su ejercicio con el interés colectivo. La función social es, entonces, consustancial al derecho de propiedad y su goce no puede ser realizado al margen del bien común, el cual constituye, en nuestro ordenamiento constitucional, un principio y un valor constitucional<sup>50</sup>.

---

<sup>50</sup> Sentencia del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional del Perú realizado en el Expediente 0030-2004-AI/TC.

Y como bien señalamos párrafos atrás, el Derecho de Propiedad es un derecho cuyo campo de protección y reconocimiento, se encuentra tanto dentro de la esfera nacional como internacional:

- a) A nivel supranacional, el artículo 21° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos regula el derecho a la propiedad privada, estipulando que: “Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social (inciso 1).
- b) A nivel nacional-constitucional, el artículo 2°, inciso 16 de la Constitución Política del Perú establece que toda persona tiene derecho “a la propiedad y a la herencia”. Asimismo, en su artículo 70° estipula: “El derecho de propiedad es inviolable. El estado lo garantiza. Se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de la ley. A nadie puede privarse de su propiedad sino, exclusivamente, por causa de seguridad nacional o de necesidad pública, declarada por ley y previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio. Hay acción ante el Poder Judicial para contestar el valor de la propiedad que el Estado haya señalada en el procedimiento expropiatorio.
- c) A nivel nacional-legal, el artículo 923° del Código Civil prescribe: “La propiedad es el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Debe ejercerse en armonía con el interés social y dentro de los límites de la ley.

No obstante el carácter absoluto y perpetuo del derecho de propiedad, y según se puede apreciar de la normativa anteriormente referida, la propiedad privada tiene límites y limitaciones, lo cual explica Alberto Vásquez Ríos en los siguientes términos:

*“Así como hemos señalado que la propiedad es un poder pleno con tendencia a expresarse en una disponibilidad ilimitada, por lo tanto sin confines, esta se halla necesariamente en lucha continua con el idéntico poder de otro propietario; es claro entonces que tal estado de cosas nos llevaría al caos. Aquí es donde entra en función el Derecho al señalar el ámbito de la propiedad, sus confines y, por consiguiente, sus límites.”<sup>51</sup>*

Por ello, el derecho de propiedad faculta a su titular para usar, gozar, explotar y disponer de ella, siempre y cuando a través de su uso, se realice la función social que le es propia.

#### **a) Expropiación clásica**

El derecho de propiedad se encuentra reconocido por el artículo 2°, inciso 16 de la Constitución, según el cual: “Toda persona tiene derecho: 16) A la propiedad (...)”; así como por su artículo 70°, a tenor del cual: “El derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza”. Sin embargo, como cualquier derecho fundamental, el de propiedad no es un derecho absoluto, pues se encuentra limitado por disposiciones constitucionales expresas o por delimitaciones tacitas. Sin embargo, la privación de la propiedad, como consecuencia del ejercicio de la potestad expropiatoria del Estado, no constituye un supuesto de limitación del derecho, sino de sacrificio del mismo.<sup>52</sup>

En tal sentido, tanto la Administración Pública como la Jurisdicción Nacional, principales encargados de aplicar el Derecho, deberán ejercer sus funciones de regular o decidir sobre el derecho de propiedad de los administrados y justiciables atendiendo

---

<sup>51</sup> ECHAIZ MORENO, Daniel. “La expropiación y la confiscación”. En: Gaceta constitucional -- Tomo 43 (Jul. 2011), p. 44

<sup>52</sup> EXP. Nro. 0031-2004-AI/TC

a la aplicación uniforme de la ley para todos, salvo situaciones singulares, objetivas y razonables.

La expropiación podría definirse como un acto gubernamental de Derecho Público, que consistiría en la transferencia coactiva de la propiedad privada de un bien inmueble, desde su titular al Estado. Este acto para ser considerado conforme a Derecho requiere el previo pago de una indemnización justipreciada del bien materia de expropiación, así como que el motivo de expedición de la ley de expropiación se encuentre basada en cuestiones de seguridad nacional o de necesidad pública.

Es por ello que éste instrumento jurídico posee dos características típicas a tomar en cuenta, que la diferenciarían de cualquier transferencia libre de la propiedad, que suele darse en muchas transacciones comerciales. La primera de esas características sería que la transferencia de propiedad se dé de manera coactiva, es decir, sin el previo consentimiento del propietario del bien; y como segunda característica típica tendríamos el hecho de que el propietario del bien inmueble objeto de expropiación, tenga derecho a recibir como indemnización por el acto coactivo del Estado, el pago de un monto equivalente al valor económico del bien expropiado, lo cual diferenciaría esta figura jurídica de la confiscación.

En materia de expropiación se han dado críticas a la labor que ha venido realizando el Tribunal Constitucional, al momento de resolver este tipo de casos. Se ha señalado que el Tribunal Constitucional, ha venido mostrando una peligrosa tendencia a considerar la

propiedad como un derecho individualista<sup>53</sup>. En el sentido de que se argumenta de que el Tribunal no le ha estado prestando mucha importancia a los límites que posee todo derecho de propiedad, los cuales se encuentran fundados en el bien común, la utilidad social y la proscripción en el abuso de los recursos naturales.

Decisiones que se critican por parte de la doctrina, y que califican a éstas como provenientes de una tendencia “neoliberal” de la propiedad y la expropiación. En donde se señala que el Tribunal Constitucional se encontraría defendiendo principalmente el derecho de todo propietario a disponer libremente de los bienes que se encontrarían dentro de su radio de influencia jurídica, tutelándose el mero voluntarismo del dueño en hacer y deshacer:

*“Atar de manos al Estado en materia de expropiación es una forma de entender la propiedad desde una perspectiva individualista y no social, que suponíamos superada. Sin embargo, el influjo ideológico de las tendencias neoliberales, que se reducen a la frase **“no hay que cambiar el modelo económico porque los inversionistas se corren”**, empieza también a manifestarse en el ámbito jurídico, y nada menos que en las decisiones del máximo intérprete de la Constitución.”* (Énfasis agregado)<sup>54</sup>

Sin embargo, a pesar de las críticas que puedan existir en la doctrina, como la mencionada en la cita anterior, hay que tener en claro que desde la perspectiva constitucional, el derecho fundamental a la propiedad, como los demás derechos,

---

<sup>53</sup> GONZALES BARRON, Gunther Hernán. Crítica a la Tendencia neoliberal del Tribunal Constitucional en Materia de Propiedad y Expropiación. En: Gaceta constitucional -- Tomo 43 (Jul. 2011), p. 20

<sup>54</sup> *Ibíd.* p. 21.

posee un doble carácter: de derecho subjetivo y, a su vez, de institución objetiva valorativa.

La Constitución Peruana reconoce a la propiedad no solo como un derecho subjetivo individual, sino también como una institución objetiva portadora de valores y funciones. Dado su doble carácter, el derecho fundamental a la propiedad no es un derecho absoluto, sino que tiene limitaciones que se traducen en obligaciones y deberes a cargo del propietario, las cuales se encuentran previstas legalmente.

### **b) Expropiación Indirecta**

Uno de los primeros casos internacionales en el cual se tocó el tema de las Expropiaciones Indirectas, fue el caso de Pope & Talbot<sup>55</sup>, que fue visto en el Tribunal de Reclamaciones Irán – USA. Pope & Talbot Inc. era una empresa constituida en Norteamérica, la cual pertenecía a una empresa Canadiense dedicada a la exportación de madera.

En el caso, Pope & Talbot alegaba que la forma en que Canadá había implementado la Softwood Lumber Agreement (SLA) en el año de 1996 con los Estados Unidos, incumplía las obligaciones contraídas en la Sección A del Capítulo 11 del NAFTA (North American Free Trade Agreement). La norma SLA establecía un límite en la libre exportación de madera a los Estados Unidos, desde British Columbia, entre otros lugares.

---

<sup>55</sup> *Pope & Talbot, Inc. v Canada*, Interim Award (June 26, 2000) en <http://www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/nafta-e.asp>

En los alegatos de Pope & Talbot ante el Tribunal Arbitral establecido bajo el Capítulo 11 del NAFTA (“Tribunal NAFTA”), se alegaba que el Régimen de Control de Exportaciones implementado por Canadá, limitaba la capacidad del inversionista de llevar a cabo su negocio de exportación de madera hacia los Estados Unidos, expropiando de esa manera las inversiones realizadas por Pope & Talbot. Aunque Pope & Talbot reconoció que el Régimen de Control de Exportaciones, era una “medida no cubierta por el derecho internacional consuetudinario, respecto a las definiciones o interpretaciones que se dan al termino expropiación”.

Sin embargo, este alegaba que la frase “medida equivalente a una expropiación” contenida en el párrafo 1, del Artículo 1110<sup>56</sup>, en el Capítulo 11 del NAFTA, no hacía más que ampliar la definición de expropiación en el derecho internacional consuetudinario, pudiendo incluirse también dentro de dicha definición las medidas establecidas dentro del nuevo Régimen de Control de Exportaciones.

En ese sentido, Pope & Talbot Inc. señalaba que esta norma era similar al Párrafo 1, del Artículo 2°, de la Declaración de Solución de Reclamaciones<sup>57</sup>, el cual confería al Tribunal de Reclamaciones Irán – Estados Unidos jurisdicción para decidir, en adición a

---

<sup>56</sup> Article 1110, para 1, of NAFTA provides:

No Party may directly or indirectly nationalize or expropriate an investment of an investor of another Party in its territory or take a measure tantamount to nationalization or expropriation of such an investment ("expropriation"), except:

- (a) for a public purpose;
- (b) on a non-discriminatory basis;
- (c) in accordance with due process of law and Article 1105(1); and
- (d) on payment of compensation in accordance with paragraphs 2 through 6.

<sup>57</sup> Article II, para 1, of the Claims Settlement Declaration provides in relevant part:

An international arbitral tribunal (the Iran-United States Claims Tribunal) is hereby established for the purpose of deciding claims of nationals of the United States against Iran and claims of nationals of Iran against the United States, and any counterclaim which arises out of the same contract, transaction or occurrence that constitutes the subject matter of that national's claim, if such claims and counterclaims . . . arise out of debts, contracts . . . expropriations or other measures affecting property rights.



las reclamaciones que surgían de “expropiaciones”, las reclamaciones que aparecían de “otras medidas que afectaran los derechos de propiedad”. Sin embargo, el Tribunal NAFTA denegó a Pope & Talbot su demanda de expropiación.

Para llegar a esta decisión, el Tribunal NAFTA rechazó la interpretación de Pope & Talbot Inc., respecto a la frase “medida equivalente a una expropiación” contenida en el párrafo 1, del Artículo 1110 del NAFTA. En la visión del Tribunal NAFTA, “tantamount” significaba no más que equivalente, y “haciendo referencia a las decisiones del Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, ignoró el hecho del mandato del tribunal de poder ampliarse “expresamente” más allá de lo que se entiende por expropiación para incluir “otras medidas que afectan los derechos de propiedad”.

No queda muy claro que es lo que el Tribunal NAFTA quiso decir en esta última cita. Si eso significaba que, debido a la jurisdicción del Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos sobre “otras medidas que afectasen derechos de propiedad” podría extenderse más allá de lo que el Derecho Internacional Consuetudinario entendía por expropiación, entonces sus decisiones respecto a “otras medidas” representarían **lex specialis**, el cual sería solo de aplicación dentro del contexto del Tribunal, por lo que si ello fuera así, el Tribunal NAFTA estaría en lo correcto.

Pero, si por otro lado, lo que el Tribunal hubiese querido decir, es que todas las decisiones del Tribunal de Reclamaciones Irán – Estados Unidos representan **lex specialis**, entonces el Tribunal NAFTA estaría equivocado al no poder tomar en

consideración otras decisiones de éste. Ya que generalmente, como demuestran las posteriores decisiones a este caso adoptadas por el Tribunal de Reclamaciones Irán – Estados Unidos en materia de expropiación, el Tribunal casi siempre ha basado sus conclusiones en el Derecho Internacional Consuetudinario, y por lo tanto, sus laudos han tenido relevancia práctica en una amplia variedad de casos que han ido apareciendo bajo el NAFTA.

Por lo tanto, la jurisprudencia del Tribunal de Reclamaciones Irán – Estados Unidos con respecto a expropiaciones, sobre todo indirectas, ha sido un cuerpo de conocimiento muy importante que los tribunales arbitrales han ido armando bajo el Capítulo 11 del NAFTA.

Al respecto, debemos decir que el Tribunal de Reclamaciones Irán – Estados Unidos (El Tribunal) empezó decidiendo reclamaciones respecto a expropiaciones de propiedad en el año de 1983, y hasta la fecha ha emitido aproximadamente más de 60 laudos en esta materia. El Tribunal se ha basado en varias fuentes, incluyendo el Derecho Internacional Consuetudinario, al momento de decidir los casos.

Debido a que sus laudos son publicados, el Tribunal contribuyó al gran cuerpo de precedentes en Derecho Internacional Público, producido por cualquier otro cuerpo internacional de Reclamaciones. Debido a que los casos de expropiaciones presentados ante el Tribunal se han presentado con hechos que le son particulares a

cada caso, teniendo el Tribunal la oportunidad de examinar una amplia variedad de acciones estatales alegadas como expropiaciones indirectas.

En adición a la principal interrogante de qué constituye una expropiación bajo el derecho internacional, el Tribunal ha resaltado otras importantes interrogantes, incluyendo aquellas relacionadas a la fecha de la expropiación, la adjudicación de las acciones expropiatorias al Estado, el estándar de compensación, y la tasación o valoración de la propiedad.

En ese sentido, el Tribunal estableció un tipo de estándar para poder determinar la ocurrencia de una expropiación indirecta<sup>58</sup>:

*"It is recognized in international law that measures taken by a State can interfere with property rights to such an extent that these rights are rendered **so useless** that they must be deemed to have been expropriated, even though the State does not purport to have expropriated them and the legal title to the property formally remains with the original owner."*

En otros laudos, y usando quizás un estándar menos estricto que el de "inutilidad", algunas Cámaras del Tribunal, han señalado que una expropiación compensable ha ocurrido bajo el derecho internacional, cuando:

*"Whenever events demonstrate that the owner was deprived of fundamental rights of ownership and it appears that this deprivation is not merely ephemeral."<sup>59</sup>*

---

<sup>58</sup> Charles N. Brower and Jason D. Brueschke, *The Iran-United States Claims Tribunal* 669 (Martinus Nijhoff 1998).

Finalmente, respecto a la pregunta de si la intención de un gobierno a expropiar es un pre requisito para determinar un acto como expropiatorio bajo el Derecho Internacional Consuetudinario, el Tribunal, en dos simultáneos laudos (emitidos por dos diferentes Cámaras), parecería que se siguieran dos tipos de conclusiones. En **Sea-Land Service Inc. el Tribunal estableció lo siguiente:**

*"Finding of expropriation would require, at the very least, that the Tribunal be satisfied that there was deliberate governmental interference with the conduct of Sea-Land's operation, the effect of which was to deprive Sea-Land of the use and benefit of its investment."*

A diferencia de este laudo, en el caso **Tippetts**<sup>60</sup>, el Tribunal estableció lo siguiente, la cual viene siendo la postura actual de la mayoría de tribunales arbitrales, conociéndose como la doctrina del "sole effect":

*"The intent of the government is less important than the effects of the measures on the owner, and the form of the measures of control or interference is less important than the reality of their impact."*

El Tribunal también ha señalado que el hecho de que un Estado haya actuado legalmente en concordancia con sus propias leyes o que haya sido motivado por problemas financieros, económicos o sociales, no daría bajo el Derecho Internacional

---

<sup>59</sup> OECD. Indirect Expropriation and the Right to Regulate in International Investment Law. OECD Working Papers on International Investment 2004/04, p. 12.

<sup>60</sup> *Tippetts, Abbett, McCarthy, Stratton v TAMS-AFFA*, Award No 141-7-2 (June 29, 1984), reprinted in 6 Irán-US CTR 219, 225 (resaltando además el principio que una expropiación de propiedad ha ocurrido bajo el Derecho Internacional "a través de la interferencia por un Estado en el uso de la propiedad o respecto al disfrute de sus beneficios, incluso cuando el título legal de la propiedad no haya sido afectado").

Consuetudinario, un argumento de defensa al Estado respecto a una reclamación de expropiación. En **Phelps Dodge**, el Tribunal señaló:

*"The Tribunal fully understands the reasons why the Respondent felt compelled to protect its interests through this transfer of management, and the Tribunal understands the financial, economic and social concerns that inspired the law pursuant to which it acted, but those reasons and concerns cannot relieve the Respondent of the obligation to compensate Phelps Dodge for its loss."*

El Tribunal confirmó este enfoque en siguientes laudos. Por ejemplo, en **Birnbaum**<sup>61</sup>, el Tribunal, citando el caso **Phelps Dodge**, concluyó que:

*"For the purpose of establishing the Respondent's liability for the deprivation of the Claimant's ownership rights, it is immaterial whether or not the Plan and Budget Organization may have been justified under the Law of 16 June 1979 in appointing a provisional manager for AFFA."*

El Tribunal siempre ha considerado dentro de sus laudos las distintas alegaciones de los Estados respecto a las Expropiaciones. Ello se ha visto, por ejemplo, en un gran número de casos en los cuales se vio la designación de personas por agencias del Gobierno Iraní ocupando cargos de supervisión o administración de empresas Iraníes en las cuales los demandantes norteamericanos poseían intereses de propiedad.

En la mayoría de casos, los administradores designados por el Gobierno habían remplazado a los administradores originales designados por los propietarios. Esas

---

<sup>61</sup> Birnbaum v Iran, Award No 549-967-2, (July 6, 1993); Payne v Iran, Award No 245-335-2, (Aug 8, 1986); Phelps Dodge Corp v Iran, Award No 217-99-2, (Mar 19, 1986).

designaciones, que en su momento fueron definidas como “provisionales” o “temporales”, fueron hechas en base a la legislación promulgada por la República Islámica de Irán en cuanto al propósito de este en asegurar o proteger las industrias críticas, protegiendo de esta manera los intereses tanto de los trabajadores iraníes y del gobierno en la continuidad de operaciones de ciertas empresas.

En muchos casos, por no decir la mayoría, donde Irán designó una persona para supervisar o administrar una empresa, el Tribunal encontró en aquellos casos que una expropiación indirecta había ocurrido.

### c) Creeping Expropriation

Las prohibiciones en contra de las expropiaciones de la propiedad privada son muy antiguas en todos los sistemas legales, donde antiguamente se tenían que dar cuatro condiciones para que una expropiación pueda ser considerada como tal: 1) La propiedad en cuestión es igualmente valorada por el demandado como por el demandante, 2) La expropiación por el demandado es consciente y deliberada, 3) La expropiación es lograda por el acto directo del demandado, sin ninguna asistencia o intervención por terceras personas o eventos naturales, y 4) La expropiación tiene que haberse dado por la totalidad de la cosa, y no solo de una parte de ésta.<sup>62</sup>

Pero en la actualidad, ya no se concibe a la expropiación solo como el traslado del título de propiedad de una persona a otra, o de una persona hacia el Estado. Ello,

<sup>62</sup> EPSTEIN, Richard. Takings: Private property and the Power of Eminent Domain. *Harvard University Press*. p. 35.

debido a que existen formas de expropiación que se encontrarían camufladas bajo la potestad regulatoria del Estado, la cual consiste en que el Estado haciendo uso de su poder de regulación puede emitir normas o cambiar las ya existentes, sin necesidad de compensar a las personas que potencialmente podrían verse perjudicadas, de forma sustancial, por este cambio de las reglas de juego.

Este cambio de normas, no solo se puede dar directamente frente a la emisión de un solo dispositivo legal, sino que dicho cambio de la realidad jurídica también puede llevarse a cabo a través de la implementación de una serie de normas en el tiempo, cuyo propósito es el reglamentar una determinada actividad económica, con o sin la intención manifiesta de querer perjudicar la propiedad de determinados inversionistas, pero como ya hemos visto en el punto anterior, la mayoría de los tribunales actualmente vienen acogiendo la teoría del efecto único (sole effect), en donde no resulta relevante la intencionalidad del Estado al momento de ocurrir la expropiación, sino los efectos de ésta en detrimento de la inversión.

Esta promulgación de normas en el tiempo, con el propósito de modificar la realidad jurídica de un determinado sector económico, que puede terminar perjudicando la propiedad privada de los inversionistas, es lo que se conoce como Creeping Expropriation. Lo cual no siempre es fácil de determinar, ya que su estudio debe darse caso por caso. Por lo que a diferencia de lo fácil que era en la antigüedad la ocurrencia de una expropiación, sobre todo directa, en donde bastaba que las cuatro condiciones señaladas al inicio se dieran de manera conjunta para determinar de forma rotunda la

existencia de una expropiación, en las expropiaciones regulatorias, y sobre todo en la Creeping Expropriation, hay que analizar cuidadosamente cual fue la intencionalidad del Estado. Pero más que la intencionalidad, hay que determinar con claridad si en verdad se llegó a perjudicar sustancialmente el derecho de propiedad de los inversionistas.

Dado que, como todos sabemos, la creación y operación de empresas conlleva en sí mismo una serie de riesgos, por lo que no todo cambio de normas que emita el Estado, y que de alguna manera pudiera perjudicar a las empresas, tendría que ser considerado como una expropiación. Ya que de esta manera el cambio de regulación llegaría a ser considerado un lujo que solo podrían realizar aquellos países que tengan la capacidad de compensar a cualquier inversionista que se haya visto perjudicado por los cambios normativos, a pesar de que haya sido mínimo el perjuicio ocasionado a su derecho de propiedad.

Es así que durante el tiempo de posesión, las personas podemos sufrir una serie de restricciones en nuestro derecho de propiedad. Como por ejemplo, a través de la regulación se puede requerir a los propietarios el permitir a otras personas el obtener acceso y poder ingresar a la propiedad de los primeros. Incluso a través de la regulación se puede limitar los bienes que pueden ser vendidos y a que precios podrían ser estos vendidos en el mercado.



Sin embargo, si bien todas esas limitaciones a la propiedad no son una expropiación total de éstos bienes, si significarían en la práctica una expropiación parcial de este derecho, que resulta ser un perjuicio tolerable para el propietario, dado que ello no significa un daño sustancial a su propiedad. Ya que como bien sabemos, la regulación emitida por el Estado generalmente va dirigida a un gran número de personas que se encuentran en una misma situación jurídica, teniendo como respaldo el propósito público (public purpose).

Es así que al decidir si ciertas formas de regulación son irracionales, las cortes a menudo deben tomar en consideración la disminución en el valor ocasionado por la regulación en cuestión. Aunque generalmente las Constituciones Políticas de los países, como por ejemplo la Constitución Peruana no hacen ninguna mención respecto a las expropiaciones que se hayan llevado a cabo como efecto de la disminución del valor del bien. Es por ello que no se protege la disminución del valor económico del bien como consecuencia de la acción del Estado.

El punto básico es determinar si aquellas disminuciones en el valor del bien son consideradas como sustanciales, dado que de no ser así tal disminución debería ser considerado como **damnum absque iniuria**, y por lo tanto, no susceptible de ser compensado por parte del Estado.

Sin embargo, en el caso de las expropiaciones indirectas no solo se toma en cuenta la disminución del valor económico de la propiedad per se, sino que dicha disminución se

haya dado como efecto del perjuicio sufrido por el inversionista en su derecho de propiedad.

Por lo que, con las varias restricciones que pueden darse sobre los atributos del derecho de propiedad (poseer, usar y disposición), la doctrina del **damnum absque iniuria** no es de ninguna ayuda en el caso de las creeping expropriation. Sin embargo, hay también que tener en cuenta que estos cambios de regulación que realiza el Estado y que potencialmente pueden perjudicar las inversiones de los inversionistas, tanto nacionales como extranjeros, siempre tienen como acto de defensa del Estado, el argumento del deber de Policía de éste.

Exactamente, el deber de Policía no se encuentra expresamente señalado en las Constituciones de los Estados, por ejemplo, en la Constitución Peruana no existe ninguna referencia expresa a éste, llegándose al Poder de Policía a través de una interpretación sistemática de los artículos de la Constitución Económica del Estado, debido a que, de manera particular, la Constitución Política del Perú, ha adoptado como política económica la de Economía Social de Mercado, y por lo tanto, el Estado no solo debe velar por el buen funcionamiento del libre mercado, sino que además debe vigilar que este se encuentre en concordancia con el bien común de la población peruana.

El Tribunal Constitucional peruano ha señalado que la configuración del Estado Social y Democrático de Derecho requiere de dos aspectos básicos: la exigencia de

condiciones materiales para alcanzar sus presupuestos, lo que exige una relación directa con las posibilidades reales y objetivas del Estado y con una participación activa de los ciudadanos en el quehacer estatal; y la identificación del Estado con los fines de su contenido social, de forma tal que pueda evaluar, con criterio prudente, tanto los contextos que justifiquen su accionar como su abstención, evitando que se torne en obstáculos para el desarrollo social.<sup>63</sup>

Es así que el poder de policía<sup>64</sup> mantiene un atributo inherente de soberanía dentro de todos los niveles de gobierno. Lo cual significaría, que este concepto es totalmente congruente con la teoría del Estado de naturaleza defendido por Locke<sup>65</sup>, requiriendo que las personas abandonen el estado de naturaleza solamente para obtener paz y seguridad en contra de potenciales agresiones de sus vecinos, como la misma frase Poder de Policía así lo sugiere.

Por lo que si hacemos un símil con el derecho de defensa de las personas, esgrimido dentro del Derecho Penal, respecto a que si las personas pueden justificar el uso de la fuerza en contra de las potenciales agresiones de terceros, entonces con mucha mayor razón, se podría decir que el Estado podría actuar de igual manera en representación de sus ciudadanos. Obviamente que el uso de la fuerza por parte del Estado, debe hacerse dentro de las facultades que Constitucionalmente se le ha otorgado en circunstancias bastante específicas.

---

<sup>63</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL – PLENO JURISDICCIONAL 00034-2004-PI/TC

<sup>64</sup> El poder de policía, es aquel poder que permite a las autoridades nacionales limitar la libertad y la propiedad de los administrados mediante el ejercicio de la coacción, y cuya finalidad no es otra que posibilitar el ejercicio de los derechos y libertades de los propios ciudadanos.

<sup>65</sup> Para poder acceder a un ensayo en el cual se estudia la comparación entre el Estado de Naturaleza de Locke y el Poder de Policía, es necesario ingresar al siguiente link: <http://www.politicas.unam.mx/sae/portalestudiantil/politica-administracion/teoria-filosofia/pdf/EnsayoLocke.pdf>

Es por ello, que se han dado ciertas posiciones en contra de las expropiaciones indirectas, como de las creeping expropriations, las cuales señalan que el Estado no debería de pagar ningún tipo de compensación a los inversionistas afectados por estos cambios normativos, en base a su Poder de Policía:

*“There are, however, certain powers, existing in the sovereignty of each State in the Union, somewhat vaguely termed police powers, the exact description and limitation of which have not been attempted by the courts. Those powers broadly stated and without, at present, any attempts at a more specific limitation relate to the safety, health, morals, and general welfare of the public.”<sup>66</sup>*

Actualmente, se podría decir que el test que se hace para determinar si la actuación del Estado es válida o no, es ver si dicho acto se basa en una ley, siendo éste un test bastante formalista. Lo que dicho test completamente ignora es la conexión entre el Poder de Policía y la necesidad de mantener la paz y el orden público, es decir, habría que determinar el grado de idoneidad entre la medida adoptada por el Estado y si esta efectivamente conlleva la satisfacción del propósito buscado por el Estado en nombre de la sociedad.

Sin embargo, los términos que suele usar el Estado, son términos muy abstractos, dentro de los cuales podrían encajar una gran cantidad de supuestos, con el fin de que el Estado pueda defenderse ampliamente frente a los detractores de las medidas adoptadas por este.

---

<sup>66</sup> Lochner v, New York. 198 U.S. 45, 53 (1905)

Por ejemplo, en la última cita, del caso *Lochner v. New York*, se utilizan términos bastante imprecisos, como la referencia a “salud” y “seguridad”, dentro de los cuales no puede distinguirse a qué tipo de salud o a qué tipo de seguridad se está haciendo referencia, pudiendo adoptar el Estado una actitud bastante arbitraria, al momento de ejercer su Poder de Policía, el cual puede darse, y se da muchas veces a través de las medidas regulatorias conocidas como las **creeping expropriations**.

#### d) Expropiación Tributaria

No habría nada de extraño el decir que el Estado peruano así como los muchos otros Estados, son totalmente capaces de establecer impuestos sobre algunas o todas las actividades de sus ciudadanos. Es decir, que los Estados dentro de su jurisdicción son libres de crear e imponer los tributos que consideren convenientes, siendo absoluto el poder de establecerlos. De hecho, las únicas limitaciones que podríamos encontrar sobre dicho poder del Estado, las podemos encontrar, por ejemplo, dentro de algunas normas constitucionales que limitarían el referido poder:

*“A general taxation scheme that imposes differential tax burdens upon blacks and whites, or upon men and women, will be struck down under the equal protections clause, but a uniform, higher-level tax upon newspapers will be struck down as a limitation upon the freedom of speech. The proposition that all taxes are subject to scrutiny under the eminent domain clause receives not a whisper of current support. The taxing power is placed in one compartment; the takings power in another. The first power is wholly untouched by the limitations imposed*

*upon the other. A confiscatory tax approaching 100 percent will be attacked in vain as arbitrary, but the attack is in the garb of substantive due process, not eminent domain.”<sup>67</sup>*

Hay que tener en cuenta que todo lo que pueda haber sido hecho bajo el nombre de “impuesto”, no es necesariamente un “impuesto”, ya que puede suceder que el Estado podría imponer un impuesto que grave fuertemente a los ciudadanos, de tal manera que les resulte difícil a estos poder cumplir con dicha carga tributaria. Y que por lo tanto, pueda probarse que en lugar de ser un impuesto, es una confiscación de la propiedad.

Dicha ilegalidad tendría su razón de ser, en que ésta iría en contra de lo que debe considerarse como función social de los tributos, ya que los tributos poseen como fin legítimo recaudar dinero para poder destinarlos a la prestación de servicios públicos, por lo que el obligar a los ciudadanos el aportar a través de los impuestos, a otros fines que no se encontrarían relacionados con prestaciones de interés público, no podría ser considerado como un legítimo ejercicio del poder de tributación que poseen los Estados:

*“The public purpose principle was a response to the belief that government powers should not be exercised so as to deprive a person (either natural or corporate) of his property unless he be guilty of a crime or of civil delinquency or unless he receive some more or less direct compensation for that which was taken from him.*

---

<sup>67</sup> EPSTEIN, Richard. Private property and the Power of Eminent Domain. Harvard University Press. p. 284.

*The State and Federal constitutions had explicitly provided for direct compensation to those persons whose property was taken by the government in the exercise of the power of eminent domain, but no provision had been made for compensatory benefits when property was taken through the avenue of taxation. The judiciary obviously could not insist that every taxpayer receive equal benefits, nor did the judges ordinarily attempt to measure the amount of taxes against the amount of benefit.*

*But the courts did require that the purposes for which taxes were levied and appropriations were made be such that there was a reasonable prospect that some direct benefit would or could accrue to the taxpayer as a member of the body politic.”<sup>68</sup>*

Como podemos observar, los elementos de la expropiación también pueden darse en un contexto de tributación: no discriminación, principio de legalidad, uso público y compensación. Por ejemplo, supongamos que se pavimenta una avenida, y que dicha pavimentación provee \$200 de beneficios a las personas cuyas propiedades son colindantes a dicha avenida, y que el costo de dicha pavimentación es de \$100.

Además, asumamos que existen otras personas ajenas a la comunidad, que también usarán dicha avenida y que por lo tanto también gozaran de los beneficios de su pavimentación. En principio, toda avenida para poder mantenerla en buen estado debe ser pavimentada en algún momento, lo que nos llevaría a preguntarnos ¿Cómo podremos financiar dicho proyecto? Una posible respuesta es que los propietarios colindantes a dicha avenida, directos beneficiarios de su pavimentación, decidan voluntariamente aportar a dicho proyecto.

---

<sup>68</sup> Clyde E. Jacobs, Law Writers and the Courts, en: EPSTEIN, Richard. Private property and the Power of Eminent Domain, p. 285

Sin embargo, como ya señalamos, siendo la avenida un bien público (consumo no rival y altos costos de exclusión), existirán terceras personas que se beneficiaran de la inversión realizada por el aporte voluntario de los propietarios colindantes. Por lo que todos preferirán que la avenida sea pavimentada sin tener que gastar ni un sol para ello. El efecto de ello sería que la mejora, en este caso de la avenida, muy posiblemente no llegue a ejecutarse, dejando a todos en peores condiciones a falta de la intervención pública. Bajo la cláusula del eminent domain (cláusula expropiatoria), el obstáculo del uso público sería fácilmente superado, siempre y cuando el excedente sea dividido entre los propietarios afectados.

Es por ello que en base al ejemplo anterior, podemos ver que la mayoría de personas obviamente quisiéramos disfrutar de aquellos servicios públicos que nos proporciona el Estado, pero sin tener que aportar un sol para ello, o que en el caso de que se nos obligue a aportar, sean solo los contribuyentes los únicos que puedan disfrutar de los beneficios, eliminando de esta manera a los free riders. Por eso es que el Estado se ve en la necesidad de establecer y fiscalizar el cumplimiento de los impuestos, para que, de esta manera, puedan solventarse la prestación de servicios públicos, debido a que dicho aporte no se daría voluntariamente. Pero, los impuestos establecidos por el Estado deben ser pagados por los ciudadanos, de manera directamente proporcional a sus ingresos, impidiendo de esta forma que las personas vean vulnerada su subsistencia con tal de cumplir el pago de impuestos, neutralizándose de esta forma la confiscación ilegítima:



*“The supreme Court in United States v. Ptasynski did not so much as mention the takings arguments, which were effectively undercut by its own precedents. But the issue raised in the case –that the tax was invalid because it was not uniformly imposed, given that some Alaskan oil was not subject to the special tax- bears a close kinship to the disproportionate impact test, even if uniformity under the Constitution only refers to geographical uniformity. There are good reasons why uniformity should be treated as an absolute condition for all taxes it governs. It is a clear way to prevent favoritism between states and the rent-seeking behavior that this can induce, and as the Supreme Court has noted, the provision was enacted in all likelihood with that end in view.”<sup>69</sup>*

Podemos decir que tanto la expropiación como los tributos poseen una estrecha relación con el derecho de propiedad, y es por ello que también tienen relación con las limitaciones que implica el interés público, dándose de esta manera, a través de la institución de la expropiación, una verdadera garantía constitucional del propietario frente al Estado. Ya que como hemos visto, el Estado tiene el poder de tomar derechos o bienes de los sujetos para aplicar estos al logro de objetivos de utilidad pública o de interés social, lo cual debe darse sin llegar al despojo arbitrario de la propiedad de los ciudadanos. Siendo que en el caso de darse una expropiación, el Estado tendría la obligación de compensar el perjuicio sufrido por la persona a su derecho de propiedad, mediante la equivalente sustitución de valores en su patrimonio.

Se podría decir también que en temas tributarios no se hace referencia explícitamente a expropiaciones, sino a “confiscaciones”, en este caso, ilegítimas de la propiedad de

---

<sup>69</sup> EPSTEIN, Richard. Op. Cit. p. 292

los contribuyentes. Estableciéndose dicho principio en muchas constituciones, entre ellas la peruana, siendo una garantía de inviolabilidad de la propiedad privada a través de los tributos.

Con esta norma prohibitiva, los Estados reconocen que los tributos podrían tener el efecto práctico o indirecto indeseable de una confiscación, es decir, de una apropiación ilegítima por parte de la autoridad tributaria, en nuestro caso la SUNAT, del patrimonio de los ciudadanos, cuando el pago de los tributos excedan los límites de la razonabilidad, por caer en desproporción entre las cargas impuestas y la capacidad económica del contribuyente, por no haber correspondencia entre el fin perseguido por la norma y el medio elegido para concretarlo, por sustraer una parte sustancial de la renta del contribuyente, o por perjudicar en la práctica el derecho de propiedad, o cualquiera de sus atributos.

#### e) Deregulatory Expropriation

La cláusula de expropiaciones de la Fifth Amendment de la Constitución de los Estados Unidos de América señala: **“Nor shall private property be taken for public use, without just compensation”**, la cual no sólo es ampliamente aplicada para los casos de expropiaciones clásicas o de expropiaciones indirectas, sino que también ésta es citada por los tribunales norteamericanos en los casos de expropiaciones en donde lo que se tiene es una total desregulación de un determinado sector económico, comúnmente enfocado en el sector de los servicios públicos. Teniendo como objetivo

dicha desregulación, el poder trasladar a dicho mercado los beneficios de la competencia, siendo propuesto e implementado en todos los niveles de gobierno:

*“Courts will soon face a third genre of takings cases that will make the past analysis of regulatory takings seem simplistic by comparison. Regulatory change is precipitating the competitive transformation of network industries served by public utilities long presumed to be natural monopolies and subjected to extensive price regulation.*

*The takings issue arises because those utilities assumed obligations to serve in return for the regulator’s assurance that the utilities would earn a competitive return on invested capital, along with compensation for the full cost of providing service. In that relationship regulators protect the utility’s opportunity to earn a competitive return by controlling entry into the firm’s market, restrict the maximum earnings of the utility through rate setting, and establish service requirements through universal service, carrier of last resort, and other rules.”<sup>70</sup>*

El Estado cometería el Deregulatory Taking, cuando al pasar de un mercado regulado a uno de libre competencia, no traslada los beneficios de esta nueva regulación de competencia a las empresas que ya se encontraban operando, sino que mantiene las obligaciones emanadas de la regulación establecida en un primer momento para estas, mientras que de manera simultánea establece requerimientos de entrada bastante accesibles para los nuevos competidores, originando con ello que las empresas ya existentes, generalmente monopolios u oligopolios, se encuentren de un momento a otro en total desventaja frente a los nuevos competidores.

---

<sup>70</sup> GREGORY, Sidak and SPULBER, Daniel. Deregulatory takings and the Regulatory Contract. Cambridge University Press. p, 4.

En este punto, hay que tener en cuenta que en la afectación a inversionistas se debe tener presente el artículo 61° de nuestra Constitución, el cual señala que el Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios. La prensa, la radio, la televisión y los demás medios de expresión y comunicación social; y, en general, las empresas, los bienes y servicios relacionados con la libertad de expresión y de comunicación, no pueden ser objeto de exclusividad, monopolio ni acaparamiento, directa ni indirectamente, por parte del Estado ni de particulares<sup>71</sup>.

Dado que las prácticas restrictivas o limitativas de la libre competencia, son bastante comunes en nuestro país. Se trata básicamente de las prácticas concertadas llevadas a cabo por “carteles” de productores. Este es el caso de asociaciones gremiales o simples agrupaciones de proveedores de bienes y servicios sustitutos entre sí para concertar el precio, las condiciones de comercialización, la distribución del mercado, etc. Prácticas que el Estado se encuentra en la obligación de reprimir a través de la emisión de normas que coadyuvan a la realización de la libre competencia.

Esta desventaja en el referido tipo de expropiación se origina por el hecho de que mientras el Estado mantiene las obligaciones originarias respecto de las empresas ya existentes, no sería así para los nuevos competidores. En cuanto éstos no se ven obligados a cumplir con dichas obligaciones, o en el caso de que tuvieran que

---

<sup>71</sup> Al respecto, la Constitución de 1979 ya había prohibido los monopolios, consagrando con ello una norma no solo incumplida, sino imposible de cumplir. Los monopolios existieron durante toda la vigencia de la Constitución, y hubiesen seguido existiendo en economías pequeñas como las nuestras aun en el caso de que la norma hubiera seguido vigente:

cumplirlas, éstas serían más fáciles de acatar. Dado que la desregulación del mercado, torna este en más accesible, facilitando de esta manera el que estos puedan superar fácilmente las barreras de entrada ha dicho sector económico.

Establecer un tratamiento distinto a los nuevos competidores frente a las empresas ya existentes, es considerado un trato discriminatorio entre ambas, generándose de esta manera la expropiación desregulatoria. Estas prácticas limitan la competencia en cuanto evitan que las empresas ya establecidas participen en el mercado, determinando en base a la oferta y la demanda, los precios de sus productos y servicios.

Los organismos reguladores generalmente requieren a las empresas prestadoras de servicios públicos, que provean determinados servicios universales a un precio fijo, independientemente del verdadero costo del servicio prestado. Es por ello que la regulación establecida desde un inicio, niega a las empresas existentes el poder establecer libremente sus precios, como muchas veces si es permitido para los nuevos competidores, colocando a las primeras en desventaja competitiva frente a las últimas. Estos nuevos competidores en los mercados regulados, por supuesto, tienen como primer objetivo aquellos usuarios a los cuales se les cobraba precios por arriba del costo de prestación del servicio, lo cual es fijado por el organismo regulador a la empresa regulada, a diferencia de otros usuarios a los cuales se les cobra precios por debajo del costo real:

*“Furthermore, deregulatory legislation may allow new entrants to avoid regulations that thwart the use of the least-cost production technology and thus may enable them to be more efficient producers than the incumbent public utility. As a consequence, when the state removes entry regulation, it will jeopardize the financial solvency of the public utility unless it simultaneously allows the utility to **“rebalance” its rate structure to eliminate the implicit subsidies and unless all firms in the market either share the costs of incumbent burdens or some third party explicitly reimburses the public utility for those costs.***

*In reality, however, federal regulatory agencies and state public utilities commissions (PUCs) –which are subject to the Takings clause through the Due Process Clause of the Fourteenth amendment- are allowing entry into regulated network industries before rates are rebalanced and the financing of special-service obligations is accomplished more efficiently and equitably.”<sup>72</sup>*

Hay que tener en cuenta que siempre es fácil para el Estado el cambiar de un momento a otro la política o dirección económica aplicada a un determinado sector económico, especialmente cuando se trata de la prestación de servicios públicos, pasando de un mercado regulado a un mercado de competencia, donde la interacción de los propios competidores es lo que determina las reglas a seguir y por lo tanto, van también simultáneamente moldeando el comportamiento de estos.

Ahora, tomando como referencia y haciendo un símil con la Deregulatory Taking, se puede decir que en el caso de los inversionistas peruanos frente a los extranjeros, lo que estaría haciendo el Estado en la práctica es limitar la libre competencia, al otorgarse a los extranjeros cierto tratamiento diferenciado proveniente de los BITs en el tema de las

---

<sup>72</sup> GREGORY, Sidak and SPULBER, Daniel, Op. cit. p. 5.

expropiaciones regulatorias (generando dos realidades distintas, una plasmada en el derecho domestico peruano y otra plasmada en los BITs). Ello, al tener la obligación de indemnizar a los inversionistas extranjeros, en los casos que ciertas medidas regulatorias del Estado perjudique sustancialmente su inversión, lo cual haría que estos compitan de manera totalmente desproporcionada frente a los inversionistas peruanos.

Pero lo que las autoridades no toman en cuenta, en el caso de las Deregulatory Expropriation, ya sea por desconocimiento, o porque simplemente prefieren no encarar la realidad, es el hecho de que fomentar la transición de un mercado regulado a uno de competencia, si bien trae beneficios para los consumidores, el costo de implementación de este, no es uno igual a cero, ya que las empresas van a tener que adecuar sus estrategias al nuevo ambiente de competencia.

Por ejemplo, en Estados Unidos la llegada de competencia a los mercados de Telefonía Local y en los de Energía Eléctrica evitó la recuperación, a través del nuevo esquema de precios determinado por el mercado, de los costos en los cuales las empresas ya establecidas habían incurrido para la prestación de los servicios públicos. Sin embargo, las autoridades que aplicaron esta desregulación no fueron conscientes de los daños que pueden generar este tipo de políticas, así como lo asombrosas que pueden resultar las pérdidas de las empresas, que hasta la entrada de los nuevos competidores fueron considerados monopolios.

Perdidas que se basan en gran medida en los gastos que estas tuvieron que realizar para poder ingresar al mercado, incurriendo en lo que se denomina “costos hundidos”, con la expectativa de que puedan recuperar su inversión en el largo plazo:

*“Electric utilities alone may face \$200 billion or more in “stranded costs” as a result of the growth of independent power producers and the advent of wholesale and retail wheeling. That is a public policy challenge at least as large as the savings and loan cleanup. Not surprisingly, state and federal regulators are already addressing the problem of stranded cost recovery in the electric power industry.*

*Critical questions in that policy debate include how stranded costs are defined, how they are measured, and what percentage of such costs the utility’s shareholders should bear. Pennsylvania, for example, enacted legislation that took effect in 1997 to ensure full recovery of stranded costs by electric utilities.*

*Some state PUCs, such as California’s, have announced that electric utilities may recover 100 percent of nonmitigable stranded costs through a nonbypassable competition transition charge, although at a reduced rate of return on investment to reflect the reduced degree of risk that utilities supposedly will face in recovering those costs.*

*Other state PUCs has advocated shareholder recovery of a lesser percentage. New Hampshire, for example, has proposed that shareholders of franchised electric utilities bear 50 percent of the burden of stranded costs caused by retail wheeling. But in local telephony, where substantial competitive entry is likely to occur before 2000, state and federal regulators are only beginning to address the issue of stranded costs.*



*Indeed, at least one state regulator, the California Public Utilities commission, has refused to consider testimony on the takings question in its proceedings on competition in local telephony until after it has ordered mandatory unbundling by that state's local exchange carriers. The Federal Communications Commission similarly deferred consideration of such recovery issues in its May 1997 order on reform of access charges for interstate calls.”<sup>73</sup>*

Por lo que, la pregunta que salta a la vista sería si los organismos reguladores deberían dar a las empresas ya establecidas la oportunidad de recuperar sus costos hundidos. Debido a que como hemos visto, los reguladores podrían introducir reglas de competencia que potencialmente impedirían a las empresas existentes, la oportunidad de recuperar los costos incurridos en la prestación del servicio brindado por ellos hasta el momento.

Dado que, como hemos visto, si bien la competencia podría permitir a estas empresas seguir prestando sus servicios, pero bajo el amparo de nuevas reglas, los reguladores podrían dejar intactas las obligaciones que venían asumiendo estas empresas en el antiguo esquema regulatorio. Tales acciones no hacen más que amenazar con confiscar la propiedad privada, afectando por ejemplo, el valor de las acciones, dado que resulta mucho más rentable invertir en una empresa, cuando se sabe que esta es la única prestadora del servicio en el mercado, que cuando tiene que competir con otras por una cuota del mismo. Pero si esta se somete a un ambiente de competencia, y no se le permite la adaptación a este nuevo esquema, lo que se origina es la

---

<sup>73</sup> GREGORY, Sidak and SPULBER, Daniel Op. cit. p. 10

afectación directa al derecho de propiedad de los accionistas o inversionistas, al ver mermadas las utilidades de la empresa, y por lo tanto los dividendos a recibir.

Hay que tener en cuenta, por otra parte, que la presencia de monopolios naturales, básicamente monopolios creados por el uso de nueva tecnología, provee la principal motivación para establecer industrias reguladas, y conjuntamente con ello, la imposición de barreras de entrada, controles de precios, y determinación de obligaciones para las empresas reguladas. Como el Profesor, ahora Juez, Stephen G. Breyer señaló: “The most traditional and persistent rationale for governmental regulation of a firm’s prices and profits is the existence of a natural monopoly. The end of natural monopoly technology, moreover, justifies deregulation of the network industries.”<sup>74</sup>

Por lo que, un determinado nivel de tecnología, se diría que podría crear la instauración del monopolio natural, siempre y cuando sea eficiente que una sola empresa pueda proveer al mercado de un determinado servicio, cuyo costo sea menor al costo en el cual pudieran incurrir dos o más empresas en la prestación del mismo.

Por ejemplo, si la tecnología a emplearse por una empresa de telefonía local o por una empresa de generación de electricidad o de transmisión presenta características de monopolio natural, ello quiere decir entonces que una sola empresa puede construir y a la vez operar dicho servicio público, a un costo menor que el que podrían incurrir por la prestación del mismo servicio dos o más empresas:

---

<sup>74</sup> BRYER, Stephen. Regulation and Its reform. *Harvard University Press*. 1982, p, 15.

*“If the firm’s cost function exhibits natural monopoly over a restricted range of outputs, then the existence of natural monopoly depends on the extent of market demand. With demand in the relevant range at some market price, production by one firm is less costly than by two or more firms. With an expansion in demand, efficient production would require an increase in the number of firms.*

*The natural monopoly justification for regulation has a distinguished history. The concept of natural monopoly is generally credited to John Stuart Mill, who emphasized the problem of wasteful duplication of transmission facilities that can occur in utility services. Leon Walras developed the connection between natural monopoly and regulation, with reference to the construction and operation of railroads.*

*The assertion that regulation served to capture the efficiencies of large-scale production while controlling market power characterizes the Progressive “public interest” view of utility regulation in the early part of the twentieth century. Several aspects of the definition of natural monopoly deserve special attention. That definition begins with a known technology, as represented by the natural monopoly cost function.*

*To assert that an industry is characterized by natural monopoly, one implicitly assumes that there is a single “best” technology that is commonly known, that all firms would have access to that technology, and that all firms operating that technology would be at the efficient production-possibility frontier. The natural monopoly cost function is a long-run cost function, so that investment can be adjusted to achieve the efficient level of capital investment required for operating at minimum cost for each output level.”<sup>75</sup>*

---

<sup>75</sup>GREGORY, Sidak and SPULBER, Daniel. Deregulatory takings and the Regulatory Contract. Cambridge University Press. p, 21.

Como hemos observado, el monopolio natural es la justificación económica más tradicional para regular un determinado mercado, como puede ocurrir con la telefonía local o en la distribución de electricidad. Pero tal justificación puede ir perdiendo fuerza, cada vez que la tecnología presente es superada por una nueva, no teniendo que esperarse mucho tiempo para que ello ocurra.

Dado que lo que una vez pudo haber sido un método de monopolio natural para prestar un determinado servicio público, puede ahora ser suplantado por un método de muy bajo costo, que no necesariamente tiene la necesidad de incurrir en costos hundidos para su ejecución. Este tipo de nuevos métodos de prestación de servicios públicos, lo podemos ver actualmente en la generación de electricidad, con la construcción de nuevas plantas cuya energía principal es el gas, lo cual también parece estar ocurriendo hoy en día en la telefonía local con el desarrollo de varias tecnologías inalámbricas.

Pero todos estos cambios no significan que el organismo regulador, pueda modificar la política de un determinado mercado de la noche a la mañana, transformando el mercado regulado a un mercado desregulado, sin desatenderse de las consecuencias que potencialmente podrían dañar la inversión de las empresas ya existentes. Por lo que el organismo regulador, debe tratar de que dicho cambio de regulación a uno de competencia, sea un cambio progresivo y respetando las inversiones de las empresas que ya se encuentran operando, dándoles la posibilidad de que estas puedan ir recuperando su inversión, así como que también puedan ir adaptándose a las nuevas

normas de competencia, con el fin de poder competir con las nuevas empresas entrantes, usando ambas las mismas “armas” jurídicas, que el nuevo sistema les da, buscando la eficiencia en sus operación, con el consiguiente beneficio para los usuarios de sus servicios.

No respetar el derecho de propiedad de los inversionistas, a través de la desregulación y así ir pasando a un sistema de competencia, dejando aun las obligaciones que se habían establecido en el anterior sistema, no hace más que afectar las legítimas expectativas de los inversionistas, disminuyendo sustancialmente sus ganancias, convirtiéndose ello en una expropiación, no como solemos conocerla, pero si en una expropiación desregulatoria.

### **2.3. Tratamiento de la expropiación dentro del marco jurídico nacional**

#### **2.3.1 Constitución Política del Perú**

El derecho de propiedad es un derecho fundamental que guarda una estrecha relación con la libertad personal, pues a través de él se expresa la libertad económica que tiene toda persona en el Estado social y democrático de derecho. El derecho de propiedad garantiza la existencia e integridad de la propiedad (corporal o incorporal) para el propietario, así como la participación del propietario en la organización y el desarrollo de un sistema económico – social. De ahí que en el artículo 70 de la Constitución se reconozca que el “derecho de propiedad es inviolable” y que el “Estado lo garantiza”.

Por ello, el derecho de propiedad faculta a su titular para usar, gozar, explotar y disponer de ella, siempre y cuando, a través de su uso, se realice la función social que le es propia:

*“De ahí que el artículo 70° de la Constitución precise que el derecho de propiedad se “ejerce en armonía con el bien común”. Y no solo esto; además, incluye el derecho de defender la propiedad contra todo acto que tenga efectos de privación en la integridad de los bienes protegidos”.<sup>76</sup>*

El derecho de propiedad es entendido como el poder de dominio que tiene la persona natural o jurídica sobre un bien mueble o inmueble posibilitando el ejercicio efectivo de sus atributos, tales como el uso, disfrute, disposición y el de reivindicación. La referencia a este derecho, como hemos visto, lo podemos encontrar en el artículo 70 de nuestra Constitución, la cual señala que el ejercicio del derecho de propiedad deberá realizarse en armonía con el bien común, lo cual haría entender que su ejercicio no vendría a ser irrestricto o ilimitado, en la medida que existen ciertas circunstancias bajo las cuales el Estado podría limitar su ejercicio real y concreto.

Teniendo que preguntarnos en qué circunstancias el Estado puede restringir el ejercicio del Derecho de Propiedad. Dichas circunstancias las podemos encontrar en el mismo texto del artículo 70° de la Constitución:

---

<sup>76</sup> EXP. Nro. 03258-2010-PA/TC

*“El Derecho de Propiedad es inviolable. El estado lo Garantiza. Se ejerce en armonía con el **Bien común** y dentro de los **Limites de la Ley**. A nadie puede privarse de su propiedad sino, exclusivamente, por causa de seguridad nacional o necesidad publica, declarada por ley, y previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio. Hay acción ante el Poder Judicial para contestar el valor de la propiedad que el Estado haya señalado en el procedimiento expropiatorio.”*

Como bien señala el artículo 70° de la Constitución, solo por causa de seguridad nacional o necesidad publica, declarada por ley, podría el Estado expropiar el bien en posesión de una persona natural o jurídica.

El acto de expropiación se encuentra definido en el artículo 2° de la Ley General de Expropiaciones – Ley N° 27117 (en adelante Ley de Expropiaciones), de la siguiente manera:

*“La expropiación consiste en la transferencia forzosa del derecho de propiedad privada, autorizada únicamente por ley expresa del Congreso en favor del Estado, a iniciativa del Poder Ejecutivo, Regiones o Gobiernos Locales y previo pago en efectivo de la indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio.”*

Asimismo, en el artículo 4° de la Ley de Expropiaciones se señalan las causales por las cuales puede expropiar el Estado:

*“En la ley que se expida en cada caso deberá señalarse la razón de necesidad pública o seguridad nacional que justifica la expropiación, así como también el uso o destino que se dará al bien o bienes a expropiarse.”*

La protección al derecho de propiedad también lo podemos encontrar en instrumentos internacionales, como la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, que en su artículo 17° señala lo siguiente:

*“Siendo la propiedad un derecho inviolable y sagrado, nadie puede ser privado de ella sino cuando la necesidad pública, legalmente constatada, lo exige claramente y con la condición de una indemnización justa y previa.”*

Esta norma de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de la Revolución Francesa que diera origen al texto constitucional francés de 1791<sup>77</sup> es simplemente una reafirmación de lo expresado en su artículo 2°, el cual señala:

*“La meta de toda asociación política es la conservación de los Derechos naturales e Imprescriptibles del Hombre. Estos derechos son: la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión.”*

Habría también que establecer ciertas diferencias entre la expropiación y la nacionalización, dado que dichos actos del Estado podrían ser considerados como iguales. Por su finalidad, la nacionalización se efectúa sobre derechos de propiedad de los medios de producción a la colectividad, transformando la titularidad privada a

---

<sup>77</sup> La Constitución Francesa de 1791, la primera constitución escrita de la historia francesa, fue promulgada por la Asamblea Nacional Constituyente el 3 de setiembre de 1791 y aceptada por Luis XVI el 14. Contenía la reforma del Estado francés, quedando Francia configurada como una monarquía constitucional. El preámbulo de la constitución francesa de 1791 fue la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano.



pública. A diferencia de la expropiación, mediante la cual el Estado se propone transferir la propiedad con un simple criterio de necesidad pública.

Se habla indistintamente de nacionalización y expropiación tanto en los medios de comunicación como en los foros más coloquiales. Es cierto que el resultado final es muy similar (un bien que considerado como propiedad privada pasa a estar bajo el dominio de una institución pública) pero inicialmente presentan ciertas diferencias. Así, por lo general, la nacionalización suele referirse a sectores o ramas de la actividad económica, es decir, comprenden todos los bienes, muebles o inmuebles, que son parte de una actividad (a modo sencillo de ejemplo podemos mencionar el sector de los hidrocarburos o el sector eléctrico que, en algunos países, de hecho han sido nacionalizados).

Asimismo, otros de los rasgos definidores de la nacionalización es que se podría calificar como un acto impersonal (se suele referir a todo un sector, independientemente de las empresas o activos que lo conforman y los posibles dueños de las mismas) mientras que la expropiación se dirige contra un bien individualizado o una empresa determinada (por ejemplo, en el caso español, la expropiación de RUMASA en los años 80).<sup>78</sup>

---

<sup>78</sup> Para mayor información, se puede acceder al siguiente link de una página argentina, la cual grafica muy bien las diferencias entre nacionalización y expropiación: <http://www.diariojuridico.com/opinion/expropiacion-y-nacionalizacion.html>

Dejando en claro la diferencia entre nacionalización y expropiación, en el artículo 70° de la Constitución Peruana, vemos que esta norma posee tres elementos para que proceda la expropiación:

- (i) la declaración expresa de que la propiedad es inviolable,
- (ii) el señalamiento de los límites al ejercicio de la propiedad, y;
- (iii) la regulación de la expropiación.

Con respecto al primer punto, en el cual se señala la inviolabilidad de la propiedad, podemos ver que lo mismo se decía en el artículo 125° de la Constitución Peruana de 1979:

*“La propiedad es inviolable. El estado la garantiza. A nadie puede privarse de la suya sino por causa de Necesidad y Utilidad Públicas o de Interés Social, declarada conforme a ley, y previo el pago en dinero de una indemnización que debe pagarse necesariamente en dinero y en forma previa.”*

Dicha referencia a la inviolabilidad de la propiedad también la podemos encontrar en la Constitución Peruana de 1933, en su artículo 29°:

*“La propiedad es inviolable, sea material, intelectual, literaria o artística. A nadie se puede privar de la suya sino por causa de utilidad pública probada legalmente y previa indemnización justipreciada.”*

Inviolable significa simplemente que nadie la puede afectar, desconocer o cuestionar, también quiere decir que el propietario no puede ser privado de su derecho, salvo que exista una decisión judicial para ello, dado que nadie puede violar la propiedad de un particular, inclusive el Estado. Debiendo por el contrario, “**garantizarla**”, es decir, asegurar que se respetará la propiedad y que la hará respetar. Hay pues una evidente relación entre la inviolabilidad de la propiedad que el Estado garantiza y debe asegurar, lo cual se encuentra reforzado por su inclusión como derecho fundamental en el artículo 2, inciso 16 de la Constitución:

**“Toda persona tiene derecho:**

**16. A la propiedad y a la herencia:**

*Por cierto, es perfectamente coherente que este derecho fundamental tan reconocido y protegido pueda ser defendido a través de la acción de amparo. La “inviolabilidad” de la propiedad en el texto constitucional está más referida a que el Estado no puede privar de ella a los particulares, salvo que sea a través de la expropiación.*

*Esto es así en la doctrina, y se infiere también del hecho de que a continuación de la inviolabilidad está consignada, casi de inmediato, la expropiación. En la Constitución de 1979 esto era más notorio porque la expropiación venía inmediatamente después de la declaración de inviolabilidad. En la Constitución actual se ha intercalado el tema del ejercicio y sus límites. Pero inmediatamente después viene la regulación de la expropiación.”<sup>79</sup>*

---

<sup>79</sup> AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. CAPITULO III: De la Propiedad. En: *La constitución Comentada: Análisis artículo por Artículo. TOMO I. Primera edición. Diciembre 2005.* p, 943.

El ejercicio del derecho de propiedad no es un derecho irrestricto, dado que posee limitaciones. Dichas limitaciones vendrían a ser dos, conforme al artículo 70° de la Constitución Peruana: el bien común y la ley. Ya que esta señala que la propiedad debe ejercitarse en armonía con el bien común y dentro de los límites de la ley. Como bien se ha señalado anteriormente, la Constitución de 1979 establecía que los bienes deben de usarse en armonía con el interés social, lo cual también se repetía en su antecesora, la Constitución de 1933, luego de su modificación en 1964. Cabe señalar que cuando se estaba discutiendo la Constitución actual, se dio un largo debate sobre este punto, por lo que se acordó remplazar la noción de interés social por la de bien común.

Si bien la referencia al interés social estuvo incluido en las Constituciones de 1933 y 1979, entre los Constituyentes de 1993 hubo temor respecto a mantener este concepto, porque simplemente el interés social había sido utilizado como causal expropiatoria de predios para la reforma agraria y de la fallida expropiación de la Banca:

*“El señor REY REY ®.- Gracias, Presidente. Yo suscribo la mayor parte de la discusión –en parte- filosófica que se ha hecho sobre el derecho de propiedad como un derecho natural de toda persona y de la necesidad indispensable de su reconocimiento legal. Reconozco también, evidentemente, la función social que tiene la propiedad, como lo dije en una interrupción que me concedió el doctor Kouri.*

*Pero quisiera hacerle, doctor, la siguiente observación teniendo en cuenta nuestra realidad. A mí me ha preocupado mucho el énfasis con el que ha defendido el doctor Ferrero para introducir en forma expresa en el texto constitucional “**el ejercicio de la propiedad en armonía con el interés social**”. Prefiero, por cierto, la concepción o la expresión que ha dado el doctor Chirinos, y explicaré porqué. Invocando el Interés social –nunca he negado la función social que tiene toda propiedad- Alan García pretendió estatizar la Banca. Invocando el Interés social se han cometido muchísimos abusos e irregularidades en nuestro país”.<sup>80</sup>*

Como bien se señala en el Diario de Debates del Congreso, el concepto de bien común tiene su origen en Encíclicas Papales. Siendo el bien general, el bien de todos, beneficiando a la generalidad de las personas, a diferencia del interés social que respondería a la conveniencia de un determinado sector social. Por ello, el concepto del Interés Social se incluyó para los efectos de la reforma agraria.

Dado que se trataba de favorecer a los campesinos, los cuales no eran propietarios de las tierras que trabajaban. La supresión de la expresión “interés social” podría originar que no se pueda limitar el ejercicio del derecho de propiedad atendiendo al interés de un pequeño grupo de pobladores.

---

<sup>80</sup> CONGRESO DE LA REPUBLICA. “Diario de los Debates-Debate constitucional Pleno 1993”. Tomo I, *Publicación oficial* 1998, pp. 894

Ahora, se señala que la propiedad también debe de ejercerse dentro de los límites de la ley. Por lo que la Constitución estaría admitiendo expresamente, que se dicten leyes que limiten o restrinjan la manera como el propietario podría ejercitar su derecho de propiedad. Parte de la doctrina señala por ello que parecería que la propiedad no sería un derecho absoluto, pero que en verdad ello no es tan cierto. Dado que la propiedad seguiría siendo un derecho absoluto a pesar de sus potenciales limitaciones. Siendo un derecho absoluto porque conferiría a su titular todas las facultades o atributos sobre el bien:

*“Hay casos en que la Ley establece restricciones. Por ejemplo, en materia de propiedad predial, el Código Civil contiene todo un sub-capítulo (artículos 959 al 964) que establece limitaciones por razón de vecindad; y el artículo 957 dice que la propiedad predial está sujeta a la zonificación, a los procesos de habilitación y subdivisión que determinan las disposiciones respectivas, por ejemplo el Reglamento de Construcciones.*

*Como consecuencia de esta normativa, el propietario de un terreno ubicado en zona residencial no puede destinarlo a actividad industrial. Es preciso señalar, sin embargo, que la ley que limite el ejercicio de la propiedad no puede llegar al punto de desnaturalizarla. ¿Cómo lo haría? Si en un determinado tipo de propiedad la ley restringiera algún atributo del propietario al extremo de hacerlo desaparecer, tal ley sería inconstitucional porque estaría privando al propietario de una facultad esencial.*

**No se trataría de una limitación sino de una desnaturalización de la propiedad.** La única vía para que el Estado prive a una persona de su derecho de propiedad es la expropiación, dice la norma bajo comentario. La expropiación es una institución de Derecho Administrativo, aun cuando sin duda tiene efectos

*en el ámbito del Derecho Civil porque produce la extinción del derecho de propiedad (Artículo 968 del Código civil)”<sup>81</sup>*

La expropiación como bien se señala en la Constitución se funda en que el interés público prima sobre el interés particular. Lo cual nos llevaría a suponer dos cosas: que las causales de expropiación se encuentren expresamente establecidas, para que de esta forma la expropiación no se encuentre a discreción de los gobernantes de turno; y como segundo punto, que el Estado pague al propietario el precio justo del bien expropiado. En cuanto a las causales o motivos que justifiquen la expropiación, la actual Constitución es más restrictiva que sus antecesoras de 1979 y 1933.

Debido a que hoy solo se puede expropiar por causa de seguridad nacional o necesidad pública. Como vimos anteriormente, la Constitución de 1979 autorizaba la expropiación por causa de necesidad y utilidad públicas o de interés social y la de 1933, modificada en 1964, señala que la expropiación podría darse por causa de utilidad pública o de interés social.

La necesidad publica aludiría a lo que es indispensable, **lo que el interés público requeriría en un momento determinado**, por ejemplo, la expropiación de los terrenos adyacentes al Aeropuerto Internacional Jorge Chávez, por parte del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, con el fin de que la empresa Lima Airport Partners (LAP) pueda empezar a realizar la segunda pista de aterrizaje del aeropuerto.

---

<sup>81</sup> AVENDAÑO VALDEZ, Jorge, Óp. Cit., pp. 944

El interés social a diferencia de la necesidad pública, sería aquello que beneficia a un grupo determinado, lo cual se dio en la Reforma Agraria. La Constitución de 1933, originalmente permitía la expropiación solo por causa de utilidad pública, sin embargo, para llevar a cabo la reforma agraria, se decidió la modificación de la Constitución, agregándose el interés social como causal expropiatoria.

Finalmente, como bien mencionamos, la Constitución actual es más restrictiva que las Constituciones de 1933 y 1979, dado que solo se puede expropiar por necesidad pública o por seguridad nacional. Por ejemplo, seguridad nacional vendría a ser todo aquello que respondería a la protección de la nación; como son los casos de conflictos armados con países vecinos o limítrofes.

De esta manera, en la medida que las causales de expropiación son más restringidas, vendría a ser mucho mayor la protección al derecho de propiedad. Cabe indicar que la mayoría de la doctrina señala que si bien en aras de salvaguardar el interés público, el Estado tiene el poder de privar al particular de su derecho de propiedad, ello no quiere decir que dicho poder de expropiar pueda significar también el no pago del bien expropiado, debido a que para que la expropiación pueda considerarse legal, el Estado debió haber realizado el previo pago en efectivo de la indemnización justipreciada, en la cual debe de estar incluido la compensación por el eventual perjuicio. Teniendo el propietario del bien expropiado, el derecho de recurrir al Poder Judicial para contestar el valor de la propiedad que el Estado haya señalado en el procedimiento expropiatorio.



Pero al no tener los nacionales las mismas prerrogativas que poseen los extranjeros, respecto a la obligación de compensación establecida en los BITS, la carga regulatoria que estos llevarían sobre sus hombros es mucho mayor, y por tanto, dicha carga no les permite actuar de manera libre en un mercado competitivo, restringiéndose de esta manera el crecimiento de las empresas peruanas, no solo al interior del país, sino también en mercados extranjeros.

### 2.3.2 Tratados internacionales y legislación

En este punto, debemos resaltar el hecho de que es ampliamente aceptado, tanto por la doctrina nacional como internacional<sup>82</sup>, la existencia de un Orden Público Económico Internacional, lo cual ha originado que actualmente tengamos una nueva rama dentro del Derecho Internacional Económico, como es la del Derecho Internacional de las Inversiones, el cual posee sus propias reglas y principios, los cuales si bien no se encuentran totalmente consolidados, debido a que van tomando fuerza y reforzando su contenido a través de los laudos que emiten los Tribunales Arbitrales Internacionales especialmente creados para resolver las diferencias que potencialmente puedan darse entre un inversor y el Estado.

Diferencias que podrían suscitarse producto del incumplimiento de los Contratos – Ley suscrito por el Estado con los inversionistas, el cual se encuentra establecido en el artículo 62° de nuestra Constitución, señalando que mediante contratos-ley, el Estado

---

<sup>82</sup> PEREIDA FREDES, Esteban. Orden Público Económico: una propuesta de conceptualización. Se puede acceder al artículo a través del siguiente link: <http://www.derechoyhumanidades.uchile.cl/index.php/RDH/article/viewFile/916/801>

puede establecer garantías y otorgar seguridades. No pueden ser modificados legislativamente. Además, debemos señalar que, por ejemplo, los contratos de estabilidad jurídica surgen en nuestro país en un contexto de transformación de la economía nacional y mundial. Las reformas iniciadas en los años noventa apuntaban a fortalecer la participación privada en la economía, lo que implicaba una apertura del mercado acompañado de un replanteamiento del rol del Estado en la economía y la eliminación de barreras de acceso al mercado.

Es en este nuevo Derecho Internacional de las Inversiones, en donde podemos encontrar los Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (en adelante APPRIs). Y según la página del Foreign Trade Information System<sup>83</sup>, el estado peruano ha suscrito hasta la actualidad un total de 29 APPRIs, lo cual no solo demostraría la apertura de nuevos mercados internacionales para el inversionista nacional, sino que ello también demuestra que actualmente el estado peruano es considerado como un potencial país, por lo menos en lo que se refiere a Sudamérica, de ingreso de capitales de inversionistas extranjeros.

Es por ello, que a fin de que los Estados sean considerados como potenciales países receptores de inversiones, es que una de las herramientas a usarse por estos son los contratos-ley, buscando garantizar a los inversionistas la estabilidad jurídica, manteniendo la vigencia de las normas que fueron determinantes para la inversión, de este modo, si durante la vigencia del contrato dichas normas fueran modificadas por el

---

<sup>83</sup> Se puede acceder a la página web, a través del siguiente link: [http://www.sice.oas.org/ctvindex/PER/PERBITS\\_e.asp](http://www.sice.oas.org/ctvindex/PER/PERBITS_e.asp)

Estado, estos nuevos dispositivos no se aplicarían a los inversionistas que celebraron estos contratos.

Sin embargo, habría que resaltar que los APPRIs, a diferencia de los Tratados de Libre Comercio (en adelante TLCs), no tienen como finalidad el que los Estados puedan abrir sus mercados a inversionistas extranjeros, dado que los APPRIs buscan proteger a los inversionistas y a las inversiones de éstos, ya establecidos en territorio extranjero.

Ello es fácil de descubrir al leer la parte introductoria de los APPRIs, por ejemplo, el Convenio entre el Gobierno de la República Argentina y el Gobierno de la República del Perú para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, el cual señala lo siguiente:

*“El Gobierno de la República Argentina y el Gobierno de la República del Perú, denominados en adelante las “Partes Contratantes”: Con el deseo de intensificar la cooperación económica para el beneficio mutuo de ambos países; **Con el propósito de crear condiciones favorables para las inversiones de los inversores de una Parte Contratante en el territorio de la otra Parte Contratante**; Reconociendo que la Promoción y la protección de las inversiones mediante un convenio pueden servir de estímulo a la iniciativa económica privada y a incrementar a la prosperidad en ambas Naciones”.* (Resaltado agregado)

Asimismo, el Convenio entre la República del Perú y la República Federal de Alemania sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, posee una introducción similar a la del Convenio anterior:

*“La Republica del Perú y la República Federal de Alemania, en adelante denominadas “las Partes Contratantes”; Deseosas de Intensificar la Cooperación económica para el beneficio mutuo de ambos países; **Con el propósito de crear condiciones favorables para las inversiones efectuadas por los nacionales o sociedades de una de las Partes Contratantes en el territorio de la otra Parte Contratante;** Reconociendo que la promoción y la protección de esas inversiones mediante un Convenio pueden servir de estímulo a la iniciativa económica privada e incrementar el bienestar de ambos pueblos”.*  
(Resaltado agregado)

Y por citar un último ejemplo, con el fin de ilustrar que muy por el contrario a lo que se pueda pensar que los APPRIs tienen una redacción similar o casi igual, a pesar que todos comparten el mismo espíritu de protección de las inversiones de sus nacionales. Podemos ver en el Acuerdo entre Australia y el Gobierno de la República del Perú respecto a la Promoción y Protección de las Inversiones, una redacción distinta, que pasaremos a transcribir tal cual se encuentra redactado en inglés, con el fin de no alterar su sentido:

*“Australia and the Republic of Peru (“the Parties”), **RECOGNISING** the importance of promoting the flow of capital for economic activity and development and aware of its role in expanding economic relations and technical co-operation between them, **particularly with respect to investment by investors of one Party in the territory of other Party;** **CONSIDERING** that investment relations should be promoted and economic co-operation strengthened in accordance with the internationally accepted principles of mutual respect for sovereignty, equality, mutual benefit, non-discrimination and mutual confidence; **ACKNOWLEDGING** that investments of investors of one Party in*

***the territory of the other Party would be made within the framework of the laws of that other Party; and RECOGNISING that pursuit of these objectives would be facilitated by a clear statement of principles relating to the protection of investments, combined with rules designed to render more effective the application of these principles within the territories of the Parties.”***

(Resaltado agregado)

Como hemos observado, estos tratados internacionales de promoción y protección recíproca de inversiones, son suscritos principalmente con un fin, el proteger a los inversionistas de otros países. Dado que a pesar de que tengan como título la “promoción y protección recíproca de inversiones”, su fin se centraría más en la protección que en la promoción.

Protección, que como bien se señaló anteriormente, se puede lograr también mediante la celebración de un contrato-ley, congelando un conjunto de normas que se mantendrían vigentes e inalteradas, y que le serán aplicables al inversionista en tanto dure el contrato. De esta manera, aun cuando estas normas se modifiquen para el resto de ciudadanos, tales modificaciones no alcanzarían al inversionista, dotando al conjunto normativo estabilizado mediante el contrato-ley, de una eventual vigencia ultractiva.

Aunque también podría alegarse que la promoción de las inversiones, puede a su vez realizarse de una manera distinta a la que se da en los TLCs, realizando su promoción a través del otorgamiento de una mayor cantidad de “protección” a los inversionistas de los países partes del Tratado. Dado que, tratándose de tratados suscritos con países

en vía de desarrollo, un tema muy importante a tomar en cuenta es el de las “expropiaciones”, ya que lamentablemente hemos visto a lo largo de la historia como es que estos países por razones políticas, han ido adoptando medidas de corte popular, las cuales siempre o casi siempre han tenido como centro de imputación de sus políticas, a las empresas de capitales extranjeros.

Ello debido a que las autoridades, por razones circunstanciales, se han visto de alguna manera presionadas de realizar ciertos cambios normativos con el fin de satisfacer determinadas demandas realizadas por la población. Es por ello que los APPRIs, tienen como uno de sus puntos centrales, el señalar expresamente la protección que debe de darse a los inversionistas frente a los potenciales cambios de normas que pueden realizar las autoridades, cuyos efectos resulten ser perjudiciales para sus inversiones.

Además, como se ha hecho referencia, los inversionistas también buscan protegerse mediante la celebración de contratos-ley con el Estado receptor de la inversión, dado que estos contratos traen consigo dos garantías, la primera de ellas consiste en que no pueden ser modificados por ley posterior, refiriéndose con ello a la intangibilidad de las cláusulas establecidas en el contrato, al texto contractual. De esta manera, el contrato se vuelve intocable por acto legislativo del Estado. La segunda garantía consiste en que el contexto legal que sirvió de base para la inversión tampoco podrá ser modificado para el inversionista o que, en todo caso, si las normas se modifican, los cambios no alcancen a aquel. Son dos garantías distintas pero estrechamente vinculadas.

Ahora, se puede decir que las normas de derecho internacional respecto a las expropiaciones de las inversiones de los inversionistas extranjeros han tenido desde mucho tiempo atrás, un lugar preponderante en los intereses de los inversionistas. Dado que dentro de todas las potenciales interferencias que podrían darse respecto a sus inversiones, se puede decir que la expropiación es el “rey” de las intervenciones, ya que el acto de expropiar significa quitar toda esperanza de recuperación de la inversión realizada, lo cual no solo se puede dar de manera física, mediante la transferencia del título de propiedad, sino que se puede llegar a tener los mismos efectos de manera indirecta.

La expropiación indirecta, por tanto, se da a través de medidas que perjudiquen de tal manera la propiedad, que en los hechos se esté realizando una expropiación de facto, al privar de todo contenido económico la propiedad afectada, a través de la limitación sustancial de los atributos del derecho de propiedad (uso, disfrute o de disposición).

La expropiación lo que genera es la destrucción de todas las expectativas que tenía el inversor de recuperar la inversión realizada. Dicha destrucción de las expectativas del inversor podría ser atenuada o eliminada, a través de la compensación del perjuicio sufrido por éste, lo cual no suele suceder en la mayoría de casos de expropiaciones regulatorias, resultando por ello sumamente relevante la referencia que se hace en los Tratados de Promoción y Protección de Inversiones, a la protección de las inversiones frente a las expropiaciones.

Es por ello que dentro del Derecho Internacional de las Inversiones, se recurre generalmente a dos estándares de protección de las inversiones, que vendrían a ser: el mínimo nivel de trato o “mínimum standard” y el de trato justo y equitativo<sup>84</sup>.

Por ejemplo, mediante el mínimo nivel de trato para la protección de las inversiones extranjeras, se busca limitar de alguna manera la soberanía territorial del país receptor de las inversiones, a fin de poder proteger las inversiones extranjeras. Por lo que resulta necesario que en todos los tratados de promoción y protección recíproca de inversiones, estos contengan disposiciones específicas que indiquen las condiciones bajo las cuales puede considerarse a una expropiación como “legal”, y las consecuencias de éstas:

*“Consistent with the notion of territorial sovereignty, the classical rules of international law have accepted the host state’s right to expropriate alien property in principle. Indeed, state practice has considered this right to be so fundamental that even modern investment treaties (often entitled agreements **“for the promotion and protection of foreign investment”**) respect this position. Treaty law typically addresses only the conditions and consequences of an expropriation, leaving the right to expropriate as such unaffected. Even clauses in agreements between the host state and the investor that freeze the applicable law for the period of the agreement (**“stabilization clauses”**) will not necessarily stand in the way of a lawful expropriation. The position is less clear if such an agreement explicitly excludes the right to expropriate. Except in extreme circumstances, an international tribunal will probably interpret such a*

---

<sup>84</sup> DE LA CERDA OLIVOS, Cristóbal y GOLDENBERG PEÑAFIEL, Mónica. TRATO JUSTO Y EQUITATIVO EN MATERIA DE INVERSION EXTRANJERA. Santiago, Chile, Octubre 2007, p. 20.



*clause in a literal manner. In practice, however, such far-reaching provisions have played no significant role.”<sup>85</sup>*

Por ejemplo, podemos ver la protección a las expropiaciones, en el Convenio entre el Gobierno de la República Argentina y el Gobierno de la República del Perú para la promoción y protección recíproca de inversiones:

#### **“ARTICULO 4: Expropiaciones**

*Las inversiones de inversores de una de las Partes Contratantes gozarán de plena protección y seguridad jurídica en el territorio de la otra Parte Contratante. **Ninguna de las Partes Contratantes tomará medidas de nacionalización o expropiación, ni ninguna otra medida que tenga el mismo efecto, contra inversiones que se encuentran en su territorio y que pertenezcan a inversores de la otra Parte Contratante, a menos que dichas medidas sean tomadas por razones de seguridad nacional o utilidad pública, sobre una base no discriminatoria y bajo el debido proceso legal. Las medidas serán acompañadas de disposiciones para el pago de una compensación pronta, adecuada y efectiva.***

*El monto de dicha compensación corresponderá al valor de mercado que la inversión expropiada tenía inmediatamente antes de la expropiación o antes de que la expropiación inminente se hiciera pública, comprenderá intereses desde la fecha de la expropiación a una tasa comercial normal, será pagada sin demora y será efectivamente realizable y libremente transferible. La expropiación o medida equivalente, el monto de la indemnización, así como cualquier otra cuestión relacionada, podrán ser revisadas en un procedimiento judicial ordinario de acuerdo a las leyes y reglamentaciones de la Parte Contratante donde se adoptó la medida.”*

---

<sup>85</sup> DOLZER, Rudolph and SCHREUER, Christoph. Principles of International Investment Law. Oxford University Press, 2008, p. 89

Como podemos observar en el citado artículo respecto a la protección frente a las expropiaciones tanto directas como indirectas, y en muchos otros tratados de promoción y protección de inversiones, son redactados de tal manera que se va más allá del derecho a expropiar que tendría el país receptor de las inversiones. Dado que doctrinariamente se dice que el derecho internacional de las inversiones ha venido desarrollando tres ramas dentro de la protección frente a las expropiaciones, las cuales regularían el campo de acción, así como las condiciones para el ejercicio del poder de expropiar que tendrían los países.

La primera de esas ramas hace referencia a los intereses de los inversionistas que buscan ser protegidos, y por consiguiente, la protección que debe darse a sus inversiones. Dado que en la mayoría de tratados de promoción y protección de inversiones, dentro de sus disposiciones siempre encontramos la referencia a la protección de las “inversiones” frente a los potenciales actos expropiatorios del Estado. Lo cual tiene que ver con la jurisdicción de los tribunales arbitrales, ya que como hemos visto, por ejemplo en el Convenio del CIADI, se señala que la jurisdicción de estos tribunales se encuentra restringida solo respecto a disputas de carácter legal relacionadas directamente con “inversiones”.

La segunda de las ramas hace referencia a la definición de “expropiación”. Dado que si bien ello no genera ninguna dificultad en la mayoría de los casos, debido a que en todos los ordenamientos legales del mundo podemos encontrar la definición de

“expropiación” para cada Estado. Sin embargo, el contenido que se le da al referido término no es redactado de manera uniforme. Ello no quiere decir que este tema pueda adquirir cierto grado de complejidad, más aun cuando el país receptor de la inversión interfiere de manera indirecta con los derechos de propiedad de los inversionistas extranjeros , lo cual se da en la mayoría de casos sin la necesidad de que haya existido una transferencia formal del título de propiedad, debido a que los Estados alegan el uso de su “poder de policía” para poder regular dentro de su territorio, y de esta manera, el considerar no tener la obligación de pagar ninguna compensación a los inversionistas afectados por tales medidas.

De hecho, durante las últimas tres décadas, la mayoría de casos relacionados a expropiaciones, se han vuelto cada vez más complejas, teniendo por ello los tribunales arbitrales la difícil tarea de determinar si el caso expuesto ante ellos, se hace referencia o no a una “expropiación”. Dado que la mayoría de dichos actos de expropiación, se mezclan con intereses de por ejemplo, salud pública, protección al medio ambiente, o simplemente son cambios de normas realizadas de manera general dentro del ordenamiento jurídico de cada país.

Frente a este cambio de normas, los Países han estado celebrando también convenios de estabilidad jurídica, que han sido incorporados a las legislaciones de países que son conscientes de su debilidad institucional (Venezuela, Colombia, Perú) o aquellos que tienen una sostenida política de incentivo a las inversiones (Chile). Así, por ejemplo, en

Venezuela en la Ley de Promoción y Protección de Inversiones, Decreto Nro. 356<sup>86</sup>, de octubre de 1999, se establece en su artículo 17 que: **“la Republica podrá celebrar contratos de estabilidad jurídica con el propósito de asegurar a la inversión la estabilidad de algunas condiciones económicas en el tiempo de vigencia de los mismos. Dichos contratos serán celebrados, según el sector de la actividad económica de que se trate,** por el organismo competente al que corresponda la aplicación de las disposiciones contenidas en la normativa comunitaria andina sobre capitales extranjeros y podrán garantizar a la inversión (...)”.

Y es que en la mayoría de veces no se sabe a ciencia cierta, si el Estado ha utilizado su poder regulatorio para actuar en nombre del interés público, debido a esta falta de claridad en el actuar del Estado. Por ello, los inversionista extranjeros han llevado ante los tribunales internacionales, un sin número de casos en contra del estado receptor de las inversiones, alegando el hecho de que lo que el Estado ha realizado a través del cambio de las reglas de juego, ha sido una expropiación indirecta.

Por ello, se puede advertir, por ejemplo, que los contratos-ley son de una innegable utilidad, y pese a no ser el único factor que determina la inversión, sin duda han contribuido a generar un clima de confianza y seguridad en el país. Sin embargo, esta figura plantea un conjunto de interrogantes que a la fecha no han tenido respuesta, ni por la jurisprudencia ni por la doctrina. La primera de ellas tiene que ver en el sentido de que si estos contratos son realmente convenios de estabilidad jurídica.

---

<sup>86</sup> Este Decreto – Ley tiene por objeto proveer a las inversiones y a los inversionistas, tanto nacionales como extranjeros, de un marco jurídico estable y previsible, en el cual aquellas y éstos puedan desenvolverse en un ambiente de seguridad, mediante la regulación de la actuación del Estado frente a tales inversiones e inversionistas, con miras a lograr el crecimiento, la diversificación y la complementación armónica de las inversiones en favor de los objetivos del desarrollo nacional.

Luego, la tercera rama de las normas sobre expropiaciones hace referencia a las condiciones bajo las cuales un Estado podría expropiar la propiedad de los inversionistas extranjeros, es decir, cuando la expropiación podrá ser considerada como “válida o legal”. Las clásicas condiciones para considerar a una expropiación como “legal”, son las siguientes:

- (i) que se encuentre basada en el propósito público,
- (ii) con apego al debido proceso, que el acto sea un acto no discriminatorio o arbitrario, y
- (iii) que se haya dado el pago previo de una compensación pronta, adecuada y efectiva, aplicando el valor de mercado de la propiedad ya sea en el momento anterior de la expropiación o que esta haya sido de conocimiento público.

Pero estas condiciones no son tan fáciles de aplicar en la realidad, debido a que dependerá de cada una de las partes argumentar si dichas condiciones se cumplieron o no en el caso que planteen ante los tribunales arbitrales.<sup>87</sup>

Es por estos cambios de las reglas de juego por parte de los Estados, que además los inversionistas extranjeros celebran, como ya se mencionó, convenios de estabilidad jurídica. Por ejemplo, en el Perú tenemos el Decreto Legislativo N° 662 – Ley de

---

<sup>87</sup> *Ibíd.*, p. 90

Promoción de las Inversiones Extranjeras, el cual en su Título II regula la Estabilidad Jurídica a la Inversión extranjera:

*“Artículo 10.- Con el solo requisito de haber presentado ante el Organismo Nacional Competente el Formulario Preliminar de Inversión, y; con anterioridad o dentro de los doce (12) meses siguientes a la obtención del título habilitante, el referido Organismo Nacional Competente, en representación del Estado, podrá celebrar convenios para garantizar a los inversionistas, los siguientes derechos:*

- a) Estabilidad del régimen tributario vigente al momento de celebrarse el convenio*

*En virtud de la estabilidad del régimen tributario que se garantiza, el inversionista extranjero respecto al impuesto a la renta de cargo de la empresa receptora de la inversión y al que afecte las utilidades que se le atribuyan y/o los dividendos que se distribuyan en su favor, no se verá afectado con una tasa mayor que aquella considerada en el convenio correspondiente, de manera tal que i el impuesto a la renta de cargo de la empresa aumentara, se reducirá la tasa que afecte al inversionista extranjero en la parte necesaria para permitir que la utilidad de la empresa que finalmente sea de libre disposición para él, sea por lo menos igual a la garantizada;*

- b) Estabilidad del régimen de libre disponibilidad de divisas y de los derechos contemplados en los artículos 7 y 9 del presente Decreto Legislativo;*
- c) Estabilidad del derecho a la no discriminación contemplado en el artículo 2 del presente Decreto Legislativo.”*

Es así que los Estados garantizan la protección a las inversiones, no solo en nombre del Gobierno Nacional, sino también en nombre de cualquiera de los órganos representativos del Estado, señalándose ello, por ejemplo, en el artículo 29° del Decreto Legislativo N° 662<sup>88</sup>:

*“Artículo 29.- Ninguna autoridad del Gobierno Central, Organismos Públicos descentralizados, empresas u organismos del Gobierno Regional o Gobierno Municipal podrá bajo responsabilidad dar tratamientos diferenciados entre inversionistas nacionales o extranjeros. Dentro de ello se comprende asimismo:*

- a) Establecer condiciones distintas a las previstas por el presente Decreto Legislativo;*
- b) Otorgar un tratamiento diferenciado entre los inversionistas extranjeros y los nacionales, y;*
- c) Cobrar tributos, contribuciones o tarifas diferenciadas en cuanto a su monto a extranjeros respecto a los cobros efectuados a nacionales.”*

Finalmente, debemos decir que en aplicación del artículo 63° de nuestra Constitución, se establece que la inversión nacional y la extranjera se sujetan a las mismas condiciones. La producción de bienes y servicios y el comercio exterior son libres. Si otro país o países adoptan medidas proteccionistas o discriminatorias que perjudiquen el interés nacional, el Estado puede, en defensa de este, adoptar medidas análogas. Lo cual, nos lleva a demostrar que en primer lugar, el Estado Peruano no debería hacer

---

<sup>88</sup> La QUINTA DISPOSICION TRANSITORIA del Decreto Legislativo N° 757, Dictan Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada, precisa que las disposiciones contenidas en los artículos 5° y 29° del Decreto Legislativo N° 662 implican que los derechos, tasas o aranceles administrativos cobrados a inversionistas extranjeros deben ser reducidos a los niveles cobrados a los nacionales al momento de la entrada en vigencia del Decreto Legislativo N° 662.

distingos entre la inversión nacional y la extranjera. Por lo que se aplica a la inversión privada nacional o extranjera, ello en consonancia con el tercer párrafo del artículo 60° de la Constitución. La igualdad entre los inversionistas dispuestos por el artículo 63° debe plasmarse en igualdad de condiciones. Las condiciones a las que se refiere el referido artículo 63° deben referirse al más amplio sentido de la palabra, e incluir a los requisitos, formalidades, aptitudes o disposiciones para la inversión.

### 2.3.3 Jurisprudencia

La protección contra las expropiaciones indirectas ha podido ser reconocida en sede administrativa por el Indecopi en el precedente de observancia obligatoria emitido en el caso de la Empresa de Transportes Turismo Huaral contra la Municipalidad Provincial de Huaral.<sup>89</sup>

En este caso, la empresa Turismo Huaral interpuso una denuncia contra la Municipalidad Provincial de Huaral, por la presunta imposición de barreras burocráticas ilegales y carentes de razonabilidad contenidas en los artículos 4 a) y 14 de la Ordenanza 009-2009-MPH, consistente en: (i) la prohibición de funcionamiento de terminales terrestres para el transporte urbano, interurbano e interprovincial de pasajeros en la zona de “Huaral Damero Histórico”; y, (ii) la prohibición de circulación del ingreso y salida con ómnibus de servicios de transporte interprovincial de personas en las vías señaladas como zonas “Huaral Damero Histórico” y “Huaral Centro Urbano”.

---

<sup>89</sup> Resolución N° 1535-2010/SC1-INDECOP



La empresa de Transportes Turismo Huaral señaló que la Municipalidad le había autorizado operar un terminal terrestre dentro de la zona de “Huaral Damero Histórico” mediante licencia de funcionamiento 2017, del 28 de noviembre de 2000; sin embargo, mediante Ordenanza 009-2009-MPH desconoció dicha autorización, al prohibir el funcionamiento de su terminal así como el tránsito de sus vehículos por las zonas de “Huaral Damero Histórico” y “Huaral Centro Urbano”. En tal sentido, manifestó que el gobierno local vulneró el ejercicio de sus derechos fundamentales a la libre iniciativa privada, libertad de empresa, de trabajo, tránsito, entre otros.

De manera similar al caso anterior, tenemos un caso sucedido en Estados Unidos, el cual es conocido como el caso Lucas, ocurrido en 1986, fecha en la cual David Lucas pagó US\$975 000,00 por dos (2) lotes residenciales ubicados en un malecón en Carolina del Sur con la intención de construir casas similares a las existentes en predios vecinos.

En 1988, el Congreso del Estado de Carolina del Sur emitió una norma que impedía que David Lucas y los demás propietarios de tierras adyacentes construyeran cualquier vivienda permanente en tales lotes, con la supuesta finalidad de prevenir la erosión de las dunas y playas del Estado, promover el turismo, el acceso a las playas y ofrecer un hábitat importante para plantas y animales.<sup>90</sup>

---

<sup>90</sup> PASQUEL, Enrique. Tomando la Propiedad en Serio: Las expropiaciones Regulatorias o Indirectas. *En: Ius et Veritas*, Año 15, No. 31, 2005, p. 114

Como hemos podido observar en los casos descritos, las personas fueron afectadas en su derecho de propiedad, lo cual, lo podemos también ver reflejado dentro del ordenamiento jurídico peruano, dado que jurisprudencialmente nuestro Tribunal Constitucional ha sido muy reacio en reconocer una protección amplia a los derechos de propiedad (Expediente No. 0031-2004-AI/TC):

*“2. El derecho de propiedad se encuentra reconocido por el artículo 2°, inciso 16 de la Constitución, según el cual: **“Toda persona tiene derecho: 16) A la propiedad (...); así como por su artículo 70°, a tenor del cual: “El derecho de Propiedad es Inviolable. El estado lo garantiza.”** Como cualquier derecho fundamental, el de propiedad no es un derecho absoluto, pues se encuentra limitado por disposiciones constitucionales expresas o por delimitaciones tácitas.*

*3. Sin embargo, la privación de la propiedad, como consecuencia del ejercicio de la potestad expropiatoria del Estado, no constituye un supuesto de limitación del derecho, sino de sacrificio del mismo. La diferencia es muy importante, ya que, a diferencia de lo que es propio de un supuesto de limitación o regulación del derecho de propiedad, **que no es indemnizable**, el efecto inmediato del ejercicio de la potestad expropiatoria es afectar el núcleo de la propiedad, por lo que, de conformidad con el artículo 70° de la Constitución, su eficacia está condicionada al pago previo, en efectivo, de la indemnización correspondiente.”*

Como podemos observar, en el Expediente No. 0031-2004-AI/TC, el Tribunal Constitucional señala que los casos de limitaciones o regulaciones del derecho de propiedad no son indemnizables y solo en los casos de privación del dominio de la propiedad a través de una expropiación clásica, como todos la conocemos a través de

la transferencia forzosa del título de propiedad, se garantizaría el derecho a una indemnización.

Existirían además otros casos vistos por el referido Tribunal, en donde el derecho de propiedad se ha visto limitado a través del cambio de zonificación. Por ejemplo, tenemos el caso del EXP. No. 541-1999-AA/TC, en donde el Tribunal Constitucional señaló lo siguiente:

*“1. Que, con fecha 7 de enero de 1998, el recurrente interpone acción de amparo contra la Municipalidad Metropolitana de Lima, con el objeto de que se suspendan los efectos de la Resolución Directoral Municipal No. 3444, mediante la cual se dispone la clausura definitiva del establecimiento comercial (grifo).*

*(...) 3. Que para el cumplimiento de las funciones acotadas, la Municipalidad no solo tiene como marco legal el establecido por la Constitución Política y la Ley Orgánica de Municipalidades, sino, además, las ordenanzas que emita, según cada caso concreto; por ello, habiéndose declarado el Centro Histórico de Lima como Patrimonio Cultural de la Humanidad, las disposiciones dictadas para su conservación son aplicables a los administrados, siempre que no sean contrarias a la legislación reseñada, principalmente, y en el caso de autos, al Decreto Legislativo No. 776.*

*4. Que, en principio, el año 1994, esto es, con anterioridad a los hechos que motivan la presente demanda, se emitió la Ordenanza No. 062-94-MLM que aprueba el Reglamento de la Administración del Centro Histórico de Lima, norma que no prevé como una de las actividades a ser desarrolladas en dicha circunscripción (el Centro Histórico) el funcionamiento de grifos o estaciones de*

*servicio, encontrándose el grifo en cuestión dentro de los límites de las micro zonas a que hace referencia el reglamento.”*

Como puede observarse a través de los casos enunciados, si bien los órganos de la administración se encuentran en la capacidad jurídica de poder cambiar ciertas normas bajo su jurisdicción, ello lamentablemente no se da analizando de manera ex ante, el impacto negativo que estos cambios podrían generar en los derechos de los destinatarios de las normas. Lo cual, como hemos visto, también se encontraría avalado por nuestro Tribunal Constitucional a través de sus sentencias, dado que en ellas se indica que solo son objeto de indemnización las expropiaciones clásicas, más no aquellos actos de Gobierno, cuyos efectos pueden ser equiparables a las de una expropiación directa.

Sin embargo, cabe señalar que respecto a los Principios Generales del Título III de la Constitución, correspondiente al régimen económico, es notorio el esfuerzo del legislador de tratar constitucionalmente de neutralizar riesgos políticos para los inversionistas mediante la declaración de principios, alguno de los cuales ameritaron un desarrollo constitucional previo, como en el caso de la protección a las inversiones privadas; o posterior, como el caso de la Ley General de Arbitraje.

#### **2.4 Determinación del tipo de expropiación que será objeto de la investigación**

La expropiación que será objeto de investigación es aquella que demuestre como un cambio de regulación puede tener efectos muy similares a los de una expropiación

clásica, sin que haya necesidad de darse la transferencia forzosa del título de propiedad. Habiendo sido este tema ampliamente desarrollado en gran profundidad por el derecho norteamericano, en comparación con la poca importancia que como ya hemos visto le da la jurisprudencia peruana.

De otro lado, en el campo del Derecho Internacional, a diferencia de nuestro derecho interno, se hace referencia a las expropiaciones tanto directas como indirectas, siendo estas últimas también denominadas como expropiaciones regulatorias. Por lo que, a fin de no causar confusiones en el desarrollo del presente trabajo, procederemos a usar indistintamente los términos de expropiación indirecta como regulatoria, para hacer referencia al mismo fenómeno jurídico.

Uno de los temas más importantes para encuadrar la expropiación que será objeto de estudio será el determinar cuando estamos ante una expropiación lícita. Como bien señala el profesor Dolzer:

*“It is today generally accepted that the legality of a measure of expropriation is conditioned on three (or four) requirements. These requirements are contained in most treaties. They also seem to be part of customary international law. These requirements must be fulfilled cumulatively:*

- ***The measure must serve a public purpose. Given the broad meaning of “public purpose”, it is not surprising that this requirement has rarely been questioned by the foreign investor. However, tribunals did address the significance of the term and its limits in some cases.***

- ***The measure must not be arbitrary and discriminatory within the generally accepted meaning of the terms.***
- ***Some treaties explicitly require that the procedure of expropriation must follow principles of due process. Due process is an expression of the minimum standard under customary international law and of the requirement of fair and equitable treatment. Therefore, it is not clear whether such a clause, in the context of the rule on expropriation, adds and independent requirement for the legality of the expropriation.***
- ***The expropriatory measure must be accompanied by prompt, adequate, and effective compensation. Adequate compensation is generally understood today to be equivalent to the market value of the expropriated investment.***<sup>91</sup> (Resaltado agregado)

Como podemos observar, de acuerdo al profesor Dolzer, respecto a las características que debe de tener una expropiación para poder calificarla como “licita”, se podría decir que la única característica que distinguiría a una expropiación clásica con respecto a la expropiación indirecta, sería la de la “compensación”. Ello debido a que los Estados, alegando el ejercicio de su soberanía para poder regular todo aquello que se encuentre dentro de sus fronteras, se rehúsan a compensar a los inversionistas afectados en su propiedad, en la medida que es un ejercicio lícito del “Poder de Policía” de estos.

Es por ello que las normas de derecho consuetudinario internacional sobre las compensaciones en el campo de las expropiaciones regulatorias, han sido y parece

---

<sup>91</sup> DOLZER, Rudolph and SCHREUER, Christoph. Op. cit. p, 91

que seguirán siendo siempre el centro de los debates llevados ante los Tribunales Arbitrales Internacionales.

Al respecto, se debe mencionar que en el artículo 63° de la Constitución Política del Perú se dispone que el Estado puede someter las controversias a arbitraje nacional o internacional de acuerdo a Ley. Aparentemente, el constituyente intentó permitir dos modalidades de solución de las controversias contractuales del Estado, una por medio de un tribunal creado por tratado internacional y otra por jurisdicción arbitral nacional o internacional, sin percatarse de que se trata de una misma jurisdicción, ya que solo recientemente se ha creado vía tratados verdaderos tribunales internacionales como la Corte Criminal de Justicia Internacional, es decir, jurisdicción judicial supranacional.

Ahora, se debe indicar, como ya se señaló líneas atrás, la ausencia de compensación tiene su correlato en el poder soberano de los Estados, los cuales entienden que nada puede condicionar a que este adopte medidas urgentes en temas de interés público, como son la salud pública, la seguridad de la población, etc.

Es en estas discusiones, respecto a establecer cuando nos encontramos ante una expropiación regulatoria, en que se dan generalmente los casos donde la parte demandada, en la mayoría de casos un Estado en vías de desarrollo, busca prevalecer sus intereses nacionales frente a los intereses particulares de los inversionistas. Lo cual se debe al trasfondo cultural y político que poseen estos países, debido a que estos temas antiguamente fueron discutidos ampliamente durante el proceso de

descolonización, en donde trataban de hacer prevalecer el “Principio de Soberanía Permanente sobre los Recursos Naturales”, llamando por lo tanto a la creación de un “Nuevo Orden Económico Internacional”.

En ese sentido, como señala el Profesor Dolzer, las discusiones sobre compensación de las expropiaciones regulatorias, no solo se encuentra basado en si nos encontramos en dicho escenario, sino que en el caso de que el Tribunal Arbitral determinara la existencia de la expropiación indirecta, las discusiones pasarían a determinar cuál sería el precio a pagar como compensación, en base al mecanismo que el Tribunal Arbitral considerase apropiado atendiendo a las circunstancias del caso en concreto.

Presentándose en la práctica discusiones entre los inversionistas y los Estados sobre cuál será el procedimiento a utilizar para determinar el monto de la compensación debida. Buscando los demandantes el procedimiento que les reditúe un mayor margen de ganancias, como por ejemplo el valor de la compensación, basándose en el valor de mercado de la inversión expropiada, mientras que los Estados trataran de disminuir el monto de la compensación, demostrando por ejemplo que los bienes que aún siguen en propiedad de los inversionistas, pueden seguir siendo usados por sus propietarios, o que pueden ser vendidos en el mercado:

*“Today, these fierce debates are over and nearly all expropriation cases before tribunals follow the treaty-bases standard of compensation in accordance with the fair market value. In the terminology of the earlier decades this means “full”*



**or “adequate” compensation. However, this does not mean that the amount of compensation is easy to determine.**

*Especialmente en casos de empresas extranjeras operando sobre la base de complejos acuerdos contractuales, la tarea de evaluación requiere una estrecha cooperación de expertos en valoración y la profesión legal. **Varios métodos pueden ser empleados para determinar el valor de mercado.** El método de flujo de efectivo descontado será a menudo una medida relevante, en lugar del valor de libros o el valor de reposición, en el caso de una empresa que ya ha producido ingresos. Antes de llegar a la rentabilidad, el valor de la inversión original con ajustes apropiados será la medida más apropiada.”<sup>92</sup>*

Por lo que el presente tema de investigación se vuelve aún más complejo, teniendo en cuenta el tema de la compensación, debido a que los tribunales de cada país, sobre todos los tribunales de los países en desarrollo, no han tenido la voluntad de realizar el estudio de este problema, a diferencia de los tribunales de países desarrollados como el norteamericano.

Ello debido a que como vimos en el punto anterior respecto a la “Jurisprudencia”, pudimos darnos cuenta que es un criterio uniforme, como el desarrollado por nuestro Tribunal Constitucional, el de rechazar las expropiaciones regulatorias. Dado que, nuestro Tribunal Constitucional, citando el artículo 70° de nuestra Constitución Política, señala que solo es posible de compensación aquellos actos del Estado que tengan como consecuencia una transferencia forzosa del título de propiedad<sup>93</sup>. Transferencia forzosa del título de propiedad, que tiene como presupuesto principal la inviolabilidad

---

<sup>92</sup> Ibid. p, 91

<sup>93</sup> Exp. Nro. 0031-2004-AI/TC: “Sin embargo, la privación de la propiedad, como consecuencia del ejercicio de la potestad expropiatoria del Estado, no constituye un supuesto de limitación del derecho, sino de sacrificio del mismo.”

de la propiedad, refiriéndose a que el Estado no puede privar de ella a los particulares, salvo que sea a través de la expropiación. Esto es así en la doctrina, y se infiere también del hecho de que a continuación de la inviolabilidad esta consignada, casi de inmediato, la expropiación<sup>94</sup>.

Es decir, que dentro de nuestro ordenamiento jurídico, solo se acepta como expropiación a las expropiaciones directas o clásicas. Sin perjuicio de ello, debemos resaltar el hecho de que por lo menos parte de nuestra doctrina nacional, así como una sentencia del Tribunal Constitucional, conjuntamente con una Resolución del INDECOPI, han abordado este tema (casos SHOUGANG y Turismo Huaral, respectivamente). Lo cual nos demuestra que el tema de las expropiaciones regulatorias está empezando a ser tomado como un campo a reflexionar dentro de nuestros órganos judiciales y administrativos.

## 2.5 Estudio de la doctrina en el tema de las expropiaciones indirectas

La doctrina ha señalado que la lógica económica que hay detrás de la protección de todo derecho de propiedad frente a las expropiaciones clásicas, debería de ser también la misma lógica en aplicarse para la protección de las afectaciones al derecho de propiedad a través de las expropiaciones regulatorias<sup>95</sup>. Para ello, empiezan por citar las dos condiciones que plantea el artículo 70° de nuestra Constitución, en cuanto a la

---

<sup>94</sup> La expropiación se funda en que el interés público prima sobre el interés particular. Pero esto presupone dos cosas: que las causales de expropiación estén expresa y previamente establecidas en la ley, y por tanto, no queden libradas al criterio del gobernante; y que el Estado pague al particular el precio justo del bien expropiado. En cuanto a las causales o motivos que justifican la expropiación, la actual Constitución ha sido más restrictiva que las de 1979 y 1933.

<sup>95</sup> PASQUEL RODRIGUEZ, Enrique. Óp. Cit., p. 126

licitud del acto que determine la ejecución de una expropiación: (i) que la finalidad de la expropiación sea seguridad nacional o necesidad pública declarada por ley; y, (ii) que se pague una indemnización previa.

En efecto, hoy solo se puede expropiar por causa de seguridad nacional o necesidad pública. La Constitución de 1979 autorizaba la expropiación por causa de necesidad y utilidad pública o de interés social y la de 1933, por causa de utilidad pública o de interés social. Por lo que, en base a este artículo se puede decir que solo por ley cabe expropiar.

Antiguamente podía hacerse también por decisión del Poder Ejecutivo, pero ahora esto no es posible. Además, el importe de la indemnización justipreciada debe incluir la compensación del perjuicio que hubiere. El justiprecio comprende, en consecuencia, no solo el valor mismo del bien que podríamos llamar daño emergente, sino también el lucro cesante. La Constitución actual, protege más al propietario que las dos Constituciones anteriores.

La necesidad de que en la Constitución Política se señale estas condiciones para efectuar una expropiación, asegura el fortalecimiento de la protección al derecho de propiedad, a través de la prohibición de que este poder de expropiar por parte del Estado sirva para fines políticos del Gobierno de Turno.

Por otro lado, doctrinariamente también se indica que el establecimiento de normas para limitar la propiedad puede estar enfocado en cualquiera de sus atributos, no siendo necesario limitar el derecho de propiedad en su totalidad. Teniendo como propósito el beneficio de la población en general y no solo a una parte de ésta, ya que como hemos visto, nuestra Constitución actual utiliza el término “necesidad pública” y no el de “interés social”, como si fue utilizado en nuestras constituciones de 1933 y 1979. Dado que gracias al **interés social** el Estado pudo actuar de manera arbitraria, como sucedió en el caso de la Reforma Agraria.

Estos cambios de normas, y de su afectación al derecho de propiedad, realizados por los Estados han sido materia de amplios estudios en la doctrina extranjera, basándose siempre en el estudio de laudos arbitrales, por ejemplo, en el Tribunal de Reclamaciones Irán – Estados Unidos:

*“The Iran-United States Claims Tribunal (“Tribunal”) first began deciding claims for takings of property in 1983, and to date it has rendered approximately sixty awards on this subject. Relatively few of those claims have involved a formal expropriation of property, so the bulk of the Tribunal’s decisions on takings relates to indirect expropriation. The Tribunal draws on numerous sources, including customary international law, in deciding cases. In particular, the Tribunal’s expropriation decisions have almost always applied customary international law. As a result, and because its awards are published, the Tribunal has contributed “the largest single corpus of precedent in public international law... produced by any international claims body.”<sup>96</sup>*

---

<sup>96</sup> BRUNETTI, Maurizio. ESSAY: NAFTA CHAPTER 11: The Iran – United States Claims Tribunal, NAFTA Chapter 11, and the Doctrine of Indirect Expropriation. *Lexis Nexis TM Academic. University of Chicago. 2001*, p. 3.

Estos casos tanto a nivel nacional como internacional van aumentando cada vez más, llamando la atención de la doctrina especializada en la regulación de inversiones. Como ya hemos visto, dentro de las expropiaciones regulatorias, el punto crítico de estudio es el tema de la compensación, dado que ella solo ha sido aplicada para el caso de las expropiaciones directas o clásicas. Basándose la obligación de compensar, en la exigencia constitucional de proteger y mantener los incentivos que genera la propiedad privada en los individuos.

Pudiendo moldearse la conducta de nuestras autoridades, a través de la obligación de compensar. Dado que dicho monto a compensar por el acto de expropiación podría ser utilizado en la realización de obras públicas que podrían beneficiar a un mayor número de personas, a diferencia de la nueva política que se desea ejecutar en la cual se basa la expropiación.

En las expropiaciones indirectas, la doctrina asimismo ha estudiado lo que podría denominarse la lucha entre el interés público, representado por el Estado, frente al interés de los inversionistas respecto a la protección de sus derechos de propiedad. Estudiando para ello el contenido de los Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, los cuales en su mayoría poseen siempre cláusulas de protección frente a las expropiaciones indirectas. De esta manera, cada Estado puede establecer de manera previa cuáles serán los parámetros bajo los cuales podrá hacer uso de su Poder de Policía:

*“In general, BITs protect investors against expropriation both of a direct or indirect nature. Direct expropriation consists in the physical takeover of private assets by the State. This type of expropriation is easily verified, and its compensation is internationally acknowledged. Most cases involving international arbitration do not deal with direct, but rather with indirect expropriation. Indirect expropriation cases are those where, by means of administrative or legislative procedures, the State provokes a unilateral change in contract conditions such that the investor is unable to recover the expected quasi rents of the business under the original contractual framework. Indirect expropriation is the most common way of expropriation in the case of public service concessions. This is mainly because of the basic characteristics of public services: large sunk investments, economies of scope or scale and massive consumption of the final product.”<sup>97</sup>*

La crítica recurrente dentro de la doctrina frente a las expropiaciones indirectas, es la falta de consideración por parte de los países respecto a que el riesgo que asumen los inversionistas frente a una potencial expropiación indirecta, es tan o más relevante que el riesgo que se da frente a una expropiación clásica.

De acuerdo con un estudio realizado por el Banco Mundial entre 3 685 empresas en 69 países, uno de los principales obstáculos para invertir y hacer negocios es precisamente la incertidumbre del costo de las regulaciones.<sup>98</sup> Siendo necesario por ello, que si queremos ser un país cada vez más abierto al comercio internacional y atractivo para las inversiones, no solo es necesario establecer las reglas claras y transparentes para los inversionistas, sino que ante cualquier cambio potencial de

---

<sup>97</sup> ABDALA, Manuel and SPILLER, Pablo. Article: Damage valuation of Indirect expropriation in International arbitration cases. *Juris publishing, Inc. The American review of International Arbitration*. 2003, p. 3.

<sup>98</sup> BRUNETTI, Amoyo y otros. Institutional obstacles to doing business: Region by Region results from a Worldwide survey of the Private sector. *En: World bank Policy research Working paper number 1759*. 1997, p. 70.

normas que pueda darse, exista la obligación de compensar por parte del Estado, solo a aquellos inversionistas que hayan resultado “sustancialmente” afectados en su derecho de propiedad, es decir, aquellos inversionistas afectados de tal manera que vean eliminada cualquier expectativa de recuperación de su inversión, al no tener su propiedad ningún valor en el mercado bajo el cual desarrollan sus actividades. Dado que si bien todo cambio de normas siempre genera cierto grado de afectación en la esfera jurídica de las personas, en este caso en el ejercicio de su derecho de propiedad, ello no quiere decir que el deber de compensación sea en los hechos un “seguro tácito” para éstos.

El estudio de las expropiaciones regulatorias ha sido un tema estudiado a profundidad en la doctrina norteamericana, debido a que las sentencias emitidas por los tribunales de Estados Unidos se han preocupado en establecer cuáles son las directrices y parámetros que las autoridades de este país deben respetar en ejercicio de su “Pólice Power”:

*“The Fifth Amendment of the United States Constitution concludes, “nor shall private property be taken for public use without just compensation.” What is known as the “just compensation” or “eminent domain” or “takings” clause is also present (or judicially construed to be present) in every state constitution and in the officially – proclaimed practice of most governments around the world. Yet the takings issue remains controversial, as is suggested by the many treatments of it by scholars who reflect the public – choice tradition. **The idea that owners of property should be compensated is relatively uncontroversial when applied to actions in which the governments take physical possession of***

*the property in question, as when it seeks to build a road, a dam, or a public building on private land.”<sup>99</sup>*

Como podemos observar en la mayoría de la doctrina internacional, se señala que lo que le preocupa al Estado es la obligación de pagar por cada una de sus regulaciones, dado que si fuera así, el poder regulatorio de los Estados se vería restringido considerablemente. Y habría que señalar que dicha preocupación se da, desde nuestro punto de vista, en el caso de Estados, cuyo aparato administrativo es en su mayoría ineficiente. Dado que en dichos países se han acostumbrado en establecer regulaciones cuyo costo es mucho mayor que el beneficio esperado.

La aplicación de esas ineficientes políticas, se da por el simple hecho de que el Estado, alegando su poder de regulación en ejercicio de su soberanía, no ve la necesidad de compensar a aquellas personas que han sufrido un daño sustancial en su derecho de propiedad. En ese sentido, autores seguidores del Public Choice, como el profesor Fischel, señalan la necesidad de disciplinar a los Estados, estableciendo la obligación de tener que asumir los costos de sus acciones, creando los incentivos necesarios para que se ejerzan su poder de regulación, solo en los casos donde los beneficios de dicha regulación sean mayores que sus costos.

### **3. Mecanismos que tienen los inversionistas para protegerse ante cambios en la normativa que pudiesen perjudicar su actividad económica**

---

<sup>99</sup> FISCHEL, William. Takings and Public Choice: The persuasion of Price. Publicado en *The encyclopedia of Public Choice*. Charles Rowley, editor, June 2002, p. 1.



### 3.1 Convenios de Inversión

Los convenios de inversión comienzan a darse entre los países, como una de las formas de atraer capital extranjero, sobre todo, por parte de los Estados que siendo conscientes de su falta de institucionalidad, tratan de crear una realidad paralela con estos instrumentos jurídicos de carácter internacional, ofreciendo ventajas legales a los inversionistas, así como aplicando estándares de trato aceptados por la comunidad internacional.

En este punto, debemos, sin embargo, hacer referencia al artículo 71° de nuestra Constitución, el cual señala que en cuanto a la propiedad, los extranjeros, sean personas naturales o jurídicas, están en la misma condición que los peruanos, sin que, en caso alguno, puedan invocar excepción ni protección diplomática<sup>100</sup>.

Estos Convenios de Inversión resultan ser muy importantes, sobre todo en cuanto a su forma de resolución de conflictos entre el Estado receptor de la inversión y el inversionista. Dado que en dichos Convenios se plantea la posibilidad de recurrir a Centros Internacionales de Arbitraje, como sucede con el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), creado por el Convenio de Washington de 1965.

---

<sup>100</sup> Al respecto, las Constituciones de 1933 y 1979 contenían análogas disposiciones. La primera en su artículo 32, la de 1979 en el artículo 126. En ambos casos, al igual que en la presente, se establecía que los extranjeros no pueden invocar situaciones de excepción ni protección diplomática. Pero conforme a la norma constitucional los extranjeros, sean personas naturales o jurídicas, tampoco pueden ser prohibidos de la propiedad de ciertos bienes o de su participación en determinadas actividades.

Es por ello que actualmente cada vez más los países se encuentran suscribiendo Acuerdos Bilaterales de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (APPRI), generalmente celebrados entre países desarrollados y países en vías de desarrollo, o dicho de otra manera, entre países exportadores de capital con países importadores de capital o exportadores de materia prima. Siendo una característica muy común dentro de todos estos Acuerdos, su casi homogeneidad. Decimos casi homogeneidad, en el sentido de que cuando uno lee y compara los convenios o acuerdos de inversión entre Estados, fácilmente podemos darnos cuenta que la mayoría posee el mismo orden de cláusulas, y que casi se encuentran redactados de la misma manera, es decir, parecería que los países hicieran un copy – paste de los convenios. Pero leyendo con detalle cada uno de ellos, podemos observar que no son tan iguales como se pudo haber pensado en un primer momento. Ello se debe a los distintos intereses y realidades que buscan proteger los países en dichos convenios.

Pero es evidente que las similitudes de los APPRI, tanto en su estructura como en su contenido, son cada vez mayores. Y ello se debe a que en todos estos convenios se aplican los mismos estándares pertenecientes al Derecho Internacional de las Inversiones. Dado que lo que hacen estos estándares, es homogenizar los Convenios, ya que la protección que cada parte asegura a las inversiones realizadas en su territorio por los inversionistas de la otra parte, se da haciendo referencia a los siguientes estándares: (i) el derecho a un tratamiento justo y equitativo; (ii) el derecho a recibir el mismo tratamiento que los inversores nacionales (Trato nacional); (iii) el derecho a recibir una indemnización en caso de medidas de expropiación, incluidas

medidas de expropiación indirecta; (iv) el derecho a libre transferencia de rentas; y (v) el derecho a recibir el tratamiento dado a las inversiones de los inversionistas de un tercer país, que goce de un tratamiento más favorable (Nación Más favorecida).

Sin embargo, a pesar del incesante incremento de APPRIs, que en los últimos años ha dado lugar a una compleja red convencional, no ha sido posible hasta la fecha, poder sustituirlo por un sistema multilateral.

Al respecto, debemos mencionar, que el primer intento por lograr un tratado multilateral de protección de las inversiones extranjeras fracasó, en el marco de las negociaciones iniciadas en 1995 bajo el patrocinio de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), para la celebración del AMI (Acuerdo Multilateral de Inversiones). Además, en el ámbito de la Organización Mundial del Comercio (OMC), tampoco se han alcanzado hasta la fecha avances significativos.

Lo cierto es que se podría decir que debido a la falta de conexión entre los intereses de los distintos países, con el fin de poder crear un Acuerdo Multilateral de Inversiones, se han visto en la necesidad de crear un AMI pero a escala regional, un ejemplo de ello lo podemos ver en el caso del Capítulo XI del NAFTA. Dado que es muy evidente la necesidad, en un mundo cada vez más globalizado, la de crear lazos entre países en materia de inversiones.

Pero cabe resaltar que lamentablemente, la celebración por el Host State o Estado anfitrión de un convenio de protección de inversiones con el Estado de la Nacionalidad del Inversionista no representa para este una garantía jurídica suficiente, no importando cuantas o qué tipo de obligaciones el Estado receptor de la inversión haya asumido frente a éste. Tampoco bastaría que los Estados parte del Convenio se sometieran a mecanismos obligatorios de solución de controversias, ya que en la mayoría de casos los Estados han alegado el **estado de necesidad**, para poder excusarse de los convenios firmados.

A pesar de ello, un punto muy importante dentro de los Acuerdos Internacionales de Inversión es la posibilidad de demandar directamente al Estado receptor de la Inversión ante un órgano jurisdiccional de carácter internacional, como lo es un Centro Internacional de Arbitraje. Siendo este el principal aporte de los Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones.

Dado que todos ellos establecen el derecho de los inversionistas de poder someter sus controversias con el Estado anfitrión al arbitraje internacional, incluido casi siempre el arbitraje del CIADI. Por lo que la protección que necesita el inversionista con respecto al tratamiento que pueda recibir su inversión, frente al Estado receptor de esta, ya no dependerá más de la voluntad del Estado de su nacionalidad de ejercer o no la **Protección Diplomática**, la que por lo demás, raras veces podría terminar sometiendo la controversia ante un órgano jurisdiccional internacional.

Así el inversionista no se verá en la necesidad de tener necesariamente que agotar los recursos internos disponibles en el Estado anfitrión antes de poder demandarlo ante un Centro Internacional de Arbitraje. Sin embargo, el mecanismo de arreglo de controversias diseñado en los Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones establece la cuasi obligación para el inversionista de tener que acudir a los tribunales internos del Estado receptor de la inversión, antes de demandar al Estado ante un Tribunal Arbitral internacional, o también se puede dar la posibilidad de elección al inversionista de elegir entre los Tribunales Nacionales o los Tribunales Internacionales, siendo ambas vías excluyentes entre sí (fork on the road).

Pero lo que podemos encontrar en la mayoría de los Convenios de Inversión la obligación de entablar negociaciones con el Gobierno del Estado receptor de la Inversión, antes de someter la diferencia a arbitraje. Ello con miras a alcanzar, de ser posible, una potencial solución amistosa dentro de un plazo prudencial, que generalmente son de seis (6) meses. Bastando que el inversor solicite formalmente al Gobierno la necesidad de entablar conversaciones frente a una diferencia, la cual se podría decir que se encuentra en una fase embrionaria, antes de que ésta pueda agravarse y llegar ante un centro internacional de arbitraje.

Un punto también a tomar en cuenta es respecto a qué normas deberá aplicar el tribunal arbitral para dar solución a la controversia. Existiendo tres tipos de normas a los cuales tendrá que remitirse siempre el Tribunal, las cuales son: (i) lo señalado en el propio acuerdo, para que de esta manera pueda solucionarse la controversia, en base

a la voluntad de las partes plasmada en el Convenio; (ii) el derecho internacional consuetudinario, que es la aplicación de los Estándares del Derecho Internacional de las Inversiones; y, (iii) la normativa del Estado receptor de la inversión, en cuanto que es el campo jurídico a través del cual el inversionista estuvo desarrollando su inversión.

Cabe resaltar que el Tribunal con respecto a la remisión al derecho interno de los Estados anfitriones, siempre tomaran en cuenta el ordenamiento jurídico que estuvo vigente al momento de realizarse la inversión. Siendo importante ello, en cuanto que todos los inversionistas extranjeros ingresan a invertir a un determinado país, ya con un convenio de estabilidad jurídica bajo el brazo.

No pudiendo modificársele dicha normatividad, a menos que dicho convenio de estabilidad jurídica señale expresamente las razones por las cuales podría el Estado cambiar sus normas para con el inversionista. Ya que en todos los Convenios de Inversión, se plantea la obligación de compensar en los casos que el cambio de normas afecte de manera sustancial la propiedad del inversionista.

Finalmente, habría que hacer referencia a que las cuestiones más controvertidas dentro de los Convenios de Inversiones, es referente a si la protección otorgada por éstos también alcanza a los perjuicios que puedan ocasionarse como consecuencia de las medidas de política económica general o respecto de las medidas de política monetaria que pudiera adoptar el Estado receptor de la Inversión.

Debido a que en América Latina, un momento crucial de la aparición de los Convenios, fue la suscitada durante la crisis económica vivida por Argentina. Por lo que en principio, habría que señalar que las medidas de política general y de política monetaria, son medidas legítimas en el ejercicio del poder soberano del Estado, es decir, en ejercicio de su *lus Imperium*. No siendo estas medidas consideradas por los países que las adoptan como medidas expropiatorias de carácter indirecto, o contrarias a la obligación de trato justo y equitativo, a menos, que dichas medidas tengan un trasfondo netamente discriminatorio, abusivo o arbitrario.

### 3.2 Contratos Ley

Dentro del ordenamiento jurídico peruano, la primera referencia a los Contratos Ley lo podemos encontrar en el artículo 1357° del Código Civil Peruano de 1984, el cual señala: “Por ley, sustentada en razones de interés social, nacional o público, pueden establecerse garantías y seguridades otorgadas por el Estado mediante contrato.” De lo cual podemos advertir que el requisito principal para que el Estado pueda otorgar garantías y seguridades mediante contratos, es el de que estos obedezcan a razones de interés social, nacional o público.

Cabe resaltar, como ya se mencionó anteriormente, la concepción que se tiene sobre el interés social o el interés público, los cuales tuvieron en el Perú siempre un trasfondo ideológico proteccionista, durante la época en la cual se promulgó el Código Civil. Sin

embargo, hay que tener también en cuenta los intereses bajo los cuales las normas, como las Constituciones han sido creadas:

*“Dentro de la historia del Constitucionalismo, el interés por desentrañar los aspectos económicos de los textos constitucionales, es acaso tan antiguo como la primera Constitución. En un análisis de la constitución americana de 1776, puede comprobarse que lo antes mencionado tiene fundamento, así, siguiendo el estudio que hizo el profesor BEARD encontramos la interpretación que este realiza, en la que concluye: **“La constitución esconde intereses concretos y muy personales.** Es enteramente falso el concepto de que la Constitución supone una pieza de legislación abstracta donde no se refleja ningún interés de grupo y no se reconoce ningún antagonismo económico. Muy al contrario, constituye la Constitución americana un documento hecho con extraordinaria destreza por hombres que tenían en la balanza sus derechos de propiedad y que, por lo mismo, apelaban directa y certeramente a intereses análogos del país en general.”<sup>101</sup>*

Como bien se señala en la cita anterior, la Constitución es un texto creado por hombres, los cuales poseen sus propios intereses, que desean no sean perjudicados por normas posteriores. Es por ello que con respecto a la Constitución Económica peruana de 1993, puede decirse que posee una estructura mucho más imparcial que la de sus antecesoras.

Un ejemplo de ello es el cambio de la frase “interés social” por el de “interés público”, lo cual fue debatido arduamente en el Congreso. Dado que este cambio de frases, al parecer tan simples, significaba un cambio radical de mentalidad. Ello debido al temor

---

<sup>101</sup> ZEGARRA VALDIVIA, Diego. El contrato-ley: los Contratos de Estabilidad jurídica. Lima: *Gaceta jurídica*, 1997, p. 19.



latente de los legisladores de que el Gobierno, pueda hacer uso del “interés social” como fundamento de sus arbitrariedades, como por ejemplo, lo sucedido durante la Reforma Agraria.

Por ello la necesidad del cambio de la ideología reinante en el país, no solo en base al temor ya señalado, sino que esta nueva Constitución de 1993 se encontraba inmersa dentro de un nuevo marco económico mundial. Dicho marco económico mundial, era una economía pro mercado y Estado limitado, creándose los gobiernos neoliberales<sup>102</sup>, con el consiguiente apoyo a las inversiones extranjeras, lo cual tuvo como uno de sus efectos el otorgar garantías y seguridades a los inversores a través de los Contratos Ley.

Es así que en nuestra Constitución de 1993, se introdujo la mención a los Contratos Ley en el segundo párrafo del artículo 62°: “Mediante contratos-ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades. No pueden ser modificados legislativamente, sin perjuicio de la protección a que se refiere el párrafo precedente.”

A lo que haría referencia el contrato-ley, es la libertad de contratar, la cual garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. No pudiendo los términos contractuales ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual solo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de

---

<sup>102</sup> CASILDA BEJAR, Ramón. América Latina y el Consenso de Washington. Se puede acceder al presente artículo a través del siguiente link: [http://cdfilorycanto-oax.org/Administrador/imagenes\\_editor/files/SESION%202-America%20Latina%20y%20el%20consenso%20de%20Washington.pdf](http://cdfilorycanto-oax.org/Administrador/imagenes_editor/files/SESION%202-America%20Latina%20y%20el%20consenso%20de%20Washington.pdf)

protección previstos en el contrato o contemplados en la ley. Todo lo cual, respondería al rol que tiene el Estado en la Economía:

*“Dentro de lo que significa la transformación del Estado contemporáneo, es importante analizar el rol interventor que este desempeña dentro del campo económico, respondiendo así a un nuevo concepto de autoridad, que GARCIA PELAYO denomina **“autoridad funcional”, la que reposa en el conocimiento de la legalidad objetiva de las cosas.***

*La evolución del rol interventor del Estado en la economía es de similar esquematización que la del Constitucionalismo Económico, por lo que nos limitaremos a enunciar las etapas que atraviesa: La serie se inicia con el Estado absoluto, el mismo que se transforma en Estado liberal como fruto de la revolución burguesa y que más adelante tomara el matiz del Estado Policía, como una reacción al puro liberalismo, hasta llegar a formas empíricas: el Estado arbitro y tutor, que evolucionan más tarde a las formas del Estado socialista o más atenuadamente del Estado social. Finalmente, el modelo que se nos propone hoy es el del Neoliberalismo, en el que el Estado cumpliría un rol general de regulación, control y eventualmente sancionador.”<sup>103</sup>*

Como podemos observar, a lo largo de la historia, los Estados han pasado por distintos tipos de Gobierno. En el caso peruano, se ha llegado a establecer dentro de su Constitución Económica a la Economía Social de Mercado, dentro de un contexto de Estado Neoliberal, gracias a ello se pueden suscribir actualmente los Contratos Ley, estableciendo garantías y otorgando seguridades a los inversionistas, inclusive se prohíbe la práctica, que aun asumen algunos estados en vía de desarrollo, de que en épocas de bonanza económica como la que actualmente vivimos en el Perú, estos

---

<sup>103</sup> *Ibíd.*, p. 23

contratos suscritos por el Estado y los inversionistas puedan ser modificados, debido a que los términos pactados en ellos no pueden ser modificados ni siquiera por una Ley.

Dicha garantía responde a la visión liberal que se tiene de los contratos, aplicando el principio "pacta sunt servanda", en donde el contrato es "ley entre las partes", actuando el Estado en la posición de un particular más, no existiendo revisión del Contrato por ninguna autoridad estatal, debiendo respetarse al máximo todas sus cláusulas.

Lo cual respondería al temor de los inversionistas respecto a que el Estado haciendo ejercicio de su Poder Soberano, empiece a revisar y cambiar las cláusulas que considera les causa perjuicio. Ello fue una práctica que se dio muchas veces en el pasado, donde se ha visto que el Estado ha desconocido totalmente la obligatoriedad que poseen sus propios acuerdos, ejerciendo su "Ius Imperium" de manera absolutamente arbitraria, remontándose a los tiempos en donde los Estados eran monarquías absolutistas, en donde los reyes hacían lo que mejor respondía a sus intereses personales.

Es por ello que tal desconocimiento de lo pactado por parte del Estado, originó que actualmente, por ejemplo en el caso peruano, se haya elevado a rango constitucional la prohibición de revisar los contratos que haya suscrito el Estado, otorgándole a estos "fuerza de ley". Claro está que como ya se dijo anteriormente no solo ello obedece al temor de los inversionistas, sino que también se debe al hecho de que el Estado peruano a partir de los 90 estuviera, al igual que la mayoría de los países en vía de

desarrollo, dentro de la competencia por atraer la mayor cantidad de inversiones extranjeras. Siendo el Contrato Ley, un buen método para lograr dicho fin.

Finalmente, lo que a resumidas cuentas se puede decir, es que como todo contrato, los Contratos-Ley no son ni malos ni buenos, tanto para el Estado ni como para el inversionista, ya que simplemente dicho tipo de contrato es un refuerzo a nivel constitucional del principio primigenio de que todo contrato es “ley entre las partes”. Teniendo el Estado que cumplir con su compromiso de respetar lo pactado dentro del contrato, ya sea este Contrato – Ley o no.

Pero lamentablemente la falta de concientización de algo tan simple como ello, hace que se califique a los países en vía de desarrollo, con el adjetivo de “subdesarrollado”. Cuando debe ser el Estado el primero en dar el ejemplo, cumpliendo lo prometido, ya que si ello fuera así, no habría la necesidad de calificar a estos contratos como Contratos – Ley.

Por ello, el uso de este tipo de contratos seguirá siendo necesario, sobre todo, tratándose de inversiones provenientes del exterior, las cuales son en su mayoría inversiones a largo plazo. Necesitando establecerse durante un tiempo considerable y razonable a fin de poder hacer que su negocio rinda y de esa manera poder ir recuperando lo invertido más una tasa de retorno que les sea redituable.

En ese sentido, cuando el Estado suscribe un contrato ley está actuando como un particular más, y no en la posición de gobernante, de esta manera dicho tipo de contratos caerían dentro del ámbito del derecho privado. Sin perjuicio, de que para poder dotar a dicho contrato de fuerza de ley, sean necesarios una serie de actos administrativos de derecho público.



## CAPITULO II

### TRATAMIENTO DE LA INVERSION EXTRANJERA

#### 1. Estándares de Protección al Inversionista Internacional

Las relaciones económicas mundiales actuales han ido expandiéndose cada vez más, debido a que el ámbito jurídico de estas ha ido creciendo con la constante celebración de Acuerdos Internacionales de Inversiones (AII), sean Acuerdos o Tratados Bilaterales de Inversión o Capítulos de Inversión incluidos en los Tratados de Libre Comercio. Pero debemos de tener en cuenta que, los Acuerdos Internacionales de Inversiones en vigor son instrumentos que forman parte de una política interna del Estado, por lo que a la pregunta de ¿si las inversiones son buenas o malas? habría que responder, que el tipo de inversiones que tiene cada país depende del tipo de políticas que haya establecido para ello. Por lo que no hay inversionista bueno o malo, simplemente hay buena o mala política de inversiones.

Por otro lado, dentro del Derecho Internacional Económico, podemos encontrar una nueva vertiente, que se encuentra actualmente en plena evolución, como es el Derecho Internacional de las Inversiones. En la cual, podemos encontrar una serie de Estándares de Protección o de tratamiento a las Inversiones, que se encuentran contenidos en los múltiples Tratados en materia de Inversiones celebrados por los

Estados, como son los Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, así como los Tratados Bilaterales de Inversión o BITs por sus siglas en inglés.

Estándares que resultan de mucha importancia luego de haber estudiado en el Capítulo I las definiciones de Inversión e Inversionista, a los cuales los Estados receptores de la Inversión, tendrán la obligación de otorgarles un tratamiento de acuerdo a los referidos Estándares que pasaremos a desarrollar.

### 1.1 Trato Nacional

Con respecto al Estándar de Trato Nacional, éste es un estándar relativo, al igual que el Estándar de Trato de Nación Más Favorecida, que tiene por finalidad colocar a los inversionistas, ya sean nacionales y/o extranjeros, en el **“mismo plano de competencia”, en igualdad de condiciones. Los estados partes de los Acuerdos Internacionales de Inversiones asumen la obligación, de carácter internacional,** de otorgar un trato no menos favorable que el otorgado a sus inversionistas nacionales, a los inversionistas e inversiones del otro Estado parte, lo que legitimaría a cualquier inversionista extranjero a reclamar por el daño que el Estado receptor le ocasione al darle un trato no acorde con el tratamiento dado a los inversionistas e inversiones nacionales, buscando la compensación por el mismo.

Por citar un ejemplo, podríamos ver la cláusula de Trato Nacional contenida en el “Convenio entre el Gobierno de la República de Argentina y el Gobierno de la República del Perú para la Promoción y la Protección recíproca de inversiones”:

**“Artículo 3: Tratamiento Nacional y Clausula de la Nación Más Favorecida**

1. *Cada Parte Contratante, una vez que haya admitido en su territorio inversiones de inversores de la otra Parte Contratante, **les otorgará un tratamiento no menos favorable que el otorgado a las inversiones de sus propios inversores nacionales o de inversores de terceros Estados**, considerando el que sea más favorable para las inversiones de inversores de la otra Parte Contratante.*

2. *Sin perjuicio de lo previsto en el párrafo (1), el tratamiento de la nación más favorecida no se aplicará a los privilegios que cada Parte Contratante acuerda a inversores de un tercer Estado como consecuencia de su participación o asociación en una zona de libre comercio, unión aduanera, mercado común o acuerdo regional similar.*

3. *Las disposiciones del párrafo (1) de este Artículo no serán interpretadas en el sentido de obligar a una Parte Contratante a extender a los inversores de la otra Parte Contratante los beneficios de cualquier tratamiento, preferencia o privilegio resultante de un acuerdo internacional relativo total o parcialmente a cuestiones impositivas.”*

En este texto podemos resaltar algunos elementos, los cuales suelen encontrarse en la mayoría de cláusulas contenidas en los Acuerdos Internacionales de Inversiones, que



tienen una cláusula de Trato Nacional como uno de los compromisos asumidos por el Estado anfitrión.

Primero, se otorga una garantía, mediante la cual el Estado receptor se obliga en otorgar de manera efectiva un trato que no puede ser menos favorable que el otorgado a los inversionistas nacionales. Este elemento implica, además de la finalidad de asegurar igualdad de armas en materia de competencia entre empresas durante el desarrollo de la inversión, la determinación de un piso (determinado por el trato que se otorgue efectivamente al nacional), debajo del cual no puede ser tratado el inversionista extranjero o su inversión, de modo tal que el aumento del estándar de trato al nacional o a su inversión implicaría también el aumento del estándar de trato al inversionista extranjero y a su inversión:

*“Clauses on National Treatment belong to the standard repertoire of bilateral investment treaties. In their typical version in European BITs, the clauses state that the foreign investor and his investments as “accorded treatment no less favorable than that which the host state accords to its own investors”. Hence the purpose of the clause is to oblige a host state to make no negative differentiation between foreign and national investors when enacting and applying its rules and regulations and thus to promote the position of the foreign investor to the level accorded to nationals. This purpose differs fundamentally from the concept of “national treatment” as it becomes known a few decades ago, especially as part of the proposed “New International Economic order”. That concept was intended to limit, as far as possible, any rights a foreign investor could derive from international law.”<sup>104</sup>*

---

<sup>104</sup> DOLZER, Rudolf and SCHREUER, Christoph. Principles of International Law. Oxford University Press, p.,178

Una segunda característica que podemos resaltar es el parámetro de comparación con respecto a los inversionistas o inversiones nacionales. Teniendo que ver primero, de qué manera se trata al nacional, para compararlo con el trato al extranjero: cuáles son los beneficios, incentivos y garantías que se otorgan a los inversionistas nacionales y a sus inversiones.

Una tercera característica es la condición para comparar, la cual es que los inversionistas e inversiones nacionales y extranjeras se encuentren en “circunstancias similares”. Éste es el elemento esencial en este concepto de tratamiento a la inversión ya que es la esencia de la “relatividad” de este estándar. Si propusiéramos una directriz para la comparación, debería señalarse que es necesario un análisis factual, caso por caso, en el que se determine, en primer lugar, cual vendría a ser la situación dentro de la que se desarrolla la inversión extranjera, de modo que se pueda afirmar que existen circunstancias similares.

Por lo tanto, el inversionista extranjero debe probar que se encuentra en circunstancias semejantes a las del inversionista nacional para poder exigir el mismo trato para él o para su inversión. De no probarse esta condición de similitud, entre el inversionista o inversión nacional respecto a la extranjera, cualquier diferencia de trato no sería violatoria de este estándar:

*“One of the principal characteristics of the National Treatment Standard is its relativity. Given that the standard invites a comparison in the treatment accorded to foreign and domestic investors, this makes a determination of its content*

*dependent on the treatment offered by a host country to domestic investors and not on some a priori absolute principle of treatment.*

*In international law, the national treatment standard has been invoked in two different contexts. In one context, the standard represents one of the competing international law doctrines for the treatment of the person and property of aliens which has come to be known as the “**Calvo doctrine**”. **Under this doctrine, which was supported especially by Latin American countries, aliens and their property are entitled only to the same treatment accorded to nationals of the host country under its national laws.***

*In contrast with this doctrine, the doctrine of State responsibility for injuries to aliens and their property, which historically has been supported by developed countries, asserts that customary international law establishes a minimum international standard of treatment to which aliens are entitled, allowing for treatment more favourable than that accorded to nationals where this falls below the international minimum standard.”<sup>105</sup>*

Finalmente, existen dos etapas en las que este estándar puede ser otorgado, desde el pre – establecimiento, en cuyo caso se busca abrir la economía a nuevas inversiones, o solo en la etapa del post establecimiento, fase en la que se busca la protección. Es por ello que debemos de considerar, qué áreas de la economía desea el Estado proteger en aras de mantener y potenciar su desarrollo económico y la posibilidad que desee reservar algunos sectores o actividades para sus nacionales. En efecto, cada Estado es totalmente soberano de proteger ciertas áreas de su economía, estableciendo reservas o excepciones, respecto de las obligaciones otorgadas por el estándar de Trato Nacional en los Acuerdos Internacionales de Inversión, incluyendo

---

<sup>105</sup> United Nations Conference on Trade and Development. National Treatment. Unctad series on Issues in International investment Agreements, p. 7.

en cada acuerdo las denominadas **“Listas de Excepciones”**, es decir, listados (que usualmente se incluyen en Anexos) en los que los Estados indican si en determinados sectores se otorga o no el estándar ofrecido en el Acuerdo Internacional de Inversión a los inversionistas o sus inversiones.

## 1.2 Nación Más Favorecida

El Estándar de la Nación Más Favorecida (NMF) es un elemento básico de los acuerdos internacionales en materia de inversión, dado que significa que el país anfitrión o host state, debe conceder a los inversionistas de un país extranjero un trato no menos favorable que el que otorga a los de cualquier otro país. Lo cual en la práctica representa un tipo de garantía en contra de ciertas formas de discriminación por los países receptores, y es sumamente importante para que exista igualdad de oportunidades de competencia entre los inversionistas de diversos países.

Por lo que este estándar puede tener también consecuencias no tan favorables, en la capacidad de maniobra de los países receptores, respecto a futuros acuerdos sobre inversiones, dado que ello podría dar lugar a lo que se conoce como “free riders” o “beneficiario sin contrapartida”:

*“Most-favored-nation (MFN) clauses have formed part of international economic treaties for centuries. Most-Favored-Nation treatment is not required under customary law. The simple goal of MFN clauses in treaties is to ensure that the relevant parties treat each other in a manner at least as favourable as they treat*

*third parties. As a relative standard, an MFN clause depends for its reach and scope on the conduct of the particular state. The clause may not have any practical significance if the state concerned fails to grant any relevant benefit to a third party. However, as soon as the state does confer a relevant benefit, it is automatically extended to the state those benefits from the MFN clause. The clause will operate, in principle, in relation to all matters that fall within the scope of the treaty containing the MFN clause.”<sup>106</sup>*

Aunque el estándar de la Nación Más Favorecida ha sido un elemento común de los tratados bilaterales sobre inversiones o BIT's durante decenios, desde hace unos años se ha procurado darle a esta norma un alcance multilateral. Además, en recientes acuerdos sobre inversiones se ha estado aplicando a etapas o fases anteriores como posteriores al establecimiento.

Por otra parte, este estándar también puede plantear excepciones, las cuales pueden ser generales, por ejemplo, por razones de seguridad nacional, también las que se encuentran basadas en razones de reciprocidad, como son los temas tributarios, con la celebración de convenios de doble tributación, e inclusive temas de propiedad intelectual, y excepciones que podrían llamarse con nombre propio, dado que van dirigidos a las inversiones o inversionistas de determinados países.

Este estándar se puede relacionar con otros estándares como son el de Mínimo Nivel de Trato y el de Trato Nacional. Pero, habría que señalar que el estándar de la Nación Más Favorecida va más allá del Mínimo Nivel de Trato exigido por el derecho

---

<sup>106</sup> DOLZER, Rudolph and SCHREUER, Christoph. Principles of International Investment Law. Oxford University Press, 2008, p. 186

internacional consuetudinario, y la NMF no alcanza tampoco a situar al inversionista extranjero en igualdad de condiciones con los inversionistas nacionales:

*“Aun cuando los acuerdos internacionales en materia de inversión contienen excepciones al trato NMF, parece que hasta la fecha las partes contratantes no han utilizado esta libertad para discriminar entre inversionistas extranjeros de distintos países fuera de los sectores en que está expresamente reconocido un trato diferencial (por ejemplo, tributación, propiedad intelectual o reconocimiento mutuo). Ahora bien, la posibilidad de hacer excepciones al trato NMF introduce un elemento de flexibilidad al tener en cuenta los objetivos de desarrollo cuando sea apropiado.”<sup>107</sup>*

Hay que resaltar que una de las disposiciones básicas de los acuerdos internacionales en materia de inversión se refiere al trato de la Nación Más Favorecida. De hecho, se podría decir que esta estándar es el cimiento para un futuro multilateralismo. Significa que el país anfitrión debe conceder a los inversionistas de un país extranjero un trato que no sea menos favorable que a los de cualquier otro país en casos similares. En otras palabras, la finalidad de este estándar es impedir la discriminación entre inversionistas de países extranjeros, es decir, evitar la discriminación por razones de nacionalidad. Al mismo tiempo, el estándar de la NMF también fija determinados límites en relación con la política presente y futura de los países receptores en materia de inversiones, dado que se les prohíbe favorecer a los inversionistas de un país extranjero con respecto a los de otro país extranjero. El trato de la Nación Más Favorecida se aplica tanto en la esfera del comercio como en la de la inversión:

---

<sup>107</sup> Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo. Trato de la Nación más Favorecida. *Publicaciones de la UNCTAD sobre temas relacionados con los acuerdos internacionales en materia de inversión*, p. 2.

*“The traditional significance of the MFN rule in economic treaties has led to its inclusion in virtually all investment treaties. In the realm of international trade law, the clause, as laid down in article I GATT, is considered one of the corner-stones of the entire regime. In trade law, the clause grants benefits wherever the parties have not previously agreed to liberalize their relations in the same ways as is done in a treaty with a third state.”<sup>108</sup>*

Ahora bien, habría que señalar que a diferencia del comercio, donde solo se aplica a las medidas en la frontera, las inversiones extranjeras ofrecen muchas más posibilidades de discriminación. Por lo que como ya se ha señalado, los países pueden establecer excepciones al trato de la NMF, habiendo los países adoptado criterios muy parecidos en relación con estas excepciones, pero existiendo también diferencias importantes entre estos.

Por lo que puede decirse que el trato de la NMF es intrínsecamente flexible, dado que pueden establecerse excepciones, cuyo fundamento no debe o no debería ser el mero capricho de los gobernantes, sino que éstas respondan a las preocupaciones de los países receptores en materia de desarrollo:

*“La norma NMF significa que un país receptor debe conceder a los inversionistas de un país extranjero el mismo trato que a los de cualquier otro país en circunstancias análogas. El principio se aplica en teoría a toda clase de actividades de inversión: operación, mantenimiento, uso, venta o liquidación. Con respecto a la admisión y el establecimiento de una inversión, los*

---

<sup>108</sup> DOLZER, Rudolph and SCHREUER, Christoph. Op. Cit., p. 186.

*compromisos internacionales para con la NMF son menos frecuentes, aunque existe cierta tendencia a una ampliación de la norma en esa dirección. De esta manera los inversionistas están protegidos incluso cuando las actividades relacionadas con la inversión se modifiquen o expandan en el transcurso del tiempo.”<sup>109</sup>*

Por otro lado, se puede decir que es posible distinguir entre varios tipos de cláusulas de Nación Más Favorecida. Éstas pueden ser unilaterales o recíprocas, condicionales o incondicionales, limitadas, ya sea por territorio, tiempo o alcance, o ilimitadas. Por lo común, el trato de la NMF se aplica, aunque con excepciones, al comercio, la inversión, el cambio de divisas, la propiedad intelectual, las inmunidades diplomáticas y el reconocimiento de los fallos judiciales extranjeros. Por ejemplo, suele ser recíproca, dado que generalmente obliga a todas las partes contratantes, incondicionalmente aplicable a todos los asuntos relacionados con la inversión.

Ahora, como ya se mencionó, no se puede afirmar que la cláusula de la NMF sea siempre redactada de la misma manera. En la mayoría de los acuerdos se hace referencia al **“trato no menos favorable” al definir el principio NMF** (por ejemplo, en el artículo II del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS)<sup>110</sup> y en el párrafo 7 del artículo 10 de la Carta Europea de la Energía).

---

<sup>109</sup> Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo. Trato de la Nación más Favorecida. Óp. Cit., p. 5

<sup>110</sup> “Artículo II (Trato de la nación más favorecida)

1. Con respect a toda medida abarcada por el presente Acuerdo, cada Miembro otorgará inmediata e incondicionalmente a los servicios y a los proveedores de servicios de cualquier otro Miembro un trato no menos favorable que el que conceda a los servicios similares y a los proveedores de servicios similares de cualquier otro país.

2. Un Miembro podrá mantener una medida incompatible con el párrafo 1 siempre que tal medida esté enumerada en el Anexo sobre Exenciones de las Obligaciones del Artículo II y cumpla las condiciones establecidas en el mismo.



El Tratado de Libre Comercio de América del Norte – TLCAN, aunque utiliza la misma terminología, contiene la precisión de que dicho trato solo se aplica “**en circunstancias similares**”. Muchos acuerdos sobre inversiones conceden a los inversionistas extranjeros y a sus inversiones el estándar de NMF. Así ocurre en el caso del TLCAN y los TBI concertados con Alemania, el Reino Unido y Suiza. En cambio, la Carta Europea de la Energía y los TBI de los Estados Unidos solo conceden el trato NMF a las inversiones. Por ejemplo, en el “Convenio entre el Gobierno de la República Argentina y el Gobierno de la República del Perú para la promoción y la protección recíproca de inversiones”, se tiene la siguiente cláusula:

***“Artículo 3: Tratamiento Nacional y Clausula de la Nación Más Favorecida***

***1. Cada Parte Contratante, una vez que haya admitido en su territorio inversiones de inversores de la otra Parte Contratante, les acordara un tratamiento no menos favorable que el otorgado a las inversiones de sus propios inversores nacionales o de inversores de terceros Estados, considerando el que sea más favorable para las inversiones de inversores de la otra Parte Contratante.”*** (Resaltado agregado)

---

3. Las disposiciones del presente Acuerdo no se interpretaran en el sentido de impedir que un Miembro confiera o conceda ventajas a países adyacentes con el fin de facilitar intercambios, limitados a las zonas fronterizas contiguas, de servicios que se produzcan y consuman localmente.

Artículo III (Transparencia)

1. Cada Miembro publicara con prontitud y, salvo en situaciones de emergencia, a más tardar en la fecha de su entrada en vigor, todas las medidas pertinentes de aplicación general que se refieran al presente Acuerdo o afecten su funcionamiento. Se publicaran asimismo los acuerdos internacionales que se refieran o afecten al comercio de servicios y de los que sea signatario un Miembro (...).”

Sin embargo, no hay ninguna prueba de que, por el hecho de utilizar términos diferentes, las partes en los diversos acuerdos hayan querido darle a las cláusulas de Nación Más Favorecida un alcance diferente. Cualquiera que sea la redacción utilizada, no se ha cambiado el objetivo de este estándar, es decir, el impedir la discriminación entre los inversionistas extranjeros que realizan inversiones en el mismo país receptor de sus inversiones.

Hay también diferencias con respecto a las actividades de inversión a las que se aplica la norma NMF. Por lo general, la cobertura de este estándar es dada de manera amplia. En el TLCAN se utilizan los términos “establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación, venta u otra disposición de inversiones”.

La Carta Europea de la Energía<sup>111</sup> abarca todas las actividades relacionadas con las inversiones, “como las de gestión, mantenimiento, uso, disfrute o liquidación”. En el tratado modelo francés se hace referencia a las “actividades relacionadas con una inversión”. El AGCS aplica la norma NMF “a toda medida abarcada por el presente Acuerdo”. También en este caso, independientemente de los términos concretos utilizados, el objetivo es abarcar todas las operaciones de inversión posibles:

***“In the context of modern investment treaties, the almost mechanical application of the MFN principle, accepted in trade law, does not operate in a similarly straightforward manner. The reason is that investment treaties contain the results of negotiations covering distinct substantive areas. When the MFN***

---

<sup>111</sup> La Carta Europea de la Energía, de diciembre de 1991, es un compromiso político entre Este-Oeste para la cooperación relativa a la energía, sin obligación legal, fue firmada por 52 Estados y por las Comunidades Europeas.

*rule is applied in such a context in a mechanical manner, the effect may be to replace the negotiated substance of the treaty rather than to add an element of cooperation.*

*Under such circumstances, the question arises whether and to what extent the MFN rule is meant to alter arrangements specifically made by the parties in the treaty. A literal application of an MFN clause may indeed have the effect of transferring a regime into the treaty in an area that the parties specifically negotiated and that they regulated in the treaty in a manner distinct from the substance of the referenced treaty.*

*It remains an open issue whether the MFN clause should be understood in such a manner or whether the intention of the parties as laid down in the text on the substantive guarantees in the treaty will place limits on the operation of an MFN rule. So far, most cases involving the MFN rule indeed concerned situations in which benefits granted in treaties with third states parties were invoked. The situation is less complex, and more comparable to the issues in the trade area, when parties to an investment treaty do not refer to an agreement with third parties but simply argue that nationals of third parties are treated de facto in a more favourable manner.”<sup>112</sup>*

Ahora bien, hay que resaltar que no todo el trato concedido por un país receptor a los inversionistas extranjeros entra dentro del ámbito del estándar de la Nación Más Favorecida. Para ello, el trato que se otorgue debe ser el que suela concederse a los inversionistas de un país extranjero determinado. Por consiguiente, si un país ha otorgado privilegios o incentivos de manera especial a un inversionista en un contrato de inversión en específico, no habría la obligación de que en virtud de la cláusula de la NMF se otorgue un trato igual a otro inversionista extranjero. El motivo es que un país

---

<sup>112</sup> DOLZER, Rudolph and SCHREUER, Christoph. Op. Cit., p. 187.

receptor no puede ser obligado a celebrar un contrato de inversión de manera individual. La libertad de contratación prevalece sobre el principio de Nación Más Favorecida.

Finalmente, el estándar de la Nación Más Favorecida no significa que los inversionistas extranjeros deban recibir igual trato independientemente de su actividad concreta en un país receptor. Un trato distinto está justificado con relación a los inversionistas de diversos países extranjeros si se encuentran en situaciones objetivas diferentes. El BIT modelo de los Estados Unidos y el NAFTA contiene una disposición expresa al respecto, según la cual solo se aplica el trato NMF a los inversionistas y a las inversiones que se encuentran en **“situaciones similares” o en “circunstancias similares”**.

Así, el criterio de la NMF no impide necesariamente que los países receptores concedan un trato diferente en sectores diferentes de actividad económica, o hagan diferencias entre empresas de distinto tamaño. Por consiguiente, un país receptor que solo concediera subvenciones a las inversiones, por ejemplo, en industrias de tecnología avanzada, y no a las realizadas en otros sectores, no estaría violando el estándar de la Nación Más Favorecida.

### 1.3 Prohibición de Requisitos de Desempeño

Los requisitos de desempeño consisten en exigir al inversor, para que pueda autorizarse y considerar su inversión como tal, el realizar determinadas conductas con el fin de que pueda insertarse y participar en la economía nacional, utilizando, en lo posible, materia prima nacional, exportar parte de la producción para incrementar el ingreso de divisas, etc. Sin embargo, estos requisitos de desempeño no se encuentran permitidos en los Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, dado que se encuentran expresamente prohibidos. Y es que en el ámbito internacional se conoce como prohibición de requisitos de desempeño, el hecho de que a la inversión extranjera ***no se le impongan obstáculos, tales como la obligación de exportar un determinado porcentaje de bienes;*** que su producto final tenga un porcentaje determinado de contenido regional; que deba preferir insumos locales; etcétera.

Por ejemplo, el Acuerdo de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre el Gobierno de Canadá y la República de Perú”, señala lo siguiente:

***“Article 7. - Performance requirements***

*Neither party may impose or enforce any of the following requirements, or enforce any commitment or undertaking, in connection with the establishment, acquisition, expansion, management, conduct or operation of an investment of an investor of a Party or a non-Party in its territory:*

- (a) to export a given level or percentage of goods;*
- (b) to achieve a given level or percentage of domestic content;*
- (c) to purchase, use or accord a preference to goods produced or services provided in its territory, or to purchase goods or services from persons in its territory;*

*(d) to relate in any way the volume or value of imports to the volume or value of exports or to the amount of foreign exchange inflows associated with such investment;*

*(e) to restrict sales of goods or services in its territory that such investment produces or provides by relating such sales in any way to the volume or value of its exports or foreign exchange earnings;*

*(f) to transfer technology, a production process or other proprietary knowledge to a person in its territory, except when the requirement is imposed or the commitment or undertaking is enforced by a court, administrative tribunal or competition authority, to remedy an alleged violation of competition laws or to act in a manner not inconsistent with other provisions of this Agreement; or*

*(g) to supply exclusive from the territory of the Party the goods it produces or the services it provides to a specific regional market or to the world market.*

*A measure that requires an investment to use a technology to meet generally applicable health, safety or environmental requirements shall not be construed to be inconsistent with paragraph 1(f). For greater certainty, Articles 3 and 4 apply to the measure.*

*Neither party may condition the receipt or continued receipt of an advantage, in connection with an investment in its territory of an investor of a Party or of a non-Party, on compliance with any of the following requirements:*

*(a) to achieve a given level or percentage of domestic content;*

*(b) to purchase, use or accord a preference to goods produced in its territory, or to purchase goods from producers in its territory;*

*(c) to relate in any way the volume or value of imports to the volume or value of exports or to the amount of foreign exchange inflows associated with such investment; or*

***(d) to restrict sales of goods or services in its territory that such investment produces or provides by relating such sales in any way to the volume or value of its exports or foreign exchange earnings.***

*1. Nothing in paragraph 3 shall be construed to prevent a Party from conditioning the receipt or continued receipt of an advantage, in connection with an investment in its territory of an investor of a Party, on compliance with a requirement to locate production, train or employ workers, construct or expand particular facilities, or carry out research and development, in its territory.*

*2. Paragraphs 1 and 3 shall not apply to any requirement other than the requirements set out in those paragraphs.*

*3. The provisions of:*

*(a) Paragraphs (1)(a), (b) and (c), and (3)(a) and (b) shall not apply to qualification requirements for goods or services with respect to export promotion and foreign aid programs;*

*(b) Paragraphs (1)(b), (c), (t) and (g), and (3)(a) and (b) shall not apply to procurement by a Party or a state enterprise; and*

*(c) Paragraphs (3)(a) and (b) shall not apply to requirements imposed by an importing Party relating to the content of goods necessary to qualify for preferential tariffs or preferential quotas.”*

Como se puede ver en el Artículo 7° del Acuerdo de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre Perú y Canadá, se encuentra prohibido imponer requisitos de desempeño a los inversionistas o a sus inversiones dentro del territorio de uno de los Estados Parte, como exigir niveles de exportación, contenido nacional mínimo, trato preferencial a proveedores nacionales, importaciones sujetas a los ingresos por

exportaciones, transferencias de tecnología y requisitos de fabricación de productos en una región determinada.

La prohibición de requisitos de desempeño ha sido considerada como uno de los principios básicos en materia de inversiones. También se ha dicho que dicha prohibición obedece a dos objetivos. El primero, eliminar cualquier tipo de distorsión al comercio que pueda surgir precisamente por la imposición de un requisito de desempeño, ya sea a los nacionales del propio país Parte, o a los inversionistas extranjeros. Y el segundo objetivo consiste en asegurar un grado de autonomía empresarial, ya que tanto la fuente del financiamiento como las decisiones de venta se encuentran sujetas al juicio del inversionista y no con base en los criterios impuestos por el país receptor de la inversión.

Sin embargo, si se podrá condicionar la recepción de una ventaja determinada al requisito de que ubique la producción, preste servicios, capacite o emplee trabajadores, construya o amplíe instalaciones particulares, o lleve a cabo investigación y desarrollo en el territorio de la parte en donde se haga la inversión. Además, la Prohibición de Requisitos de Desempeño también se encuentra señalado dentro del ordenamiento jurídico peruano, en el artículo 9 del Decreto Legislativo 757 – Dictan ley Marco para el Crecimiento de la Inversión privada:

*“Artículo 9.- De conformidad con lo prescrito en los artículos 130 y 131 de la Constitución Política, toda empresa tiene derecho a organizar y desarrollar sus actividades en la forma que juzgue conveniente.*



*Queda derogada toda disposición legal que fije modalidades de producción o índices de productividad, que prohíba u obligue a la utilización de insumos o procesos tecnológicos y, en general, que intervenga en los procesos productivos de las empresas en función al tipo de actividad económica que desarrollen, su capacidad instalada, o cualquier otro factor económico similar, salvo las disposiciones legales referidas a la higiene y seguridad industrial, la conservación del medio ambiente y la salud.”*

Como se puede observar, el ordenamiento jurídico interno, también protege a los inversionistas de las potenciales intromisiones que pudiera realizar el Gobierno respecto al uso de sus inversiones, dado que estos requisitos de desempeño son muy utilizados por los países para influenciar el comportamiento de los inversionistas. Ya que tradicionalmente, se han identificado dos tipos de requisitos de desempeño: requisitos de desempeño obligatorios y requisitos de desempeño basados en incentivos. Siendo los primeros, condiciones o requisitos impuestos en las fases de pre y/o post-establecimiento, es decir, para el establecimiento y/o operación de una inversión. Los segundos, son condiciones que el inversionista debe cumplir para recibir un subsidio gubernamental o un incentivo, encontrándose prohibidos ambos en el caso peruano, salvo casos expresamente señalados, que conlleven la protección del interés público, y que signifique un aporte al desarrollo del país, como el uso de tecnología.

Se puede decir que en general, la política sobre inversiones en Perú es liberal, por lo que la aplicación de requisitos de desempeño vendría a ser mínima. Sin embargo, a nivel interno, aun podría haber la posibilidad de que nuevos Gobiernos consideren

cambiar este tipo de políticas no intervencionistas, para poder influenciar en las inversiones de los inversionistas extranjeros, o en una mayor medida, en las inversiones de los inversionistas nacionales.

Pero habría que tener en cuenta que los requisitos de desempeño no tienen que tener solamente un trasfondo proteccionista, sino un mecanismo para que los beneficios de las inversiones corporativas sean compartidos por los países receptores. Sin embargo, como ya se indicó, existirían ciertos requisitos de desempeño que podrían ser aceptados, como el de exigir un porcentaje de contenido nacional o de compras de insumos en el país receptor que tenga como fin la integración de las empresas extranjeras al proyecto de desarrollo nacional, o lo que actualmente se conoce como “inclusión social”.

Otro tipo de requisitos válidos, sería el poder dar preferencia a la contratación de personal local, o el de fijar y alcanzar un mínimo nivel de participación local en las inversiones, resultando ser este tipo de requisitos muy importante, en lo referente a temas laborales, en cuanto que estos requisitos de desempeño también buscan el respeto de las normas en materia laboral, que no violen las Recomendaciones o las Convenciones de la Organización Internacional del Trabajo, por ejemplo, en materias de libertad sindical, negociación colectiva, trabajo infantil, trabajo forzoso y discriminación contra la mujer o las minorías.

#### **1.4 Libre Iniciativa Privada y Libertad de Organización Empresarial**

La libre iniciativa privada es considerada como uno de los fundamentos básicos que rigen el sistema económico capitalista, lo cual se contrapone a la iniciativa pública o iniciativa de realizar actividad empresarial del Estado. La libre iniciativa privada, consistiría por tanto en el predominio de la empresa privada, la prevalencia de la economía sobre el sector público y sobre el intervencionismo del Estado; en el predominio de la propiedad privada, sobre cualquier potencial injerencia que pudiera realizar el Estado sobre esta. Por lo que, para que pueda ser ejercida como tal, debe ir acompañada de la libertad económica o libre competencia, donde se dé el libre juego de la oferta y la demanda, donde sean estos los que determinen la actividad de cada agente económico según el principio ya conocido, como es el de la mano invisible definido por Adam Smith.

Esta protección de la libre iniciativa privada, se encuentra comúnmente dentro del ámbito internacional, en los Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, al señalar estos que se encuentra prohibido cualquier perjuicio a la propiedad de los inversionistas respecto de su gestión, mantenimiento, uso, goce o disposición a través de medidas injustificadas o discriminatorias. Ello en cuanto que no puede existir un real ejercicio de la libre iniciativa privada, si luego de ejercer esta, el Estado perjudica a los inversionistas a través de medidas intervencionistas o proteccionistas.

Por ejemplo, ello lo tenemos en el Convenio entre el Gobierno de la República de Argentina y el Gobierno de la República del Perú para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones:

*“Artículo 2: Promoción y Protección de Inversiones*

- 1. Cada Parte Contratante promoverá en su territorio, las inversiones de inversores de la otra Parte Contratante, y las admitirá de conformidad con sus leyes y reglamentaciones.*
- 2. Las inversiones realizadas por inversores de una de las Partes Contratantes en el territorio de la otra Parte Contratante de conformidad con las leyes y reglamentaciones de esta última gozaran de la plena protección de este Convenio.*
- 3. Cada Parte Contratante asegurará en todo momento un tratamiento justo y equitativo a las inversiones de inversores de la otra Parte contratante y no perjudicará su gestión, mantenimiento, uso, goce o disposición a través de medidas injustificadas o discriminatorias.”** (Resaltado agregado)

Por otro lado, debemos resaltar que el hecho de ejercer la libre iniciativa privada, conlleva a su vez la Libre Organización Empresarial, siendo esta el proceso de organización de los recursos, ya sean humanos, financieros y materiales, de los que dispone la empresa, para alcanzar los objetivos planteados por esta. Siendo muchas la formas bajo las cuales una empresa podría organizarse. Y esto es lo que también podemos encontrar en doctrina, como Libertad de Empresa.

Este derecho de Libre Iniciativa Privada, conjuntamente con el de Libre Organización Empresarial, es el reconocimiento del individuo como un ente libre, como un ser

creativo y proyectivo. No siendo este cualquier derecho, dado que le permite al individuo poder participar dentro de la economía de un Estado. Ello lo podemos ver en el artículo 58° de nuestra Constitución Política:

*“Artículo 58.- Economía Social de Mercado*

*La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura.”*

Esta protección de la forma de organización de cada una de las empresas, también lo podemos ver en el BIT celebrado entre Perú y Canadá:

***“Article 6: Senior management, boards of Directors and Entry of Personnel”***

*1. A party may not require that an Enterprise of that Party, that is a covered investment, appoint to senior management positions individuals of any particular nationality.*

*2. A party may require that a majority of the board of directors or any committee thereof, of an enterprise that is a covered investment be of a particular nationality, or resident in the territory of the Party, provided that the requirement does not materially impair the ability of the investor to exercise control over its investment.”*

La libertad de iniciativa privada, conjuntamente con la libertad de organización empresarial o libertad de empresa, es un derecho fundamental en el marco del

desarrollo económico de un Estado, en tanto este es uno de los medios a través de los cuales el Estado organiza la producción, así como también organiza la distribución, permitiendo por tanto que la producción de bienes y servicios que no puede o no debe brindar el Estado, puedan brindarse por los privados.

Dado que la empresa atiende a la demanda, la cual quizás no es satisfecha por el Estado, o tratada por este, a través de niveles mínimos de calidad o eficiencia. Por lo que a través del ejercicio de la libertad de empresa se atendería de manera directa, y no de manera subsidiaria a la demanda, con lo que se posibilita el ejercicio de uno de los mayores derechos del ser humano dentro de una sociedad democrática, que es el poder construir por cuenta propia nuestro propios medios de satisfacción de necesidades, volviéndonos autónomos y generadores no solo de nuestra propia riqueza, sino también de la riqueza de otros, al producir más medios de subsistencia a través de la oferta de empleos.

Esta libertad de iniciativa privada y de organización empresarial, que puede ser también definido como Libertad de Empresa, se encuentra señalada en nuestra Constitución dentro del Rol Económico del Estado, que dispone que el Estado tiene la obligación de garantizar la libertad de empresa, así como en lo referente al Pluralismo Económico:

***“Artículo 59.- Rol Económico del Estado***

*El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. El ejercicio de estas libertades no*

*debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad pública. El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad; en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades.”*

**“Artículo 60.- Pluralismo económico**

*El Estado reconoce el pluralismo económico. La economía nacional se sustenta en la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa.*

*Solo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional.*

*La actividad empresarial, pública o no pública, recibe el mismo tratamiento legal.”*

Los artículos citados, podría decirse que tenían su antecedente en el artículo 112° de la Constitución Política de 1979, en cuanto que ambos hacen referencia a la libertad de empresa, y el artículo 60° al garantizar el Pluralismo Económico:

**“Artículo 112.- El Estado garantiza el Pluralismo Económico. La economía nacional se sustenta en la coexistencia democrática de diversas formas de propiedad y de empresa. Las empresas estatales, privadas, cooperativas, autogestionadas, comunales y de cualquier otra modalidad actúan con la personería jurídica que la ley señala de acuerdo con sus características.”**

Finalmente, podemos decir que actualmente existe una obligación del Estado de garantizar la libertad de empresa, coadyuvando a crear los mecanismos jurídicos para lograr tal propósito, dado que de no hacerlo, ello significaría una contravención al texto

normativo constitucional, yendo en contra de lo señalado por la Constitución Económica.

Sin embargo, la libertad de empresa, como todo derecho, encuentra límites a su ejercicio, los cuales se encuentran en la moral; en temas de salud y seguridad pública. En ese sentido, cabría señalar que si bien la Constitución hace alusión a la moral, esta tampoco la define, no describiendo que actos son morales y cuáles no, pudiendo ser totalmente discrecional el hecho de considerar algo como moral o lesivo a la moralidad. Claro que ello, finalmente puede señalarse como la obligación de contratar con fines lícitos, proscribiendo toda contravención a las normas de orden público.

### 1.5 Libre Distribución de Dividendos

La distribución de utilidades es un derecho económico fundamental y primordial de todo socio en cualquier tipo de sociedad. Nuestra Ley General de Sociedades – Ley 26887, señala en su artículo 39° que **la distribución de beneficios a los socios se realiza en proporción a sus aportes de capital**. Sin embargo, el pacto social o el estatuto pueden fijar otras proporciones o formas distintas de distribución de los beneficios.

Todos los socios deben asumir la proporción de las pérdidas de la sociedad que se fije en el pacto social o el estatuto. Solo puede exceptuarse de esta obligación a los socios que aportan únicamente servicios. A falta de pacto expreso, las pérdidas son asumidas en la misma proporción que los beneficios. Está prohibido que el pacto social excluya a



determinados socios de las utilidades o los exonere de toda responsabilidad por las pérdidas.

Este artículo 39° de nuestra Ley General de Sociedades, se encuentra reforzado por lo señalado en el Decreto Legislativo N° 662 – Otorgan un Régimen de Estabilidad Jurídica a las Inversiones Extranjeras mediante el Reconocimiento de Ciertas Garantías:

*“Artículo 1.- El Estado promueve y garantiza las inversiones extranjeras efectuadas y por efectuarse en el país, en todos los sectores de la actividad económica y en cualesquiera de las formas empresariales o contractuales permitidas por la legislación nacional. Para estos efectos, serán consideradas como inversiones extranjeras las inversiones provenientes del exterior que se realicen en actividades económicas generadoras de renta, bajo cualquiera de las siguientes modalidades:*

- a) Aportes de propiedad de personas naturales o jurídicas extranjeras, canalizadas a través del Sistema Financiero Nacional, al capital de una empresa nueva o existente en cualquiera de las formas societarias señaladas en la Ley General de Sociedades, en moneda libremente convertible o en bienes físicos o tangibles, tales como plantas industriales, maquinas nuevas y reacondicionadas, equipos nuevos y reacondicionados, repuestos, piezas y partes, materias primas y productos intermedios; (...)*”

*“Artículo 7.- Se garantiza el derecho de los inversionistas extranjeros a transferir al exterior, en divisas libremente convertibles, sin autorización previa de ninguna autoridad del Gobierno Central u Organismos Públicos*

*Descentralizados, Gobiernos Regionales o Gobiernos Municipales, previo pago de los impuestos de ley.”*

Esta garantía a la libre distribución de dividendos, es un derecho económico fundamental a ser ejercido por cualquier inversionista, en cuanto le permite poder recuperar lo invertido en una determinada empresa. Ello resulta primordial en el caso peruano, debido a que el Perú ha ido logrando a lo largo de muchos años la solidez y estabilidad económica necesaria para la recepción de capitales extranjeros deseosos de invertir en nuestro territorio.

Pero ese interés por parte de los inversionistas, ya sean nacionales o extranjeros, solo se mantiene, si así como se les permite establecerse libremente en nuestro país, también se les permita recuperar sus ganancias, sin ninguna medida intervencionista por parte del Estado. Es por ello, que la distribución de dividendos es una de las políticas económicas y financieras de mayor trascendencia, tanto para los administradores como para los inversionistas, en la medida que afecta de manera directa sus intereses y expectativas de cada uno de ellos.

Lo anteriormente expuesto también se encuentra reflejado en el Decreto Legislativo N° 757 – Dictan Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada:

**“Artículo 1.-** *La presente Ley tiene por objeto garantizar la libre iniciativa y las inversiones privadas, efectuadas o por efectuarse, en todos los sectores de la actividad económica y en cualesquiera de las formas empresariales o contractuales permitidas por la Constitución y las Leyes. Establece derechos,*

*garantías y obligaciones que son de aplicación a todas, las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, que sean titulares de inversiones en el país. Sus normas son de observancia obligatoria por todos los organismos del Estado, ya sean del Gobierno Central, Gobiernos Regionales, o Locales, a todo nivel.”*

*“Artículo 2.- El Estado garantiza la libre iniciativa privada. La Economía Social de Mercado se desarrolla sobre la base de la libre competencia y el libre acceso a la actividad económica.”*

*“Artículo 3.- Se entiende por libre iniciativa privada el derecho que tiene toda persona natural o jurídica a dedicarse a la actividad económica de su preferencia, que comprende la producción o comercialización de bienes o la prestación de servicios, en concordancia con lo establecido por la Constitución, los tratados internacionales suscritos por el Perú y las Leyes.”*

*“Artículo 10.- El Estado garantiza el derecho a las empresas, cualquiera que sea la forma empresarial que adopten, **a acordar libremente la distribución del íntegro de las utilidades o dividendos que generen y el derecho de los inversionistas a recibir la totalidad de lo que les corresponda**, inclusive los referidos al ejercicio en curso de acuerdo a balances periódicos, sin perjuicio de las obligaciones concernientes a la participación de los trabajadores, la reserva legal y las responsabilidades del caso conforme a lo establecido en la Ley General de Sociedades, siempre que se cumplan con las obligaciones tributarias pertinentes. **La distribución de utilidades de las empresas del sistema financiero se rigen por la Ley de la Materia.**”*

En base a los artículos precedentes, vemos que el estado peruano garantiza la libre iniciativa privada, que es uno de los presupuestos básicos dentro de una Economía Social de Mercado, lo cual se traduce en el derecho que toda persona tiene de ingresar en la actividad económica de su preferencia. Por lo que todo derecho a la libre iniciativa

privada, debe de ir acompañado del derecho que le permita al inversionista recuperar lo invertido, por ello es necesario garantizar el derecho a la libre distribución de dividendos.

Es el inversionista quien en primer lugar es el más interesado y el más afectado por las políticas de distribución de dividendos de una compañía. Dado que todo inversionista invierte con el objetivo de obtener rendimientos continuos y estables en un determinado periodo. Este derecho a la libre transferencia de dividendos, también lo podemos encontrar respaldado en instrumentos internacionales, como el Convenio entre el Gobierno de la República Argentina y el Gobierno de la República del Perú para la Promoción y la Protección Recíproca de Inversiones:

**“Artículo 6: Transferencias**

*1. Cada Parte Contratante otorgará a los inversores de la otra Parte Contratante la libre transferencia de los pagos relacionados con una inversión y, en particular, aunque no exclusivamente de:*

*a. El capital de la inversión y de las inversiones, así como las sumas adicionales necesarias para el mantenimiento y desarrollo de las inversiones.*

***b. La totalidad de las ganancias;***

*c. Los fondos para el reembolso de los préstamos tal como se definen en el artículo 1, párrafo (1), (c), así como sus intereses; (...)*” (Resaltado agregado)

Finalmente, debemos señalar que el derecho al dividendo dimana del título accionario que confiere a su titular la calidad de socio, el cual le permite participar en la

distribución de las utilidades. Es un derecho incorporado al título accionario que, a diferencia de otros títulos de crédito que otorgan a su poseedor el derecho de exigir una suma determinada, convirtiéndolo en un simple acreedor; la acción confiere la posesión de la calidad de socio, circunstancia que trasciende la relación crediticia, sin eliminarla. El derecho al dividendo derivaría del derecho a las utilidades, el cual es correlativo a la obligación de asumir las pérdidas. Por lo que así como el inversionista puede obtener ganancias, también es posible de sufrir pérdidas.

Sin embargo, las ganancias o pérdidas que sufra el inversionista debe de ser producto de la libre competencia en el mercado, o daño concurrencial, y no por actuaciones proteccionistas del Estado. Teniendo el Estado la obligación de garantizar el reparto de utilidades, no solo porque dicho derecho es consustancial al status de accionista, sino que ello va ligado a un derecho de fundamental importancia en toda sociedad, que es el derecho de propiedad.

## 1.6 Garantías

Una de las primeras garantías contra la expropiación, la tenemos en el artículo 70° de nuestra Constitución Política, en la cual se puede apreciar tres partes bien marcadas: **(i) la declaración expresa de que la propiedad es inviolable, (ii) el señalamiento de los límites al ejercicio de la propiedad, y (iii) la regulación de la expropiación. Con respecto a la inviolabilidad de la propiedad, ello significaría la no afectación, el no desconocimiento o cuestionar su titularidad.**

Inviolable significaría, por tanto, que el propietario no puede ser privado de su derecho, salvo que sea por una decisión judicial. Prohibiéndose la violación del derecho de propiedad, ya sea por parte de un particular o del Estado. Este último, por el contrario, tiene el deber de garantizarla, es decir, asegurar que se respetará la propiedad y que la hará respetar. **Hay pues una evidente relación entre la inviolabilidad de la propiedad que,** el Estado garantiza o asegura, y su inclusión como derecho fundamental en el artículo 2°, inciso 16 de la Constitución:

*“La “inviolabilidad” de la propiedad en el Texto Constitucional está más referida a que el Estado no puede privar de ella a los particulares, salvo que sea a través de la expropiación. Esto es así en la doctrina, y se infiere también del hecho de que a continuación de la inviolabilidad esta consignada, casi de inmediato, la expropiación. En la constitución de 1979 esto era más notorio porque la expropiación venía inmediatamente después de la declaración de inviolabilidad. En la Constitución actual se ha intercalado el tema del ejercicio y sus límites. Pero inmediatamente después viene la regulación de la expropiación. Es el Estado entonces quien en primer lugar debe respetar la propiedad privada. No puede tocarla, menos aún apropiársela.”<sup>113</sup>*

La Constitución no solo plantea la garantía de no ser expropiado, salvo que esta se realice por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por Ley, y previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio, sino que aunque textualmente no se señale en su artículo 70°, una garantía primordial, sería que el acto de expropiación, sea un acto respaldado por

---

<sup>113</sup> AVENDANO VALDEZ, Jorge. Artículo 70: Derecho de Propiedad. Expropiación. *La Constitución comentada. TOMO I. Gaceta jurídica*, p. 943

todo un procedimiento legal adecuado para promover la transmisión imperativa de derechos, demostrando la necesidad de hacer prevalecer el interés general, cuando este colisiona con interés privados.

Por lo que la expropiación, ya sea física o indirecta, **estaría caracterizada por ser una potestad administrativa**, que se encuentra dirigida en hacer prevalecer de forma eficaz y eficiente el interés general, así como el de otorgar un conjunto de garantías a los particulares para que estos puedan defender sus derechos patrimoniales. El equilibrio entre ambas se alcanzaría siempre de forma dinámica a través de un procedimiento previo, descansando ahí su importancia. El procedimiento de expropiación se caracterizaría por ser en sí mismo una de las garantías de la propiedad privada frente al poder expropiatorio, en ejercicio de la potestad pública del Estado.

Podríamos decir que el procedimiento expropiatorio, será aquel que nos garantice que las expropiaciones se darán bajo un marco de respeto a los derechos de propiedad. Este procedimiento se encontraría contenido en las disposiciones de la Ley N° 27117, que es nuestra Ley General de Expropiaciones, la cual si bien se encuentra enfocada en las expropiaciones físicas, podría darnos cierto panorama para una potencial modificación de su contenido, o posterior promulgación de una ley de expropiaciones enfocada en las expropiaciones indirectas, o en ambos tipos de expropiación.

Esta Ley General de Expropiaciones señala en primer lugar, que la expropiación a que se refiere el Artículo 70° de la Constitución Política, el Artículo 928<sup>114</sup> del Código Civil y los Artículos 519° a 532° del Código Procesal Civil, se regirán por esta Ley. Además, establece un concepto de lo que debe entenderse por Expropiación, lo cual garantizaría a los propietarios si los actos cometidos por el Estado encajarían o no dentro de lo que se consideraría como un acto expropiatorio.

La Ley General de Expropiaciones define el acto de expropiar como aquel acto de derecho público que **consiste en la transferencia forzosa del derecho de propiedad privada, autorizada únicamente por Ley expresa del Congreso en favor del Estado**, a iniciativa del Poder Ejecutivo, Regiones o Gobiernos Locales y previo pago en efectivo de la indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio.

Como segundo tipo de garantías enfocadas a las inversiones, podemos encontrar las establecidas en el Decreto Legislativo N° 662 – Otorgan un Régimen de Estabilidad Jurídica a las Inversiones Extranjeras mediante el Reconocimiento de Ciertas Garantías, en el cual se señala que el Congreso de la República mediante la Resolución Legislativa N° 25312<sup>115</sup> ha ratificado el Convenio Constitutivo de la Agencia Multilateral de Garantía a las Inversiones Extranjeras (MIGA) con el objeto de crear un

---

<sup>114</sup> Régimen legal de la expropiación

Artículo 928.- La expropiación se rige por la legislación de la materia.

<sup>115</sup> Esta Resolución Legislativa señala que el Congreso de la República del Perú, en uso de la facultad que le confieren los Artículos 102 y 186, inciso 3) de la Constitución Política del Perú, había resuelto aprobar el “Convenio Constitutivo del Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones” adoptado en la ciudad de Seúl el 11 de Octubre de 1985, y suscrito por el Perú el 19 de Diciembre de 1990.



clima favorable a las inversiones extranjeras que contribuyan a la expansión de la economía de la libre empresa en el país.

Además, se hace referencia a que la inversión extranjera y la transferencia de tecnología son vitales para el dinamismo económico que se requiere imprimir al desarrollo del país como necesario complemento de la inversión nacional, tal como lo disponía el artículo 137° de la Constitución de 1979, el cual señalaba que “el Estado autoriza, registra y supervisa la inversión extranjera directa y la transferencia de tecnología foránea como complementarias de las nacionales, siempre que estimulen el empleo, la capitalización del país, la participación del capital nacional, y contribuya al desarrollo en concordancia con los planes económicos y la política de integración”.

En ese sentido, una de las garantías que otorga este Decreto Legislativo es el establecimiento de un régimen de estabilidad jurídica a los inversionistas extranjeros mediante el reconocimiento de ciertas garantías que les aseguren la continuidad de las reglas establecidas, a fin de poder fomentar la inversión extranjera y la transferencia de tecnología, sin afectar las ganancias futuras de estos, a través del cambio potencial de las “reglas de juego” bajo las cuales venían ejecutando y desarrollando su inversión.

También podemos encontrar garantías en el Decreto Legislativo N° 757 – Dictan Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada, el cual tiene como finalidad, la necesidad de consolidar el programa de reformas estructurales de la economía que había emprendido el Gobierno en ese entonces, por lo que para cumplir con este fin,

resultaba indispensable eliminar todas las trabas y distorsiones legales y administrativas que entorpecían el desarrollo de las actividades económicas y restringían la libre iniciativa privada, restándole competitividad a las empresas privadas, lo que es esencial para una exitosa inserción en el mercado internacional, resultando por ello necesario dictar disposiciones que otorguen seguridad jurídica a los inversionistas e incentivar un modelo de desarrollo que armonice la inversión productiva con la conservación del medio ambiente.

En este Decreto Legislativo se indica textualmente en su artículo 1°, que la presente Ley tiene por objeto garantizar la libre iniciativa y las inversiones privadas, efectuadas o por efectuarse, en todos los sectores de la actividad económica y en cualesquiera de las formas empresariales o contractuales permitidas por la Constitución y las Leyes. **También se señala que esta ley establece derechos, garantías y obligaciones que son de aplicación a todas, las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras**, que sean titulares de inversiones en el país. Asimismo, se establece, que sus normas son de observancia obligatoria por todos los organismos del Estado, ya sean del Gobierno Central, Gobiernos Regionales, o Locales, a todo nivel.

Como podemos ver, en todo lo anteriormente expuesto, el Estado ofrece una serie de garantías a los inversionistas, respecto a sus inversiones, resaltando asimismo, el hecho de que la Constitución protege a las inversiones frente a los actos de expropiación que pudiera cometer el Estado, señalando expresamente bajo qué

circunstancias se podrían dar estos, y cuales serían aquellas condiciones a cumplirse para que esta pueda ser considerada como legal.

Por otro lado, los Decretos Legislativos N° 662 y 757, ofrecen una serie de garantías, mínimas a los inversionistas respecto a la protección de sus inversiones, como el señalar que los inversionistas extranjeros y las empresas en las que estos participan tienen los mismos derechos y obligaciones que los inversionistas y empresas nacionales, eliminando de esta manera cualquier acto de discriminación que pudiera darse entre inversionistas por motivos de su origen.

Estableciéndose además, el respeto al derecho de propiedad, el cual solo se encontraría limitado, por los límites que textualmente señala la Constitución Política del Perú, ya estudiadas en párrafos anteriores. Asimismo, otra garantía al derecho de propiedad, vendría a ser respecto a los derechos de propiedad intelectual e industrial de los inversionistas extranjeros, que se encuentran sometidos a las mismas condiciones que se aplican a los inversionistas nacionales, reforzándose una vez más, lo señalado anteriormente, sobre la no discriminación entre inversionistas extranjeros y nacionales.

Adicionalmente, también se les otorga a los inversionistas extranjeros los derechos a la libertad de comercio e industria y a la libertad de exportación e importación, como también se les otorga, a estos y a las empresas en la que estos participan, las

garantías de poder adquirir acciones, participaciones o derechos de propiedad de inversionistas nacionales o subregionales.

Otra garantía que resulta ser de importancia para los inversionistas, es respecto a la libre convertibilidad de la moneda, otorgándose a los inversionistas extranjeros, el derecho de utilizar el tipo de cambio-compra más favorable al momento de efectuar la operación cambiaria.

Pero dentro de todas las garantías señaladas anteriormente, la más importante resulta ser la de estabilidad jurídica a la inversión extranjera, el cual **con el solo requisito de haber presentado ante el Organismo Nacional Competente el Formulario Preliminar de Inversión, y;** con anterioridad o dentro de los doce meses siguientes a la obtención del título habilitante, el referido Organismo Nacional Competente, en representación del Estado, podrá celebrar convenios para garantizar a los inversionistas, los siguientes derechos:

**a) Estabilidad del Régimen Tributario vigente al momento de celebrarse el convenio**

En virtud de la estabilidad del régimen tributario, se garantiza al inversionista extranjero que con respecto al impuesto a la renta de cargo de la empresa receptora de la inversión y al que afecte las utilidades que se le atribuyan, y/o los dividendos que se

distribuyan en su favor, que no se verá afectado con una tasa mayor que aquella considerada en el convenio correspondiente.

**b) Estabilidad del régimen de libre disponibilidad de divisas y de los derechos contemplados en los artículos 7° y 9° del Decreto Legislativo N° 662**

El artículo 7° garantiza el derecho de los inversionistas extranjeros a transferir al exterior, en divisas libremente convertibles, sin autorización previa de ninguna autoridad del Gobierno Central u Organismos Públicos Descentralizados, Gobiernos Regionales o gobiernos Municipales, previo pago de los impuestos de ley:

- i) El integro de sus capitales provenientes de las inversiones contempladas en el Artículo 1° del referido Decreto Legislativo y registradas ante el Organismo Nacional Competente, incluyendo la venta de acciones, participaciones o derechos, reducción de capital o liquidación parcial o total de empresas; y,
- ii) El integro de los dividendos o las utilidades netas comprobadas provenientes de su inversión así como las contraprestaciones por el uso o disfrute de bienes ubicados físicamente en el país, registrada ante el Organismo Nacional Competente y de las regalías y contraprestaciones por el uso y transferencia de tecnología, incluido cualquier otro elemento constitutivo de propiedad industrial que autorice el Organismo Nacional Competente.

Y el artículo 9° garantiza que en todos los casos en que corresponda convertir la moneda extranjera a moneda nacional, los inversionistas extranjeros tendrán derecho a utilizar el tipo de cambio compra más favorable al momento de efectuar la operación cambiaria. Tratándose de conversión de moneda nacional a moneda extranjera, tendrán derecho a utilizar el tipo de cambio venta más favorable al momento de efectuar la operación cambiaria.

**c) Estabilidad del Derecho a la no discriminación contemplado en el artículo 2° del Decreto Legislativo N° 662**

El cual señala que los inversionistas extranjeros y las empresas en las que estos participan tienen los mismos derechos y obligaciones que los inversionistas y empresas nacionales, sin más excepciones que las que establecen la Constitución Política del Perú y las disposiciones del Decreto Legislativo N° 662. **En ningún caso el ordenamiento jurídico nacional discriminara entre inversionistas ni entre empresas en función a la participación nacional o extranjera de sus inversiones.**

Finalmente, dentro de los mecanismos de protección contra los potenciales actos de expropiación de los Estados, podemos decir que tenemos dos grandes seguros ofrecidos a nivel internacional, los cuales serían el MIGA y el OPIC. El Multilateral Investment Guarantee Agency (MIGA) u Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones que es miembro del Grupo del Banco Mundial. Siendo una de sus misiones

la de promoción de la inversión extranjera directa (IED) en países en desarrollo ofreciendo garantías (seguros contra riesgos políticos) a inversionistas y prestamistas.

Estos seguros del MIGA protegen las inversiones contra riesgos no comerciales y pueden ayudar a los inversionistas a acceder a fuentes de financiamiento con mejores condiciones y términos financieros. Este organismo tiene como una de sus ventajas, su pertenencia al Grupo del Banco Mundial, aprovechando su estructura como organismo internacional que incluye entre sus accionistas a la mayoría de los países del mundo:

***“La misión del Banco Mundial es combatir la pobreza, el tema más apremiante a nivel mundial en materia de desarrollo. Los esfuerzos se centran en alcanzar los objetivos de desarrollo del milenio que buscan erradicar la pobreza y lograr el desarrollo sostenible<sup>116</sup>. Estos objetivos proporcionan metas y criterios para medir los resultados.***

***Desafío: Muchos de los Objetivos de Desarrollo del Milenio de Naciones Unidas para 2015 parecen imposibles de alcanzar para los países más pobres del mundo. Se estima que 1.400 millones de personas sobreviven con ingresos de US\$1,25 al día o menos. El alza de los precios de los alimentos amenaza con aumentar el hambre y la malnutrición y el cambio climático afecta la agricultura, el pilar fundamental de la mayoría de las personas en las naciones pobres. Por otra parte, las enfermedades transmisibles, en especial el VIH/SIDA y el paludismo, se han generalizado. Muchos de los países más pobres de África no tienen acceso al mar y no cuentan con un servicio fiable de electricidad, lo***

---

<sup>116</sup> La Declaración del Milenio, suscrita por 189 jefes de Estado en la Asamblea General de la ONU en el año 2000, fue un llamado global para poner en el centro de la acción política, social y económica el combate contra los efectos deshumanizantes de la pobreza. De ella emanaron los Objetivos de Desarrollo del Milenio, que constituyen una expresión concreta del enfoque de desarrollo humano y sus aspiraciones.

**que dificulta el desarrollo de los negocios y el comercio.**<sup>117</sup> (Resaltado agregado)

El otro mecanismo de protección de las inversiones es el OPIC (Overseas Private Investment Corporation), el cual es una institución financiera del Gobierno de los Estados Unidos, que trabaja movilizándolo capital privado para ayudar a resolver los desafíos críticos de desarrollo y, al hacerlo, colabora con los avances de la política exterior de los Estados Unidos.

Es debido a las obras de la OPIC con el sector privado, ayudando a las empresas estadounidenses, que estas han ido ganando espacio dentro de los mercados emergentes, aumentando las oportunidades de crecimiento, tanto en Estados Unidos como en el extranjero. Siendo una de las funciones primordiales de la OPIC la de proporcionar a los inversores, garantías, seguros de riesgo político y el apoyo a capital privado en fondos de inversión. Esto lo podemos ver en el estatuto de la OPIC:

***“Sec. 101. General Policy. - (a) The Congress finds that fundamental political, economic, and technological changes have resulted in the interdependence of nations. The congress declares that the individual liberties, economic prosperity, and security of the people of the United States are best sustained and enhanced in a community of nations which respect individual civil and economic rights and freedoms and which work together to use wisely the world’s limited resources in an open and equitable international economic system. Furthermore, the Congress reaffirms the traditional humanitarian ideals***

---

<sup>117</sup> Los objetivos del Banco Mundial pueden encontrarse en su página web, a través del siguiente enlace: <http://web.worldbank.org/WBSITE/>



*of the American People and renews its commitment to assist people in developing countries to eliminate hunger, poverty, illness, and ignorance.*

*Therefore, the Congress declares that a Principal Objective of the Foreign policy of the United States is the Encouragement and Sustained Support of the people of developing countries in their efforts to acquire the knowledge and resources essential to development and to build the economic, political, and social institutions which will improve the quality of their lives.*

*United States Development Cooperation Policy should emphasize five principal goals: (1) the alleviation of the worst physical manifestations of poverty among the world's poor majority; (2) the promotion of conditions enabling developing countries to achieve self-sustaining economic growth with equitable distribution of benefits; (3) the encouragement of development processes in which individual civil and economic rights are respected and enhanced; (4) the integration of the developing countries into an open and equitable international economic system; and (5) the promotion of good governance through combating corruption and improving transparency and accountability.*

*The congress declares that pursuit of these goals requires that development concerns be fully reflected in United States foreign policy and that United States development resources be effectively and efficiently utilized.*

*(b) Under the Policy guidance of the Secretary of State, the agency primarily responsible for administering this part should have the responsibility for coordinating all United States development-related activities.”*

Como podemos ver, estos dos mecanismos de garantía, aseguran las inversiones transfronterizas, lo cual incluye nuevas inversiones, así como también, inversiones relacionadas con la ampliación, modernización o mejora de proyectos existentes, o

aqueellos casos en que el inversionista demuestra tanto los beneficios del proyecto en términos de desarrollo como un compromiso a largo plazo con dicho proyecto. También podrían ser consideradas como inversiones asegurables o elegibles, aquellas adquisiciones de empresas estatales en un contexto de privatización.

Ambos mecanismos de garantía, tienen como objetivo en común la promoción del crecimiento económico y desarrollo de proyectos financiera y económicamente viables, que también sean ambientalmente favorables y consistentes con las normas laborales y los objetivos de desarrollo del país.

### **1.7 Nivel Mínimo de Trato**

Este concepto lo podemos encontrar en varios acuerdos de inversión, en los cuales se hace referencia a que el país anfitrión otorgará a las inversiones de inversionistas extranjeros un trato acorde con el estándar mínimo establecido por las normas del derecho internacional consuetudinario. Por lo que, de manera general, podríamos decir que los Estados no cumplirían con este estándar si actuaran de mala fe, o de forma arbitraria y totalmente discrecional.

En ese sentido, una de las posturas es la demostración de que la actuación del Estado estuvo tan por debajo de los estándares internacionales que cualquier persona razonable e imparcial reconocería a simple vista la vulneración a los derechos de los inversionistas. Este estándar proviene del desarrollo alcanzado por los Estados, a

través de las múltiples relaciones económicas a lo largo de la historia. El cual, por ejemplo, lo podemos identificar en el BIT suscrito entre Perú y Canadá, cuyo artículo 5° señala:

***“1. Each party shall accord to covered investments treatment in accordance with the customary international law minimum standard of treatment of aliens, including fair and equitable treatment and full protection and security.***

*2. The concepts of “fair and equitable treatment” and “full protection and security” in paragraph 1 do not require treatment in addition to or beyond that which is requires by the customary international law minimum standard of treatment of aliens.*

*3. A determination that there has been a breach of another provision of this Agreement, or of a separate international agreement, does not establish that there has been a breach of this Article.”*

En el Perú, la inversión extranjera ha tenido un crecimiento importante desde la década de los noventa en gran medida como resultado de la decisión del Estado Peruano de adoptar una serie de políticas estructurales de apertura comercial, integración económica con otras regiones del mundo y políticas de estabilidad macroeconómica. Debido a que a inicios de la década de los noventa, el estado peruano inicio un proceso de transformación sustantiva del modelo de desarrollo económico que había estado adoptando.

Sin embargo, cabe señalar que estos cambios no fueron exclusivos del estado peruano, sino que fue parte de corrientes mayores de transformación relacionadas con la “globalización” de la economía y una reorientación del papel del Estado que fue común, con matices propios en cada país, a la región de América Latina y en general, a otras regiones del mundo como el sureste asiático y Europa Oriental.

Es por ello que se fueron estableciendo de manera consensuada ciertos estándares de trato a los inversionistas, que permitían proteger tanto a estos como a sus inversiones en otros países, deviniendo el estándar de nivel mínimo de trato, en un estándar que trata de establecer un piso, del cual no deben de bajar las actuaciones de los Estados, por más que el trato que den los Estados anfitriones a sus nacionales, sea un trato inferior comparado al que deben de dar a los inversionistas extranjeros.

Como ya hemos visto en el artículo citado del BIT suscrito entre Canadá y Perú, la disposición sobre nivel mínimo de trato obliga a los gobiernos a otorgar a los inversionistas de la otra Parte un trato acorde con el derecho internacional consuetudinario, incluido trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas. Sin embargo, la interpretación que algunos tribunales le han dado a esta obligación ha sido demasiado amplia. Esta preocupación llevó a que los países signatarios del TLCAN emitieran en el 2001, a través de su Comisión de Libre Comercio, una nota interpretativa del capítulo de inversión con la intención de acotar su alcance.

Esta nota establece que los conceptos de “trato justo y equitativo” y “protección y seguridades plenas” no implican la obligación de las partes a otorgar un trato adicional al requerido por el nivel mínimo de trato a los extranjeros propio del derecho internacional consuetudinario. Es decir, se acota el margen de maniobra de los tribunales arbitrales y estos no tendrán libertad absoluta para fijar el estándar respecto al concepto de nivel mínimo de trato a los inversionistas. Por el contrario, dicho estándar deberá necesariamente estar ligado a los parámetros establecidos previamente, a través del derecho internacional consuetudinario para el trato a los inversionistas extranjeros.

Este estándar de nivel mínimo de trato surge como producto de una época de acelerado cambio tecnológico, donde las necesidades de inversión son cada vez más grandes en todo el mundo. Lo cual ha propiciado una fuerte competencia internacional para atraer inversiones, en donde participan tanto naciones desarrolladas como las que se encuentran aún en vía de desarrollo.

Dado que, la inversión extranjera es uno de los pilares principales en los que se basa el desarrollo de la economía de los países, ya que de ello depende el nivel de crecimiento de la producción, los flujos de capital para financiar la cuenta corriente y la transferencia de tecnología, entre otras cosas. Esto trae como consecuencia que los países se esfuercen en tratar de mejorar cada vez sus condiciones internas y volverse atractivos para los inversionistas extranjeros.

Asimismo, habiendo citado el TLCAN, debemos señalar que este Tratado abre la puerta a tres países para lograr una mejora en captación de inversión extranjera, ya que da más facilidades y libertades a los inversionistas para invertir en alguno de los países miembros. El tratado proporciona el modelo de los elementos que han pasado a formar parte de los convenios de inversión. Estos elementos serían: **protección contra la expropiación directa e indirecta; derechos para establecer una inversión; derechos al Trato Nacional y al Trato de Nación Más Favorecida; garantía del Nivel Mínimo de Trato para los Inversionistas extranjeros; protección especial contra requisitos de desempeño y contra requisitos relativos a empleo de personal; y derecho a repartir todo tipo de fondos.**

Es en el TLCAN donde vemos que tanto en los BITs como en los TLCs suscritos entre países, el capítulo de Inversión es uno de los más importantes de estos, ya que en él se manifiesta el cambio más importante en materia de inversión extranjera, regulando esta en aras de facilitar e incrementar su acceso a los Estados. Pudiendo definirse el concepto de inversión como la inversión en el empleo productivo de los bienes económicos, en otras palabras, la actividad que da como resultado una magnitud de bienes económicos mayor que la empleada, pudiendo consistir estos bienes económicos en riquezas o medios monetarios.

En el TLCAN como en otros muchos tratados de inversiones, la No discriminación es el principio fundamental sobre el que se basan las disposiciones relativas a la inversión, ya que este principio engloba los principios de: La Nación Más Favorecida (NMF), Trato

Nacional (TN) y Nivel Mínimo de Trato (NMT). Estando cada país miembro del TLCAN obligado a otorgar un trato acorde con el derecho internacional, a la inversión proveniente de cualquiera de los otros países del TLCAN.

Estos principios se caracterizan por ser estándares relativos, excepto el de Nivel Mínimo de Trato, dado que este no está sujeto a una comparación entre el trato dado a los inversionistas extranjeros y el otorgado a los inversionistas nacionales o a los inversionistas de un tercer país.

Lo anterior implica que el contenido del estándar de Nivel Mínimo de Trato no se determina en función del tratamiento que un país otorga, ya sea a sus inversionistas nacionales o a los inversionistas de un tercer país, siendo este un estándar absoluto. A diferencia de las cláusulas de Trato Nacional y Nación Más Favorecida, que son estándares relativos, y que buscan asegurar el acceso al mercado a los inversionistas extranjeros en términos iguales a los que disfrutaban los inversionistas nacionales, así como impedir que el país anfitrión otorgue acceso preferencial a ciertas empresas en detrimento de otras, al negarles a estas últimas las mismas oportunidades comerciales.

Finalmente, podemos decir que el estándar del Nivel Mínimo de Trato se considera una obligación absoluta, ya que las partes contratantes de un acuerdo deben proporcionar un trato justo y equitativo, **independientemente del nivel de trato que proporcionen a sus propios nacionales, ya que el trato debe ir acorde con el derecho internacional.** Dado que este estándar requiere que una Parte otorgue a la inversión

de otra Parte trato acorde con el derecho internacional consuetudinario, incluido trato justo y equitativo, así como protección y seguridades plenas, aunque ello puede variar de tratado en tratado.

Asimismo, a los inversionistas que sufran pérdidas a causa de conflictos armados o contiendas civiles, se les debe otorgar un trato que no sea discriminatorio respecto de cualquier medida que se mantenga o adopte en relación con estas pérdidas. Por lo que este estándar tendría como fin el de disminuir la aplicación de facultades discrecionales por parte de las autoridades.

Es así que, a lo largo de varias controversias en las que se han visto involucrados los Estados miembros del TLCAN, ha surgido un debate en torno a cuál es el verdadero alcance del estándar del Nivel Mínimo de Trato. El entendimiento de México, Estados Unidos y Canadá, a este respecto, ha sido que la obligación contenida en el artículo 1105 (1) exigiría otorgar a las inversiones de los inversionistas este estándar de Nivel Mínimo de Trato conforme al derecho internacional consuetudinario.

Los países miembros del TLCAN habían acordado que las referencias de “trato justo y equitativo” y “protección y seguridad plenas” no amplían las obligaciones de las Partes más allá de lo que hubieren concedido por el derecho internacional consuetudinario. Cabe resaltar que México adopto desde la Constitución de 1857 (y sigue vigente en la Constitución actual) la “Clausula Calvo”<sup>118</sup> cuya doctrina consiste en otorgar

---

<sup>118</sup> REYNA BAEZA, Marisol. Tesis “Análisis del Convenio del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a las Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados y la entrada de México en este”. Asesor: José Alejandro Romero Carreto.



jurídicamente a los extranjeros la misma condición que a los nacionales del país en el que aquel se encuentren; es por eso que los extranjeros deben de someterse tanto al derecho como a las autoridades del país receptor. Esta cláusula tiene el objeto de terminar con la protección diplomática, asegurándole al Estado receptor de la inversión, que el extranjero no estará en una situación privilegiada.

Esta posición de adoptar la Cláusula Calvo ignoraría el criterio internacional de aplicación del estándar de Nivel Mínimo de Trato y permitiría a naciones particulares, establecer cualquier nivel de trato a los extranjeros, ya que cada uno de ellos es libre de determinar cuál es el nivel de trato que dará a sus nacionales. Lo cual obviamente implicaría el no cumplir con las normas establecidas por el derecho internacional, en aplicación del estándar de Nivel Mínimo de Trato.

### **1.8 Trato Justo y Equitativo**

La garantía de trato justo y equitativo prevista en tratados de inversión se ha convertido en la más socorrida, amplia y temida por los países receptores de inversiones. Es la más socorrida, pues la mayoría de los procedimientos recientes la involucra. Amplia, dado el alcance que empieza a dársele, perfilándola como la que más aspectos jurídicos contiene. Y temida dada su abstracción, y su constante perfeccionamiento en cada laudo emitido.

---

Universidad de las Américas-Puebla, Primavera 2002., p. 40 (Se puede acceder al texto pertinente de la Tesis, ingresando al siguiente link: [http://catarina.udlap.mx/u\\_dl\\_a/tales/documentos/ledi/eloss\\_m\\_fc/capitulo2.pdf](http://catarina.udlap.mx/u_dl_a/tales/documentos/ledi/eloss_m_fc/capitulo2.pdf))

A primera impresión, el ejercicio podría parecer solo teórico y nada práctico. Pero cada vez se ven más casos, en los cuales los inversionistas recurren a este estándar. En Metalclad, México tuvo que pagar casi 17 millones de dólares por una violación inter alia de dicha garantía. En Tecmed tuvo que pagar 5.6 millones de dólares. Por tanto, como puede verse, comprender su contenido es importante por razones prácticas:

*“Most BIT’s and other investment treaties provide for fair and equitable treatment (FET) of foreign investments. For instance, the BIT between Argentina and the United States in Article II (2) (a) says: “Investment shall at all times be accorded fair and equitable treatment...” Today, this concept is the most frequently invoked standard in investment disputes. It is also the standard with the highest practical relevance: a majority of successful claims pursued in international arbitration are based on a violation of the FET standard. Remarkably, it is only since 2000, the first significant cases being Metalclad and Maffezini, that investment tribunals have given content to the meaning of the standard and have applied it to a broad range of circumstances.”<sup>119</sup>*

El primer párrafo del artículo 1105 del Tratado de Libre Comercio para América del Norte (TLCAN) señala:

*“Cada una de las Partes otorgará a las inversiones de los inversionistas de otra Parte, trato acorde con el derecho internacional, incluido trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas.”*

A primera impresión uno se preguntaría ¿Qué significa tratar a alguien “justa y equitativamente”? Por lo que la interrogante podría llevarnos a discusiones filosóficas

<sup>119</sup>DOLZER, Rudolph and SCHREUER, Christoph. Op. Cit., p. 119.

sobre que es justicia y equidad, preguntándonos ¿Cómo es posible que se haya incluido un precepto tan abstracto en un tratado tan importante? Por lo que debemos de tener en cuenta que un estándar es una herramienta importada de la sociología que representa una característica que logra absorber las circunstancias cambiantes de una sociedad perseverando la seguridad que el Derecho debe dar. Es una unidad de medición, un criterio, un ideal que debe buscarse:

***“The concept of FET is not new but has appeared in international documents for some time. Some of these documents were non-binding, others entered into force as multilateral or bilateral treaties. The origin of the clause seems to date back to the treaty practice of the United States in the period of Treaties on Friendship, Commerce and Navigation (FCN). For instance, Article I (1) of the 1954 Treaty between Germany and the United States reads: “Each party shall at all times accord fair and equitable treatment to the nationals and companies of the other Party and to their property, enterprises and other interests.” A reference to a “just and equitable treatment” standard first appeared in Article 11(2) of the Havana charter for an International Trade Organization of 1948.***

*The Abs-Shawcross draft Convention on Investment abroad of 1959 in its Article I referred to “fair and equitable treatment to the property of the nationals of the other Parties”, and the subsequent OECD draft Convention on the Protection of Foreign Property of 1967 in its Article 1 contained similar language. Also, the draft for a United Nations Code of Conduct on Transnational Corporations in its 1983 version did not deviate from the OECD approach and provide that transnational corporations should receive fair and equitable treatment. The guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment adopted by the Development Committee of the Board of Governors of the International Monetary*

*Fund and the World Bank in 1992 in their Section III dealing with “Treatment” provided that “2. Each state will extend to investments established in its territory by nationals of any other State Fair and Equitable Treatment according to the Standards recommended in these Guidelines.”*

*The OECD draft negotiating Text for a Multilateral Agreement on Investment (MAI) of 1998 contained the following text in its section on investment protection: 1.1. Each contracting Party shall accord to investments in its territory of investors of another Contracting Party Fair and Equitable Treatment and Full and Constant Protection and Security. In no case shall a Contracting Party Accord treatment less favourable than that required by international law. The concept of FET has also found entry into a number of multilateral treaties in force. For instance, the Convention establishing the Multilateral Investment Guarantee Agency of 1985 requires the availability of fair and equitable treatment as a precondition for extending insurance cover.”<sup>120</sup>*

El estándar de trato justo y equitativo es uno de los diversos tipos de estándares que los tratados de inversión con frecuencia contienen. Además de los de trato nacional, trato de nación más favorecida, plena protección y seguridad. Y que han ido evolucionando históricamente, como lo podemos ver en algunos casos que son citados como fuentes legales de orientación sobre el nivel de trato que cae dentro de los estándares internacionalmente aceptados: **Neer y Roberts**.

Ambos casos son producto de la Comisión de Reclamaciones México – Estados Unidos establecida en 1924 con la finalidad de resolver reclamaciones que derivaban

---

<sup>120</sup> DOLZER, Rudolph and SCHREUER, Christoph. Op. Cit., p. 120.

de la revolución mexicana. Y ambos son recordados al tratar de dar contenido y límites al estándar de trato justo y equitativo.

Sucintamente, Neer involucró el asesinato de un ciudadano estadounidense (Neer) que era superintendente de una mina en México por un grupo de hombres (no afiliados al gobierno) en camino a su casa después del trabajo. Roberts trató sobre el tratamiento de un ciudadano estadounidense (Roberts) que fue arrestado por lesiones y encarcelado durante 19 meses en una cárcel pequeña, saturada, sin comodidad/mueble alguno, carente de sanitarios, y en donde la comida era escasa, sucia y soez:

*“In its diverse manifestations, the standard of fair and equitable treatment may address a variety of governmental actions that affect investments and which more specific rules are unsuitable to address. While this is true, in principle, for all clauses on fair and equitable treatment, generalizations about the standard should be treated with caution.”<sup>121</sup>*

En base a esta cita, tenemos por ejemplo que el 31 de Julio de 2001 la Comisión de Libre comercio emitió una nota interpretativa cuya parte relevante del artículo 1105(1) del TLCAN establece que:

***“B. Estándar Mínimo de Tratamiento de Conformidad con el Derecho Internacional***

---

<sup>121</sup>Ibid., p. 121

1. *El artículo 1105(1) prescribe los estándares mínimos que el derecho consuetudinario internacional establece para el tratamiento de extranjeros como el estándar mínimo que debe ser brindado a las inversiones de inversionistas de la otra Parte.*
2. *Los conceptos de “Trato Justo y Equitativo” y “Protección y Seguridad Plenas” no requieren un tratamiento adicional a, o mejor que, aquel que es requerido por el estándar mínimo contenido en el derecho consuetudinario internacional para el tratamiento de extranjeros.*
3. *Una determinación de que ha existido una violación de otra disposición del TLCAN, o de un acuerdo internacional independiente, no implica que haya existido una violación del artículo 1105(1).”*

Como puede observarse, la nota busca dejar claro que el ámbito de protección otorgado de conformidad con el artículo 1105 no es adicional a los umbrales ya existentes de protección bajo el derecho internacional. A su vez, busca evitar una determinación mecánica de una violación al artículo 1105(1) en base a una determinación de violación de otros deberes.

Hay quienes han sostenido que el artículo 1105 tiene que interpretarse como una capa adicional de protección a los estándares ya existentes de protección, o que incrementaban el nivel de protección mediante la reducción del umbral a partir del cual se generaría responsabilidad. Otros argumentaban que la disposición simplemente busca reflejar la protección existente a la fecha bajo derecho internacional. Por lo que la clarificación contenida en la nota pondría fin al debate:

*“Essentially, the purpose of the clause as used in BIT practice is to fill gaps that may be left by the more specific standards, in order to obtain the level of investor protection intended by the treaties. Some treaties even tie clause to the fundamental goal of legal stability.”<sup>122</sup>*

Un punto a tomar en cuenta en el estándar de Trato Justo y Equitativo, es lo relativo a la arbitrariedad, dado que podría decirse que se ha constituido en una constante causa de violación del estándar. Empezando por el caso ELSI de la Corte Internacional de Justicia, donde se dijo: “La arbitrariedad no es tanto algo opuesto a una regla de derecho, como algo opuesto al Estado de Derecho.”<sup>123</sup>

Desde entonces, esta noción se ha repetido, no solo en voz de la Corte Internacional misma, sino también en tribunales arbitrales. Por ejemplo, en S.D. Myers se sostuvo que: “Cuando se demuestra que un inversor ha sido tratado de una manera tan injusta o arbitraria que el trato se eleva a un nivel que es inaceptable desde la perspectiva internacional.” En Waste Management se razonó que: “Lo arbitrario, extremadamente inequitativo, injusto o idiosincrásico, que es discriminatorio y expone al demandante a un prejuicio seccional o racial, o involucra una falta de debido proceso que conduce a un resultado que infringe la rectitud judicial.”

*“Considerable debate has surrounded the question of whether the FET standard merely reflects the international minimum standard, as contained in customary international law, or offers an autonomous standard that is additional to general international law. As a matter of textual interpretation, it seems implausible that a*

---

<sup>122</sup>Ibid., p. 122

<sup>123</sup> Case Concerning Elettronica Sicula SpA (ELSI) (United States of America v. Italy), 1989. ICJ Rep 15.76:84 ILR 311.382

*treaty would refer to a well-known concept like the minimum standard of treatment in customary international law” by using the expression “fair and equitable treatment”. If the parties to a treaty want to refer to customary international law, one would assume that they will refer to it as such rather than using a different expression. **A number of commentators have expressed the view that FET constitutes an independent treaty standard that goes beyond a mere restatement of customary international law.** Prominent among the supporters of an independent concept of fair and equitable treatment is FA Mann. Writing about British BITs in 1981 he said: “It is submitted that nothing is gained by introducing the conception of a minimum standard and, more than this, it is positively misleading to introduce it.”<sup>124</sup>*

En *Pope & Talbot*, señalan que el estándar de Trato Justo y Equitativo busca exigir que los inversores e inversiones amparados reciban los beneficios de los elementos de justicia bajo los estándares ordinarios aplicados en los países del TLCAN. En *Azurix vs. Argentina* se llegó a la conclusión que del significado común de los términos justo y equitativo y el propósito y objetivo del BIT, justo y equitativo debe entenderse como trato imparcial y justo que conlleve a fomentar la promoción de la inversión extranjera.

En *Gami vs. México*, en el contexto de la conducta que el demandante argumentaba, implicaba la falta de observación por el Estado anfitrión de su propia normatividad, indicándose que una reclamación de mala administración probablemente violaría el estándar de trato justo y equitativo si ascendiera a un rechazo rotundo e injustificado de las reglamentaciones relevantes.

---

<sup>124</sup>Ibid., p. 124



En CMS vs. Argentina el estándar se entendió como que cualquier medida que pueda involucrar arbitrariedad o discriminación es en sí misma contraria al trato justo y equitativo. En PSEG Global vs. Turkey los hechos que motivaron encontrar una violación al estándar fueron una serie de actos gubernamentales que ocasionaron una violación, tales como la negligencia de administración en el manejo de negociaciones de contratos con el inversor, el abuso de autoridad por parte de las autoridades gubernamentales con respecto a las solicitudes para renegociaciones de contratos, numerosos cambios en la legislación relevante e inconsistencia en la práctica administrativa:

*“Obviously, the standard of FET is a broad one, and its remaining will depend on the specific circumstances of the case at issue. The tribunal in Mondev v. The United States pointed out that “a judgment of what is fair and equitable cannot be reached in the abstract; **it must depend on the facts of the particular case**”. Similarly, the tribunal in Waste management v. Mexico said that “the standard is to some extent a flexible one which must be adapted to the circumstances of each case.” Looking at the broad contours of recent jurisprudence, arbitral practice shows a clear progression over time towards more exacting standards for host states. While NAFTA tribunals have been inclined to see the standard against an historical-evolutionary background, other tribunals have dealt with it more directly from a contemporary perspective.”<sup>125</sup>*

Otro tipo de conductas que han violado el estándar del trato justo y equitativo es la conducta claramente abusiva o injusta. Por ejemplo, en S.D. Myers se indicó que cuando se demuestra que un inversor ha sido tratado de una manera tan injusta o

---

<sup>125</sup>Ibid., p. 129

arbitraria tal que el trato se eleva a un nivel que es inaceptable desde la perspectiva internacional.

Pero dentro de las conductas que violarían el estándar del trato justo y equitativo, la más resaltante sería la que se comete contra las legítimas expectativas. Por ejemplo en Thunderbird se indicó que habiendo considerado la jurisprudencia de inversiones recientes y el principio de buena fe del derecho internacional consuetudinario, el concepto expectativas legítimas implica, dentro del contexto del marco del TLCAN, una situación en la que la conducta de una Parte contratante crea expectativas razonables y justificadas por parte del inversor (o de la inversión) para actuar de conformidad con dicha conducta, de tal forma que una falla de la Parte del TLCAN en honrar dichas expectativas podría ocasionar que el inversor (o la inversión) sufran daños:

*“In a number of cases the tribunals have tried to give a more specific meaning to the FET standard by formulating general definitions or descriptions. Outside of NAFTA, Genin v. Estonia concerned the withdrawal of a banking license. The tribunal stated that acts violating the fair and equitable standard would include acts showing a willful neglect of duty, an insufficiency of action falling far below international standards, or even subjective bad faith.*

*Since there were ample grounds for the action taken by the Estonian authorities, the Tribunal did not find that a violation of the fair and equitable standard had occurred. The most comprehensive definition, often cited, has been set forth by the Tecmed tribunal: “The tribunal considers that this provision of the Agreement, **in light of the good faith principle established by international law**, requires the Contracting parties to provide to international investments treatment that does not affect the basic expectations that were taken into account by the foreign*

*investor to make the investment. The foreign investor expects the host State to act in a consistent manner, free from ambiguity and totally transparently in its relations with the foreign investors, so that it may know beforehand any and all rules and regulations that will govern its investments, as well as the goals of the relevant policies and administrative practices or directives, to be able to plan its investment and comply with such regulations.”<sup>126</sup>*

Otra conducta que va en contra del Trato Justo y Equitativo, es el de no otorgarle al inversionista el derecho al debido proceso. Por ejemplo, en Tecmed v. México el Tribunal enfatizó que el inversionista tenía derecho a ser notificado y oído con respecto a la intención de la autoridad de revocarle su licencia. En el caso Loewen se sostuvo que, para que una falta o violación procesal sea considerada violatoria del trato justo y equitativo, debe de haberse dado una injusticia manifiesta en el sentido de una falta de debido proceso que ocasione un resultado que infrinja el sentido de rectitud judicial, lo cual sería suficiente para violar el estándar. En Saluka v. Republica Checa se detalló que de conformidad con el estándar de trato justo y equitativo el Estado anfitrión nunca debe ignorar los principios de rectitud procesal y debido proceso y debe garantizar al inversor la libertad de coerción o acoso por sus propias autoridades regulatorias.

Esta falta de debido proceso para con el inversionista, va acompañada también con la denegación de justicia. Por ejemplo, en Mondev se consideró que tomando en cuenta los estándares de administración de justicia generalmente aceptados, un tribunal puede concluir a la luz de todos los hechos disponibles, que la decisión impugnada era claramente impropia y desacreditable. En Thunderbird se dijo que los actos que pueden

---

<sup>126</sup>Ibid., p. 130

ocasionar una violación del estándar mínimo de trato prescrito por el TLCAN y por el derecho internacional consuetudinario son aquellos que, valorados en contra del contexto factico, equivalen a una flagrante denegación de justicia o a una arbitrariedad manifiesta que cae por debajo de los estándares internacionales aceptables:

*“A central methodology issue for the resolution of these individual questions concerns the process of reasoning by which fact-specific conclusions are drawn from the standard in individual cases. One line of reasoning derives a definition of the essential elements of the standard on the basis of abstract reasoning. A second approach resists an attempt of a broader definition and will decide ad hoc whether a certain conduct satisfies the requirements of the standard. Yet a third approach will attempt to base its decisions primarily on previous decisions or will build upon relevant precedents by way of analogy or by drawing on the same principle.”<sup>127</sup>*

La falta de transparencia también ha figurado en varios laudos como una situación comprendida por el estándar del trato justo y equitativo. Por ejemplo, en Metalclad se aludió a la existencia de una obligación de asegurar un marco transparente y predecible para la planeación de negocios e inversiones. El tribunal en dicho caso continuó indicando que dicha obligación incluye la idea de que todos los requisitos legales relevantes para el propósito de iniciar, completar y operar exitosamente las inversiones realizadas, o que se pretendieron realizar bajo el Acuerdo, deben ser capaces de haber sido divulgados a todos los inversores afectados de la otra Parte:

---

<sup>127</sup>Ibid., p. 133

*“Transparency and the protection of the investor’s legitimate expectations are closely related. Transparency means that the legal framework for the investor’s operations is readily apparent and that any decisions affecting the investor can be traced to that legal framework. Both the requirement of transparency and the protection of legitimate expectations are by now firmly rooted in arbitral practice. The investor’s legitimate expectations are based on this legal framework and on any undertakings and representations made explicitly or implicitly by the host state. The legal framework on which the investor is entitled to rely will consist of legislation and treaties, of assurances contained in decrees, licenses and similar executive assurances as well as in contractual undertakings.”<sup>128</sup>*

En Waste Management el Tribunal encontró que una falla manifiesta de justicia natural en los procedimientos judiciales o una falta de transparencia y franqueza en un proceso administrativo violaría el estándar del trato justo y equitativo. En Saluka se indicó que implementar sus políticas de bona fide mediante conducta que es, en lo que afecta la inversión del inversor, razonablemente justificable por las políticas públicas y en tanto dicha conducta no viole manifiestamente los requisitos de consistencia, transparencia, imparcialidad y no discriminación. En LG&E Energy v. Argentina también se razonó que el estándar justo y equitativo consiste en conducta consistente y transparente del Estado anfitrión, libre de ambigüedades sobre la obligación de otorgar y mantener un marco legal estable y predecible, necesario para cumplir las expectativas justificadas del inversor extranjero.

Otro factor a tomar en cuenta es la estabilidad, en tanto se tiene siempre la necesidad de procurar un ambiente estable para el inversionista. Por ejemplo, en Occidental v.

---

<sup>128</sup>Ibid., p. 134

Ecuador se dijo que la estabilidad y predictibilidad del marco legal y de negocios de la inversión, es un requisito indispensable para que los inversionistas puedan decidir invertir en un determinado país. Esta noción también se vio en el caso CMS, en donde se señaló que el trato justo y equitativo es inseparable de la estabilidad y predictibilidad. También se podría decir que la estabilidad podría tener su correlato en el acto negligente de los operadores del Estado.

En *Genin v. Estonia* se dijo que mientras que el contenido exacto del estándar no es claro, interpretó el estándar en el sentido de prohibir toda conducta ubicada por debajo del estándar mínimo internacional y declaró que las acciones del Estado que violan el estándar incluirían actos que demuestren una negación voluntaria de un derecho, una insuficiencia de acción que caiga por debajo de los estándares internacionales, o incluso una mala fe subjetiva.

En el caso *Lauder* se indicó que el estándar está relacionado con el estándar tradicional de debida diligencia y proporciona un estándar mínimo internacional que forma parte del derecho internacional consuetudinario. Y en *MTD v. Chile* se mencionó que el estándar obliga a un trato de manera imparcial y justa, conducente a fomentar la promoción de la inversión extranjera. El tribunal también observó que el estándar en el BIT se encontraba enmarcado como una declaración proactiva en lugar de prescripciones para una conducta pasiva del Estado o para evitar una conducta perjudicial hacia inversionistas.

Como puede observarse, mediante los tratados de inversión, países como el Perú, han adquirido la obligación internacional de comportarse acorde a los estándares internacionales. Siendo necesario adoptar medidas urgentes para adaptar las conductas de los órganos del Estado a los estándares internacionales. Dado que es mejor hacerlo de forma autónoma, a que esta sea impuesta por tribunales extranjeros:

*“Closely related to the issue of the protection of the investor’s legitimate expectations is the question to what extent this protection extends to the observance of obligations arising from contracts. Contractual agreements are the classical instrument in most, if not all, legal systems for the creation of legal stability and predictability,”<sup>129</sup>*

Como ya hemos visto, el Trato Justo y Equitativo significa que el Estado receptor deberá actuar de modo transparente y previsible, sin afectar las legítimas expectativas que hayan tenido los inversionistas extranjeros al momento de realizar sus inversiones. Es por ello que, por ejemplo, amparándose en este estándar, se decidieron la mayoría de las controversias de la República Argentina en el CIADI.

Cabe señalar que en los Arbitrajes CIADI contra Estados Latinoamericanos se determinó la existencia de una violación al estándar del trato justo y equitativo en la mayoría de los casos donde éste fue invocado, aceptándose solo en pocos casos la alegación a la expropiación. Asimismo, debe señalarse que este estándar no solo puede ser violado por las cortes nacionales a través de sus fallos o por la falta del debido proceso, sino también por medio de la aplicación del derecho doméstico:

---

<sup>129</sup>Ibid., p. 140

*“Fair procedure is an elementary requirement of the rule of law and a vital element of FET. It is antithetical to the international delinquency of denial of justice. **This duty may be violated only by the courts but also through legislative or executive action.**”<sup>130</sup>*

Como también hemos visto, los alcances y significado de este estándar no están del todo claros, variando a su vez de acuerdo a la forma de redacción de cada tratado, lo cual permitiría en la práctica una mayor flexibilidad en su interpretación. A lo largo de la historia, con la Carta de La Habana de 1948, este estándar ha sido esencialmente interpretado de tres formas: **(i) Como reflejo del estándar de trato mínimo del derecho internacional consuetudinario, (ii) En relación al derecho internacional en general, incluyendo a todas sus fuentes, y (iii) Como un estándar independiente contenido en un tratado. Siendo que las diferencias teóricas entre los distintos enfoques suelen atenuarse considerablemente en la práctica.**

En el marco del NAFTA se ha especificado expresamente que el estándar del trato justo y equitativo no requiere más que el trato mínimo previsto en el derecho internacional consuetudinario. El estándar de trato mínimo encuentra su fuente en el caso Neer (1927), en el cual se señala que para constituir un ilícito internacional, el trato dado a un extranjero debería equivaler a un atropello, mala fe, negligencia intencional en el cumplimiento de una obligación o una acción gubernamental tan alejada de los estándares internacionales que cualquier hombre razonable e imparcial inmediatamente reconocería tal alejamiento.

---

<sup>130</sup>Ibid., p. 142



De todos modos, se coincide en admitir que el estándar de trato justo y equitativo se halla en constante evolución, dado que lo que el derecho internacional consuetudinario proyecta no es una fotografía estática de la norma mínima de trato a extranjeros tal como era en 1927 cuando se emitió el Laudo en el caso Neer.

No es necesario que la conducta del Estado sea impactante o indignante para constituir un incumplimiento del tratado aplicable. En los últimos tiempos prevalece un enfoque que vincula al trato justo y equitativo con la transparencia, consistencia y estabilidad en el modo de actuar del Estado receptor. En *Metalclad v. México*, se habían otorgado permisos precarios de construcción y operación de un proyecto de confinamiento de residuos a diversos niveles gubernamentales y se había asegurado al inversor que tenía todos los permisos que necesitaba.

Sin embargo, la municipalidad correspondiente se negó a otorgar un permiso definitivo de construcción, por lo que se señaló que todo requerimiento legal pertinente a efecto de iniciar, completar u operar exitosamente inversiones realizadas, o que se tenga intención de realizar al amparo del Tratado, deberán de ser de fácil conocimiento de todos los inversionistas afectados de la otra Parte. No debería de haber lugar a duda o incertidumbre en tales asuntos. El estado debe comportarse de un modo que no altere las expectativas básicas que hubiera generado en el inversor, tenidas en cuenta al momento de adoptar la decisión de invertir.

En Tecmed v. México, la controversia estaba basada en el reemplazo por el Estado de una licencia por tiempo ilimitado para la operación de un relleno sanitario por una licencia de duración limitada. En su laudo del 29 de mayo de 2003, el Tribunal concluyó que las expectativas razonables del inversor habían sido frustradas por la conducta de México, dado que el Tribunal considera que esta disposición del Acuerdo exige de las Partes contratantes del Acuerdo de brindar un trato a la inversión extranjera que no desvirtúe las expectativas básicas en razón de las cuales el inversor extranjero decidió realizar su inversión. Como parte de las expectativas, aquel cuenta con que el Estado receptor de la inversión se conducirá de manera coherente, desprovista de ambigüedades y transparente en sus relaciones con el inversor extranjero.

En CME v. Republica Checa, el organismo regulador de las comunicaciones, el Consejo de Medios, aprobó un acuerdo mediante el cual una subsidiaria local de un inversor extranjero tenía derecho a utilizar la licencia de televisión de una compañía checa, lo cual se instrumentó a través de un contrato de servicios exclusivo. Luego, el Consejo de Medios adoptó medidas que requirieron que el inversor extranjero modificara los acuerdos existentes, lo cual permitía al socio local rescindirlos, señalándose que el Consejo de Medios había incumplido su obligación de trato justo y equitativo mediante el vaciamiento de los acuerdos que constituyeron la base con la cual el inversor extranjero fue inducido a invertir.

El estándar de trato justo y equitativo protege a los inversionistas extranjeros de cambios abruptos en los marcos regulatorios y contractuales aplicables, y requiere que

el Estado se comporte de un modo previsible. Por ejemplo, en el caso CMS v. Argentina, el Estado había garantizado para el transporte de gas natural, tarifas calculadas en dólares y ciertos mecanismos de ajuste mediante garantías establecidas en el marco regulatorio del Gas y en la licencia respectiva. Diversas medidas posteriores del Estado suspendieron los ajustes de precios, congelando y pesificando las tarifas, señalándose que las medidas que se reclama en efecto transformaron y modificaron totalmente el entorno jurídico y empresarial en relación al cual la decisión de invertir fue adoptada y llevada a la práctica.

Por otro lado, debe tenerse en cuenta que en la práctica se puede producir una interacción, e incluso superposición, con otros estándares de protección de las inversiones. Donde las medidas que suponen un trato justo e inequitativo, pueden indudablemente implicar violaciones de otros estándares. En los casos argentinos la violación del estándar de trato justo y equitativo ha sido combinado con violaciones de todos los demás estándares: Expropiación, Clausula Paraguas, Plena Protección y Seguridades Plenas, medidas Arbitrarias y Discriminatorias, así como con el Principio de Buena Fe:

*“Good faith is a broad principle that is one of the foundations of international law in general and foreign investment law in particular. Arbitral tribunals have confirmed that good faith is inherent in FET. The tribunal in Tecmed, interpreting a BIT provision on FET, said: **“The arbitral Tribunal finds that commitment of fair and equitable treatment... is an expression and part of the bona fide principle recognized in international law...”** In a similar vein, the Tribunal in Waste management found that the obligation to act in good faith was a*

***basic obligation under the FET standard as contained in Article 1105 of the NAFTA. In particular, a deliberate conspiracy by government authorities to defeat the investment would violate this principle: The tribunal has no doubt that a deliberate conspiracy –that is to say, a conscious combination of various agencies of government without justification to defeat the purposes of an investment agreement- would constitute a breach of Article 1105(1).”<sup>131</sup>***

Por lo que podemos decir que el tratamiento justo y equitativo es un concepto general, que englobando todos los tipos de conductas que podrían potencialmente violar este estándar, tenemos que los inversionistas deben de encontrarse libres de cualquier tipo de coerción o acoso:

*“There is some authority that the FET standard may also apply in situations of coercion and harassment directed at the investor. In Pope & Talbot v. Canada, SLD, a government regulatory authority, had launched a “verification review” against the investor that was confrontational and aggressive. **The tribunal held that this investigation amounted to a violation of Article 1105 of the NAFTA: The relations between the SLD and the Investment during 1999 were more like combat than cooperative regulation, and the Tribunal finds that the LSD bears the overwhelming responsibility for this state of affairs... In its totality, the SLD’s treatment of the Investment during 1999 in relation to the verification review process is nothing less than a denial of the fair treatment required by NAFTA Article 1105, and the Tribunal finds Canada liable to the Investor for the resultant damages.**”<sup>132</sup>*

En conclusión podemos decir que si bien el estándar del Trato Justo y Equitativo, es un estándar que no se encuentra totalmente desarrollado, ya que la definición de este se

---

<sup>131</sup>Ibíd., p. 145

<sup>132</sup>Ibíd., p. 147

encuentra en plena evolución, **ello no quiere decir que los tribunales arbitrales puedan interpretar este estándar de acuerdo a sus concepciones personales**, sino que al momento de aplicar este estándar a un caso en concreto, el Tribunal debe de ser disciplinado al momento de laudar, *el cual debe de tener como fundamentos el comportamiento del Estado y de cada uno de sus entes gubernamentales*, así como cuál ha sido la tendencia en los casos vistos en sus fueros judiciales internos, como también poder observar de forma alternativa cual es la tendencia a nivel de tribunales internacionales y otras Fuentes del Derecho Internacional General o Consuetudinario.



### CAPITULO III

## TRATAMIENTO DE LA INVERSION EN EL MARCO JURIDICO PERUANO A PARTIR DE LAS REFORMAS ECONOMICAS INTRODUCIDAS EN LOS AÑOS 90

Luego de haber estudiado y analizado en los Capítulos anteriores los conceptos generales que tanto la doctrina como la jurisprudencia internacional han dado al término inversión. Así como el estudio de cuáles son los estándares de tratamiento a las inversiones extranjeras, que los países receptores de inversiones están obligados a otorgar en cumplimiento de los Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones celebrados con los países de origen de los inversionistas. Resulta pertinente, en este punto, abordar cual es el tratamiento que se le da a la inversiones dentro del ordenamiento jurídico peruano. Lo cual será materia de estudio y análisis en el presente Capitulo.

### 1. Historia de la inversión en el Perú en el siglo XX.

Un buen punto de partida sería la Segunda Guerra Mundial, dado que si vemos la inversión directa de Estados Unidos en el Perú, como país de constante referencia no solo para la economía peruana sino para muchos otros países latinoamericanos, se puede observar que se mantuvo más o menos sin ninguna variación, a pesar de la situación vivida durante la guerra.

Pero luego de finalizada la Segunda Guerra Mundial, las inversiones norteamericanas comenzaron a retomar su ritmo habitual de crecimiento en comparación con las inversiones provenientes de Europa, dándose por ello un rol preponderante de estas al interior de la economía peruana. Dado que la ausencia de inversiones provenientes de los países europeos, se debió a las duras consecuencias vividas por estos países, producto de la Segunda Guerra Mundial.

Por tanto, en los años posteriores a la guerra, Estados Unidos y otros países industrializados, comenzaron a ver a América Latina como un nuevo punto de establecimiento de sus inversiones, debido a la necesidad de obtener materias primas, insumos y mano de obra barata, con el propósito de poder reducir sus costos de producción.

Ahora, se debe indicar que los años de 1930 a 1948 constituyeron un momento medular en la configuración del Perú actual. Por ejemplo, la relación del sector exportador con el mundo andino comienza a cambiar sustantivamente, dándose paso a formas de organización del trabajo más estables, hecho que a su vez influirá en la ampliación de la economía mercantil local.

De otro lado, en términos políticos se dio un complejo proceso en el que de una parte la elite aspiraba a una restauración oligárquica del viejo mundo civilista. Y de otro

emergían grupos anti oligárquicos que propugnaban a su vez lecturas del país y propuestas de desarrollo antagónicas a la de aquella.<sup>133</sup>

Con la crisis mundial de 1929, el aparato estatal que se mantenía por los flujos monetarios provenientes de Norteamérica se desmoronará totalmente, concluyendo de esta manera el régimen leguista. Teniendo su reflejo en la economía urbana, que gracias a la inyección de capital americano se había ampliado extensamente, por ejemplo en inmobiliarias, servicios, finanzas, etc.

Es en este momento de crisis en que la clase propietaria costeña intentará retornar a su antiguo escenario político, es decir buscará retomar el poder como en los viejos tiempos: manejo directo del Estado, retornando al mundo del privilegio, no dándose cuenta de que el país ya era otro, por lo que imponer un sistema de dominación oligárquico no era una tarea fácil de lograr:

*“En las dos décadas anteriores el abaratamiento de las subsistencias y la jornada de trabajo de ocho horas habían constituido las mayores demandas de parte de los asalariados urbanos y rurales. A partir de 1920, el énfasis reivindicativo se saldrá de esos cauces con planteamientos que iban más allá de las exigencias salariales.*

*De otro lado en el mundo campesino, la protesta y la violencia tomarán contornos más dramáticos: al viejo y enconado conflicto entre hacienda y comunidades se sumara ahora uno que empieza a tornarse más intenso: el de*

---

<sup>133</sup> YEPES DEL CASTILLO, Ernesto. Economía y Política: La modernización en el Perú del Siglo XX: Ilusión y Realidad. Lima: Mosca Azul, 1992, p. 53



*los trabajadores servilizados de las haciendas tradicionales andinas. Pero no era solo que el conflicto social empezaba a tomar perfiles más agudos.*

*Hasta aquí de una forma o de otra nunca se había cuestionado la opción de desarrollo adoptada por los agroexportadores y sus socio políticos. La de 1920 es una década rica, fluida, en la que emergen con fuerza orientaciones doctrinarias como el Apra y los partidos de corte socialista.”<sup>134</sup>*

La década de 1950 inicia una etapa de ruptura en la sociedad peruana. A lo largo de ella se irán perfilando con creciente nitidez cambios profundos que habían estado incubándose por décadas en el sustrato social, económico, cultural y político del país. Estos cambios, sin embargo, tendrán poco que ver con propuestas explícitas de desarrollo de parte de las clases propietarias y políticas y mucho con la dinámica impuesta por los capitales en la economía exportadora, con el desarrollo de un mercado ligado cada vez más a una producción mercantil moderna no exportadora y con la aceleración de un proceso de desestructuración del sistema de propiedad y de poder tradicional terrateniente en los Andes:

*“De otro lado y como correlato de estos cambios se producirá una profunda transformación demográfica que alterará irreversiblemente su fisonomía espacial y social. Un gigantesco desplazamiento de millones de habitantes principalmente de origen andino se movilizara con distintos ritmos y estrategias principalmente hacia la costa y las ciudades. Y el Perú, un cuerpo social que había sido milenariamente andino y rural se empezara a transformar en un país predominantemente costero y rural.”<sup>135</sup>*

---

<sup>134</sup> *Ibíd.*, p. 55

<sup>135</sup> *Ibíd.*, p. 57

Hasta antes de 1940 el Perú había sido un país principalmente rural. Y lo había sido por siglos. Y por siglos también la mayor parte de su población había vivido en los Andes. De otro lado este paso de país andino a uno predominantemente costero fue correlato casi obligado de otro no menos significativo y profundamente ligado al anterior: el de rural a urbano.

Así, entre 1876 y 1940 la tasa de crecimiento de la población urbana había sido relativamente débil. Por supuesto el fenómeno no es privativo de la capital. Otras ciudades también expandirán su población aunque ninguna de ellas con su ritmo espectacular. Así hasta 1940, Lima era la única urbe del país que traspasaba el umbral de los 100 mil habitantes:

*“Veamos sino un antecedente numérico no muy lejano: 1876. Según el censo de ese año el 75% de la población del país vivía en la sierra. En la costa lo hacía no más de un 20%. Y en Lima apenas si residía un 5%.”<sup>136</sup>*

Debido a estos cambios poblacionales, culturales y económicos, además de los políticos, es que gran parte del impulso para el crecimiento económico peruano se dará durante el siglo XX, proveniente, sobre todo, de las ganancias producto de las exportaciones primarias, siendo el Perú uno de los países latinoamericanos que mantuvo un sistema económico abierto con poca intervención del Gobierno, existiendo escasas restricciones a la importación o a la inversión extranjera.

---

<sup>136</sup> *Ibíd.*, p. 58

Al ser la inversión extranjera, un factor de crecimiento económico muy importante durante el siglo XX, enfocándose especialmente en la extracción de materias primas para poder exportarlas, y así poder procesar sus productos en el extranjero, lo cual originó que muchos países latinoamericanos, nos convirtiéramos en ser solo países rentistas. Países que viven de sus exportaciones, y de los precios de las materias primas en los mercados extranjeros. Es por ello que el impacto de la caída de los precios de exportación ocasionada por la gran depresión en la década de 1930, originó que los países empezaran a plantearse cambios fundamentales en sus políticas económicas:

*“La expresión “fracaso previo” se refiere a la experiencia de América Latina en conjunto, no solamente al Perú. Durante la mayor parte del último medio siglo la región cayó muy por debajo de su potencial, con un record innecesariamente débil y errático de crecimiento, inflación y alta desigualdad. Algunos países llevaron a cabo avances promisorios aun durante la difícil década de 1980, pero el Perú sobresalió por su hundimiento en la pobreza y violencia crecientes. Este deterioro creó fuertes presiones para un cambio drástico, pero también limitó el margen para la toma de decisiones en la determinación de una nueva estrategia.”<sup>137</sup>*

El Perú ha sido principalmente un país productor de materias primas, siendo sus exportaciones más resaltantes: el oro, plata y el guano. Lo cual podemos ver no solo durante el siglo XX, sino desde la era de la Conquista por los españoles, donde el oro era sacado en grandes cantidades por éstos durante mucho tiempo. Y qué decir del

---

<sup>137</sup> SHEAHAN, John. La economía Peruana desde 1950: buscando una Sociedad mejor. Lima: IEP, 2001, p. 204

guano, el cual servía como fertilizante en Europa, ya que gracias al guano, es que se generó un largo periodo de crecimiento económico muy importante para el Perú.

Pero, fue durante el tiempo de la gran depresión, que los países latinoamericanos tuvieron que responder a dicha coyuntura, imponiendo restricciones a las importaciones, y adoptando una nueva política de gobierno más activa, para con las empresas nacionales. Aunque la política peruana, fue totalmente diferente al rechazar el proteccionismo y el intervencionismo del Estado en la economía nacional, como se pudo ver en las elecciones presidencia de 1931, al ganar Sánchez Cerro las elecciones frente a su contendiente Haya de La Torre<sup>138</sup>.

*“Los temas centrales de la nueva estrategia hubieran sido bienvenidos por Adam Smith. Fueron eliminadas casi todas las restricciones reguladoras sobre las empresas y se redujo drásticamente la protección contra las importaciones. Fueron eliminados todos los subsidios y las ventajas tributarias diferenciales destinados a promover las exportaciones, el desarrollo rural y la protección de los sectores de más bajos ingresos.*

*El gobierno renunció [sic] a entrar directamente en la fijación de salarios en el sector privado, recorto [sic] fuertemente el salario mínimo, y redujo [sic] drásticamente los sueldos y el empleo del sector público. La propiedad estatal de los servicios públicos básicos fue retenida al principio, pero elevando sus precios a niveles destinados a eliminar los déficits. Tres años después, la*

---

<sup>138</sup> El 23 de julio de 1931, en una concentración en la plaza de Acho, la cual atrajo mucha atención, Haya de la Torre presentó el programa del partido. Básicamente se mostró a favor de un Estado intervencionista que debía ser capaz de controlar el capital extranjero para así prevenir consecuencias negativas a la afluencia de este. El APRA de ninguna manera presentó proyectos revolucionarios, sino que defendía la descentralización y la mejora en la educación, en la industria de pequeña escala, y la mejora de las clases obreras y medias. FUENTE: Haya de la Torre, Víctor Raúl. “Discurso programa (23 de agosto de 1931)”. En Obras completas, Vol. 5. Lima: Editorial Juan Mejía Baca, 1976, pp. 49 – 82.

*privatización comenzó gradualmente, incluyendo la energía eléctrica, los teléfonos, las minas de propiedad del Estado y la industria petrolera.”<sup>139</sup>*

Gracias al nuevo modelo económico peruano, las inversiones extranjeras pudieron crecer rápidamente durante el siglo XX, considerándose a estas como el factor clave para la modernización del Perú, dado que se le imponía al Estado un nuevo rol dentro de la economía peruana, no siendo más un actor de participación activa en nuestra economía, sino que se le dio una actuación de regulador y de participe subsidiario en aquellos sectores donde la actividad privada no ingresaba.

Por ello, a finales de la década de 1920, las empresas extranjeras representaron más del 60% de las exportaciones del Perú, siendo la gran depresión de 1930, lo que cambió el rumbo económico de los países latinoamericanos, buscando ahora en atraer cada vez más la mayor cantidad de inversiones extranjeras, dejándose de lado lamentablemente, el fomento al crecimiento de las empresas peruanas. Sin embargo, las inversiones comenzaron a bajar durante la Segunda Guerra Mundial, inclusive después de finalizada la guerra, los inversionistas europeos dejaron de trasladar sus inversiones a Latinoamérica, ya que si bien ello se debió a la aguda crisis que se vivía en Europa producto de la post guerra, también contribuyó a ello, los actos populistas del gobierno peruano de entonces<sup>140</sup>.

---

<sup>139</sup> Ibid. p. 207

<sup>140</sup> Durante el Gobierno militar de 1962 de Lindley y Pérez Godoy se expropiaron 59.7 hectáreas. Durante el Gobierno de Fernando Belaunde Terry (1963 – 1968) se expropiaron 968.0 hectáreas. Durante el Gobierno Militar de Velasco y de Morales Bermúdez (1969-1980) se expropiaron 8, 109.5 hectáreas. Durante el segundo Gobierno de Fernando Belaunde (1981-1985) se expropiaron 94.1 hectáreas. FUENTE: YEPES DEL CASTILLO, Ernesto. Economía y Política: La modernización en el Perú del Siglo XX: Ilusión y Realidad. Lima: Mosca Azul, 1992

Después de ello se dio el Golpe Militar en el Perú, el cual buscó atraer nuevamente a los inversionistas extranjeros, especialmente en el sector minero, que era tan atractivo para esta clase de inversores, ofreciendo sobre todo normas fiscales muy favorables. Y dichos estímulos, fueron el punto de partida para que de ahí en adelante, los gobiernos peruanos que vendrían, mantengan ese chip de “atracción de inversiones”:

*“Las restricciones a la inversión extranjera fueron remplazadas por cálidas invitaciones. Los déficits fiscales fueron casi eliminados mediante el control del gasto del gobierno, mientras se hacía un vigoroso esfuerzo para elevar el cobro de impuestos con una nueva entidad tributaria, la SUNAT, creada para remplazar la debilitada oficina dejada por el gobierno de García.*

*Una fuerte restricción monetaria respaldó el impulso hacia el equilibrio fiscal. A pesar de las severas restricciones de ingresos fiscales disponibles, el gobierno dio prioridad al reinicio del servicio de la deuda externa. Esta política no dejó mucho dinero disponible para llevar a cabo promesas de proteger a los pobres del impacto de todas las medidas que elevaron los precios y redujeron el empleo.”<sup>141</sup>*

Finalmente, a través de este breve resumen de lo que fue el siglo XX peruano en materia de inversiones, se puede ver que la lógica del proceso, era la creación y fortalecimiento de una economía orientada hacia el mercado. Donde producto del no intervencionismo del Estado en la economía, puedan ser los agentes del mercado, especialmente las empresas, las que en su afán de obtener cada vez más ganancias, se esfuercen en ser más eficientes que sus competidoras.

---

<sup>141</sup> *Ibíd.*, p. 207

## 2. Tratamiento de la Inversión Nacional en el marco jurídico peruano a partir de las reformas económicas producidas en los años 90

### 2.1. Régimen Nacional de Protección al Inversionista

#### i. Constitución

El artículo 70° de la Constitución Política del Perú garantiza la inviolabilidad de la propiedad privada, no distinguiendo entre inversionistas nacionales e inversionistas extranjeros, salvo algunas excepciones con respecto a restricciones en el ejercicio del derecho de propiedad, contenido en el artículo 71° de la Constitución, en cuanto señala que **los extranjeros, sean personas naturales o jurídicas**, están en la misma condición que los peruanos, sin que, en caso alguno, puedan invocar excepción ni protección diplomática. **Sin embargo, dentro de cincuenta kilómetros de las fronteras, los extranjeros no pueden adquirir ni poseer título alguno**, minas, tierras, bosques, aguas, combustibles ni fuentes de energía, directa ni indirectamente, individualmente ni en sociedad, bajo pena de perder, en beneficio del Estado, el derecho así adquirido:

*“El primer párrafo de esta norma declara la igualdad entre peruanos y extranjeros en cuanto a la propiedad. El texto dice luego que los extranjeros no pueden invocar excepción ni protección diplomática. Es decir, no pueden pretender un estatus superior al de los peruanos. Sin embargo, puede ocurrir al revés: los extranjeros son a veces excluidos de algunas actividades económicas, las cuales quedan reservadas, exclusiva o mayoritariamente, a*

*peruanos. Esto tampoco es posible conforme a la norma constitucional bajo comentario.”<sup>142</sup>*

El artículo 70° de la Constitución señala que el Estado solo puede expropiar mediante un proceso judicial, previo mandato de la ley y previo pago de la correspondiente indemnización, la misma que podría incluir una compensación por el potencial perjuicio que podría originar el acto expropiatorio, pudiendo ser contestado dentro del mismo proceso judicial de expropiación.

Es por ello que se puede afirmar que actualmente el ordenamiento jurídico vigente, la Constitución y los Tratados Internacionales suscritos por el Perú, se encuentra enfocado en proteger la propiedad privada en general y para promover la inversión privada sin importar el origen de las inversiones, ya sean estas nacionales o extranjeras. Ello en base al artículo 58° de la Constitución, el cual señala: “La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado.”

*“Normas de contenido económico han existido desde los orígenes mismos de la Constitución. En el fondo la aparición de la primera Constitución y el surgimiento de las posteriores, respondieron a la necesidad de controlar el poder económico del Estado, y más puntualmente el poder fiscal de este. En tal sentido, la Constitución fue, y en gran medida sigue siendo, un estatuto de poder económico. Solo después comprenderá otros derechos fundamentales que luego adquirieron enorme importancia e incluso un mayor estatus jurídico del que han llegado a alcanzar los derechos económicos. **Las constituciones liberales del siglo XIX no contenían normas económicas como parte de***

---

<sup>142</sup> AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. Artículo 71° de la Constitución Política del Perú: Igualdad y Límites a Extranjeros en cuanto a la Propiedad. En: La constitución comentada: análisis artículo por artículo. Tomo I. Primera edición. Gaceta Jurídica S.A., p. 947.



***un sistema económico, aunque si establecían derechos y libertades (propiedad, libertad de contratación, libertad de comercio, etc.) con un claro contenido patrimonial.***<sup>143</sup> (Resaltado agregado)

La Constitución en su artículo 63°, así como la Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión privada y la Ley de Fomento y Garantías para la Inversión, prohíben expresamente el trato diferenciado entre capital nacional y extranjero. Los inversionistas extranjeros y las empresas en las que estos participan tienen los mismos derechos y obligaciones que los inversionistas y empresas nacionales.

Igualmente, en el Perú solo se regula la conducta de una empresa en el mercado, y no por su tamaño, origen, nacionalidad o estructura, ya que como bien señala el artículo 63° de la Constitución: “La inversión Nacional y la Extranjera se sujetan a las mismas condiciones. La producción de bienes y servicios y el comercio exterior son libres. Si otro país o países adoptan medidas proteccionistas o discriminatorias que perjudiquen el interés nacional, el Estado puede, en defensa de éste, adoptar medidas análogas. En todo contrato del Estado y de las personas de derecho público con extranjeros domiciliados consta el sometimiento de estos a las leyes y órganos jurisdiccionales de la República y su renuncia a toda reclamación diplomática, pudiendo ser exceptuados de la jurisdicción nacional los contratos de carácter financiero.

El Estado y las demás personas de derecho público pueden someter las controversias derivadas de su relación contractual a tribunales constituidos en virtud de tratados en

---

<sup>143</sup> GUTIERREZ CAMACHO, Walter. Artículo 58° de la Constitución Política del Perú: Iniciativa Privada y Economía Social de Mercado. En: La constitución comentada: análisis artículo por artículo. Tomo I. Primera edición. Gaceta Jurídica S.A., p. 787.

vigor. Pueden también someterlas a arbitraje nacional o internacional, en la forma en que lo disponga la ley:

*“Dentro de los principios generales del régimen económico del Perú en la Constitución se encuentra el presente artículo 63°, en el cual se desarrollan algunos conceptos fundamentales de los artículos anteriores, como el principio de libertad económica de los artículos 58° y 59°, tratamiento no discriminatorio del artículo 60°, admisión del arbitraje como solución de conflictos del artículo 62°, y complementa y fortalece los otros principios, precisándolos con relación a los intereses extranjeros.”<sup>144</sup>*

Un factor a tomar en cuenta en las inversiones es el valor de la estabilidad jurídica, el cual se encuentra condicionado por el nivel de institucionalidad de un país así como por los derechos que protege la legislación interna, siendo preciso señalar que la estabilidad jurídica es útil cuando es funcional a los principios de igualdad ante la ley y protección del interés general. Sin embargo, lamentablemente la historia del Perú ha demostrado que aún existe un riesgo latente para los inversionistas, respecto al cambio de normas que pudieran afectar sus inversiones, siendo el riesgo y la confianza factores primordiales en las decisiones, tanto para los inversionistas nacionales como extranjeros. Encontrándose la confianza estrechamente vinculada con la información, las instituciones y el tiempo.

Las inversiones de largo plazo necesitan horizontes estables en el tiempo, por lo que resulta necesario que las instituciones puedan dar confianza, seguridad y reducir el

---

<sup>144</sup> AVILA CABRERA, Víctor. Artículo 63° de la Constitución Política del Perú: Igualdad de Trato entre Inversión Extranjera y Nacional. Solución de Controversias. En: La constitución comentada: análisis artículo por artículo. Tomo I. Primera edición. Gaceta Jurídica S.A., p. 880.

riesgo de ser perjudicados por el cambio de normas. En ese sentido, la estabilidad jurídica no debería ser respecto a una sola ley en particular, sino que el objetivo en alcanzar sea que en algún momento dicha estabilidad pueda ser reflejada a todo el ordenamiento jurídico, y que los cambios de normas en el tiempo, pueda ser un cambio informado y transparente, y no realizado bajo presiones y argumentos puramente políticos.

Por ello, la estabilidad jurídica debe ser producto no solo del mantenimiento de las normas, sino que además debe ser producto de la estabilidad en la conducta de nuestros operadores políticos y jurídicos:

*“El riesgo político no es privativo de las inversiones en recursos naturales, generalmente de gran cuantía y poca generación de empleo. Todos los inversionistas, desde los rentistas hasta los pequeños productores, sufren con las modificaciones a las reglas de juego: el costo de adaptación y cumplimiento es muy alto y la alternativa es la informalidad. Por ello, una política **“amigable” a la inversión debe enfrentar el reto de ser aplicable a todo tipo de inversionistas, incluyendo decididamente a los nacionales.** Sera menester e importante establecer sistemas de promoción de inversiones para los pequeños y medianos nacionales y extranjeros. A la fecha, la estrategia ha sido de concentrar los beneficios de la estabilidad en los grandes inversionistas, principalmente aquellos interesados en explotación de recursos naturales, minería especialmente, y en la adquisición de activos del Estado.”<sup>145</sup> (Resaltado agregado)*

---

<sup>145</sup> Ibíd. p, 881.

Sin duda, uno de los mayores obstáculos para incentivar la inversión nacional y extranjera, es la falta de estabilidad jurídica, que los empresarios o las grandes compañías multinacionales no sientan la disposición de hacer inversiones importantes si no saben en qué oportunidad les van a cambiar las **“reglas de juego”** bajo las cuales invirtieron.

Cuando un inversionista busca desarrollar un proyecto de mediano o largo plazo debe tomar en consideración diversos factores. Destacándose, entre otros, la situación actual del mercado en el cual se va a desarrollar y su futuro desempeño; el acceso a insumos y tecnología, la situación política, así como económica y social, el ordenamiento jurídico, entre otros aspectos a considerar. Como se advierte, el inversionista necesita tener la mayor cantidad de información sobre cuáles serán las reglas de juego bajo las cuales se irá desarrollando su inversión, siendo uno de los principales factores que podrían afectar considerablemente la rentabilidad de su inversión, es obviamente los potenciales cambios en la legislación durante el tiempo de desarrollo de ésta:

*“La primera parte del primer párrafo del artículo 63° de la Constitución reza: “La inversión nacional y la extranjera se sujetan a las mismas condiciones”. **No hace distinción.** En consecuencia, es de aplicación tanto a la inversión pública como a la inversión privada nacional o extranjera, en consonancia con el artículo 60°, tercer párrafo. No obstante ello, en materia de evaluación de proyectos, la inversión pública nacional se sujeta a la tutela administrativa del Sistema de Inversión Pública (en adelante el **“Sistema”**) **creado por la Ley 27293 y sus disposiciones reglamentarias.** Según el artículo segundo de*

*esta ley, el Sistema de tutela administrativa es de aplicación a las empresas de la actividad empresarial del Estado que empleen recursos públicos. La norma establece con acierto que no son consideradas inversión con recursos públicos aquellas realizadas en la operación y mantenimiento de las referidas empresas.”<sup>146</sup> (Resaltado agregado)*

El retorno esperado por el inversionista, que lo animó a invertir en un determinado proyecto, podría verse disminuido por variaciones en el marco laboral, tributario, comercial u otros. En algunos países, se tienen cambios constantes en la legislación, y es en este contexto en que nace la figura de los Convenios de Estabilidad Jurídica (CEJ), para contrarrestar los efectos potencialmente perjudiciales de estos cambios normativos.

Estos convenios y contratos se asemejan a una fotografía que se realiza en determinado momento, como si se detuviera el tiempo para quien suscribe el contrato. Es decir, se trata de un compromiso de respeto de lo establecido en las leyes, reglamentos y otras normas, otorgándole la confianza al inversionista de que las normas bajo las cuales viene desarrollándose su inversión no cambiarán en el tiempo.

Por otro lado, tenemos los contratos-ley o acuerdos entre el inversionista y el Estado para que se respete el marco jurídico existente en el momento en que se celebró el acuerdo o contrato, el que no puede ser modificado por ninguna norma legal posterior. El establecimiento de una condición de estabilidad jurídica, equivaldría a lo que se

---

<sup>146</sup> Ibid., p. 882

conoce como **“reglas de juego claras”**<sup>147</sup>, que permite reducir el riesgo del proyecto de inversión, dejando que este riesgo provenga solo del mercado donde se desenvuelve.

Bajo este contexto, los Convenios de Estabilidad Jurídica y los Contratos de Estabilidad sectoriales permiten incentivar los niveles de inversión, desarrollar la actividad económica, dinamizando de esta forma la economía:

*“Coincidente a lo dispuesto por el primer párrafo del artículo 63° de la Constitución, la Decisión 291 de la Comunidad Andina de Naciones (CAN) establece que en la Subregión los Inversionistas Nacionales y los Inversionistas Extranjeros tienen los mismos derechos y obligaciones, salvo lo dispuesto en la legislación de cada país miembro. Así, para la CAN los Estados miembros tienen la posibilidad de establecer diferentes derechos y obligaciones para los inversionistas extranjeros. No obstante ello, en el Perú tal posibilidad no existe por efecto del artículo 63° de la Constitución.”*<sup>148</sup>

Pero al estar los inversionistas extranjeros en las mismas condiciones normativas que los inversionistas nacionales, los primeros suscriben contratos con el Estado, para que no les afecte los cambios de las reglas de juego, de la manera como son afectados los inversionistas nacionales, por lo que, en caso se pretenda afectar de cualquier manera lo pactado en estos contratos, el inversionista pueda recurrir a un arbitraje.

---

<sup>147</sup> Ibid., p. 882

<sup>148</sup> Ibid., p. 882

La mayoría de personas coincidirán que siendo la inversión, dentro de nuestro país, uno de los principales factores promotores del crecimiento económico, debe protegerse la seguridad y estabilidad jurídica, para lo cual fueron creados estos convenios y contratos, ya que si no fuera así, se enviaría un mensaje negativo a los inversionistas, pudiendo apartarnos como país receptor de inversiones en la economía internacional:

*“La igualdad entre los inversionistas dispuesta por el artículo 63° se plasma en igualdad de condiciones. Las condiciones a las que se refiere el artículo deben referirse al más amplio sentido de la palabra, e incluir a los requisitos, formalidades, aptitudes o disposiciones para la inversión. Igualmente, deben entenderse incluidas las situaciones de hecho o circunstancias en que se hace una cosa en cuanto influyen en su producción, la facilitan o la atrasan o modifican su carácter. Al no existir una ley de desarrollo constitucional del artículo 63° u otras normas – como podría ser un Código de Inversiones que sistematice todo el tratamiento legal a la inversión en el Perú en materia de promoción, ejecución y protección, riesgos políticos, etc., es necesario que el término **“condiciones” del artículo 63° sea entendido en su más amplio sentido**. En la actualidad, en Perú el sistema de protección de las inversiones privadas se encuentra bien desarrollado, aunque sea formalista y diseminado.”<sup>149</sup> (Resaltado agregado)*

Finalmente, cabe recordar que a inicios de los 90 y bajo el auspicio de organismos multilaterales como el Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial y el Banco Interamericano de Desarrollo<sup>150</sup>; el Perú puso en marcha un ambicioso programa de reformas estructurales destinado a fomentar el uso de mecanismos de mercado,

---

<sup>149</sup> *Ibíd.*, p. 883

<sup>150</sup> LOAYZA V., Norman. El Crecimiento Económico en el Perú. En: Revista Economía. Vol. XXXI, Nro. 61, semestre enero-junio 2008, p. 9 - 25

abriendo cada vez más oportunidades de inversión al sector privado, ya sea nacional o extranjero, redefiniendo por lo tanto el nuevo rol del Estado en la Economía. Estas transformaciones fueron desarrolladas lentamente, enfocándose en la eliminación de las barreras estructurales y de mercado, para luego continuar con el diseño de mecanismos e incentivos orientados a fomentar la inversión privada.

En ese sentido, al amparo de la Constitución y de la Ley Marco para la Inversión Privada, el Estado otorga garantías de estabilidad jurídica a los inversionistas extranjeros y a las empresas en las cuales invierten, mediante la suscripción de convenios que se sujetan a las disposiciones generales sobre contratos establecidas en el Código Civil, cuyo cumplimiento estricto debería ser reforzado por el Poder Judicial peruano.

Mediante la suscripción de estos convenios, el Estado garantiza al inversionista, estabilidad en los regímenes de contratación laboral, de promoción de exportaciones y del Régimen del Impuesto a la Renta. Es así como en el marco de las reformas de promoción de las inversiones y en el conjunto de mecanismos diseñados para generar condiciones favorables a la inversión privada, se crearon los Convenios de Estabilidad Jurídica.

## **ii. Marco Normativo General: Decretos Legislativos N° 757 y N° 662**



## a) Decreto Legislativo N° 757: Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada

El Decreto Legislativo N° 757 (en adelante, D.L. 757) fue elaborado con la finalidad de eliminar todas las trabas y distorsiones legales y administrativas que entorpecían el desarrollo de las actividades económicas, y que por lo tanto restringían la libre iniciativa privada, que dentro de la economía peruana, no hacían más que restarle competitividad a las empresas privadas.

Lo que resultaba sumamente importante para que las empresas peruanas, conforme iban creciendo, pudieran tener una exitosa inserción en el mercado internacional, y así poder competir con empresas mucho más grandes, y por lo tanto, más eficientes. Lo que también busca el D.L. 757, era poder otorgar seguridad jurídica a los inversionistas, así como el incentivar un modelo de desarrollo que armonice la inversión productiva con la conservación del medio ambiente:

*“Solo a partir del siglo XX y más puntualmente luego de la Segunda Guerra Mundial, las Constituciones alojan de una manera sistemática normas y libertades vinculadas al ordenamiento económico. El fenómeno es producto de una mayor presencia de la empresa en el escenario económico mundial. La empresa ha sido el actor más importante en la economía del siglo XX, y lo seguirá siendo en el presente siglo. Así como el Estado representó en su hora la subyugación de multiplicidad de centros de poder (señores feudales, obispos y gremios), el surgimiento de la empresa ha significado un contrapeso al poder del Estado, llegando incluso a superarlo por el surgimiento de las empresas*

*globalizadas, que en muchos casos tienen una economía mayor a la de todo un país.*<sup>151</sup>

La empresa a partir del Siglo XX es un agente económico importante en el crecimiento de cada uno de los países, es por ello que el D.L. 757, en su artículo 6° señala que queda derogada toda reserva en favor del Estado, para la realización de actividades económicas o la explotación de recursos naturales, con excepción de las áreas naturales protegidas.

Como todo acto de intervención del Estado, este debe suponer el interés público, aunque se debe resaltar el hecho de que el artículo 6° mencionado, no hace ninguna referencia al interés público o a la necesidad nacional, sino que usa el término de interés social, dado que este Decreto Legislativo fue promulgado en 1991, cuando aún regía la Constitución de 1979, en donde sí se hacía referencia al interés social, así como en su antecesora, la Constitución de 1933.

Por lo que para que este artículo no vaya en contra de la actual Constitución, debería de entenderse el interés social, como interés público, buscando favorecer a gran parte de la población y no solo a un sector de este. Dado que ese término, quizás fácil de entender a primera vista, originó un gran debate en el Constituyente, al momento de debatir su incorporación en el texto del artículo 70° de la Constitución, el cual regula las expropiaciones. Ello por temor de que se vuelva a repetir lo sucedido con la Reforma Agraria. Claro está que siendo la actividad empresarial del Estado una actividad

---

<sup>151</sup> GUTIERREZ CAMACHO, Walter. Óp. Cit., p. 788

subsidiaria, puede ser que esta si tenga en realidad un verdadero trasfondo de interés social, en cuanto que a través de dicha actividad empresarial, se busca desarrollar una determinada actividad económica en sectores del territorio peruano, donde por razones económicas, de ubicación, etc., no sea muy atractivo para los privados el desarrollar proyectos empresariales, favoreciendo solo a una parte de la población, siempre y cuando no se perjudique el Pluralismo Económico:

*“El artículo 60° de la Constitución establece que el Estado reconoce el pluralismo económico, sin embargo, no explica que entiende por tal pluralismo. Según la doctrina nacional, que se ha ocupado del tema “el pluralismo económico consiste en dos cosas que serían complementarias entre sí: de un lado el reconocimiento de que pueden existir distintos tipos de empresa (...), y de otro lado, el principio de que todas ellas recibirán trato equitativo del Estado según su naturaleza y en los más diversos campos: económico, laboral, tributario, administrativo, etc. Trato equitativo no equivale a decir trato igual: pueden establecerse diferencias por la naturaleza de las cosas, como autoriza el artículo 103”. Según esta interpretación el pluralismo económico vendría a ser una expresión de la libertad de empresa, y por tanto esta norma reforzaría la libertad consagrada en el artículo 60.”<sup>152</sup>*

Un tema importante a tratar dentro del D.L. 757 es el de la Seguridad Jurídica de las Inversiones en Materia Tributaria, establecido en su Título III, en donde se hace énfasis al Principio constitucional de la legalidad en materia tributaria; el principio de publicidad en materia tributaria, respecto a la publicación de todas las normas tributarias; el derecho de poder impugnar las decisiones que se tomen en materia tributaria, ante el

---

<sup>152</sup> GUTIERREZ CAMACHO, Walter. Artículo 60° de la Constitución Política del Perú: Principio de Subsidiariedad. En: La constitución comentada: análisis artículo por artículo. Tomo I. Primera edición. Gaceta Jurídica S.A., p. 833.

Tribunal Fiscal o el Tribunal de Aduanas, constituyéndose estos Tribunales como la última instancia administrativa, estableciéndose cuales son los derechos de los inversionistas en materia tributaria.

Por otro lado, el Decreto Legislativo 757, en su Título IV, que si bien fue derogado por el numeral 3) de la Sexta Disposición Complementaria y Final de la Ley N° 27444 publicada el 11 de abril del 2001, nos puede dar una idea de cuál era el nuevo rumbo trazado por el Estado respecto a la transparencia de sus actuaciones, así como de cada uno de sus órganos.

En dicho Título IV se tocaba un tema de igual o mayor importancia, que es el de la Seguridad Jurídica de las Inversiones en Materia Administrativa. Señalándose que el contenido de dicho Título IV, será de aplicación para todos los procedimientos y trámites administrativos que sigan las empresas e inversiones ante las autoridades del Estado.

Dado que uno de los propósitos fundamentales de emisión de este Decreto Legislativo, era la eliminación de barreras burocráticas, lo cual se logra otorgando certeza de los resultados de los actos de la administración pública, buscando que los trámites realizados por los inversionistas sean cada vez los más simples y transparentes posibles, tratando de exigir una cantidad reducida de requisitos, y que el procedimiento para su cumplimiento sea señalado de forma clara y precisa. Por lo que para el

cumplimiento de ello, cada vez que los inversionistas requieran información, esta tenga que poseer tres características: oportuna, veraz y adecuada.

Finalmente, con el fin de solo citar los principales cambios planteados por el D.L. 757, tenemos el Título V respecto a la Estabilidad Jurídica de las Inversiones, haciendo referencia a los Convenios de Estabilidad Jurídica, que se han vuelto muy comunes en los temas de inversiones. Otorgando a los inversionistas nacionales, así como a las empresas en la que estos participan un tratamiento igual al establecido en el título II del Decreto Legislativo 662. Es decir, se otorga a los inversionistas nacionales el mismo tratamiento dado a los Inversionistas extranjeros en materia de Estabilidad Jurídica. De manera tal que las disposiciones de dicho Título, será de aplicación tanto para los inversionistas nacionales como a los extranjeros y a las empresas en que éstos participan.

En tal sentido, tanto los inversionistas nacionales como extranjeros podrán celebrar Convenios de Estabilidad Jurídica, los cuales también podemos encontrar en el artículo 1357° del Código Civil peruano, el cual señala: “Por ley, sustentada en razones de interés social, nacional o público, pueden establecerse garantías y seguridades otorgadas por el Estado mediante contrato”.

Al respecto, debemos mencionar que lo señalado en nuestro Código Civil responde a la realidad vivida hasta principios de los noventa, donde nuestra economía se caracterizó por un excesivo intervencionismo estatal, en el que el Estado pretendía sustituirse al

mercado. La existencia de controles de precios y tasas de interés, políticas de promoción sectorial, subsidios, tipos de cambio diferenciados, que no dejaban espacio para la duda del tipo de economía en que vivíamos.

Por lo que en aplicación del artículo 39° del D.L. 757, los convenios de estabilidad jurídica se celebran al amparo del artículo 1357° del Código Civil y tienen la calidad de contratos con fuerza de ley, de tal manera que no pueden ser modificados o dejados sin efecto unilateralmente por el Estado. Tales contratos tienen carácter civil y no administrativo, y solo podrán modificarse o dejarse sin efecto por acuerdo entre las partes. Y los Convenios de Estabilidad Jurídica pueden ser fácilmente trasladados de un inversionista a otro, siempre y cuando tenga la aprobación previa del Estado.

No siendo la celebración de este tipo de Convenios, solo de competencia del Gobierno Central, dado que en aplicación del artículo 44° del D.L. 757, los Gobiernos Regionales y Locales podrán celebrar convenios de estabilidad jurídica con los inversionistas que efectúen inversiones en sus respectivas jurisdicciones, y con las empresas establecidas o que se establezcan en ellas, exclusivamente con respecto a las materias de su competencia.

Asimismo, el artículo 45° señala que los derechos, garantías y seguridades contempladas en el Capítulo relativo a los Convenios de Estabilidad Jurídica no limitan en forma alguna la facultad de los inversionistas o empresas de acogerse también a regímenes previstos en otros dispositivos legales, de tal manera que se puede

entender que en la medida que potencialmente pudiera existir un dispositivo legal que le otorgue mayores beneficios a los inversionistas, ellos podrían acogerse a ellos, no siendo obligatorio la Suscripción de los Convenios de Estabilidad Jurídica, lo cual ya será de evaluación de cada uno de los inversionistas, determinando los costos y beneficios de celebrar un Convenio de Estabilidad Jurídica, o de no celebrarlo y acogerse a regímenes previstos en otros dispositivos legales.

Además, hay que resaltar el hecho, de que toda inversión generalmente, va acompañada de un seguro que disminuya los potenciales riesgo de pérdida para el inversionista, es por ello que el Decreto Legislativo ha facultado a todo inversionista para contratar, dentro y fuera del país, seguros que cubran sus inversiones contra riesgos comerciales y no comerciales. Además, el Estado facilita a los inversionistas la cobertura de sus inversiones por la Agencia Multilateral de Garantía de Inversiones (MIGA) del Banco Mundial, u otras entidades similares de las cuales el Perú forme parte. En consecuencia, el Estado señala que tomara las acciones y presentara los documentos requeridos para tal efecto, y en el caso de los inversionistas extranjeros, el Estado prestará su conformidad a la cobertura solicitada por los inversionistas.

Pero, de la lectura que uno puede realizar del artículo 47° del D.L. 757, que es el que hace referencia a los Seguros de la Inversión Privada, se puede observar que establece una limitación, ya que señala textualmente que los inversionistas solo podrán acogerse al MIGA o a otras entidades de las cuales el Perú forme parte. Surgiendo la pregunta: ¿Qué sucedería si existiera otra entidad cuyo seguro ofrece una mayor

protección a los inversionistas, pero que por razones de índole soberana, el Perú no es parte de dicha entidad? Limitándose de esta manera el abanico de seguros para los inversionistas. Y otra pregunta adicional sería, ¿Cuántas empresas, sobre todo nacionales, tendrían la capacidad económica de poder contratar este tipo de seguros? Resultando de esta manera discriminatorio para los inversionistas nacionales, ya que es muy fácil ver que son pocas las grandes empresas cuyo capital sea peruano y que sean lo suficientemente solventes como para contratar estos seguros, dejándose a la gran mayoría a expensas de sufrir las consecuencias de los cambios de reglas de juego.

Si bien el Estado Peruano no tiene nada que ver con el costo de contratación de dichos seguros, si tiene mucho que ver con la necesidad de contratarlos. En efecto, no habría necesidad de ello, si es que el Estado tuviera instituciones fuertes, y sobre todo, si hiciera el esfuerzo de medir el impacto regulatorio de sus actos administrativos, dado que de esta manera, tendría una mejor aproximación de cuál sería el costo - beneficio del cambio de normas. Por lo que ya empezamos a tener una mayor aproximación a las Expropiaciones Indirectas.

#### **b) Decreto Legislativo N° 662: Otorgan un Régimen de Estabilidad Jurídica a las Inversiones Extranjeras mediante el reconocimiento de ciertas garantías**

Mediante el Decreto Legislativo N° 662 (en adelante, D.L. 662), el Gobierno busca otorgar un régimen de estabilidad jurídica a los inversionistas extranjeros, a través del



reconocimiento de ciertas garantías que puedan asegurarles el mantenimiento de las reglas de juego pre establecidas. Es por ello que se señala en su artículo 1, que el Estado promueve y garantiza las inversiones extranjeras efectuadas y por efectuarse en el país, en todos los sectores de la actividad económica y en cualquiera de las formas empresariales o contractuales permitidas por la legislación nacional.

Posteriormente, en el mismo artículo se detalla una lista de actividades económicas que serán consideradas como inversiones extranjeras, las cuales podríamos resumir de la siguiente manera: a) Aportes de propiedad de personas naturales o jurídicas extranjeras, b) Inversiones en moneda nacional provenientes de recursos con derecho a ser remitidos al exterior, c) La conversión de obligaciones privadas con el exterior en acciones, d) Las reinversiones que se efectúen de conformidad con la legislación vigente, e) Las inversiones en bienes ubicados físicamente en el territorio de la Republica, f) Las contribuciones tecnológicas, g) Las inversiones destinadas a la adquisición de documentos financieros, h) Los recursos destinados a contratos de asociación en participación o similares que otorgan al inversionista extranjero una forma de participación en la capacidad de producción de una empresa y i) cualquier otra modalidad de inversión extranjera que contribuya al desarrollo del país.

Todas esas modalidades de inversión, es la confirmación de lo señalado en el artículo 58° de la Constitución Política del Perú, el cual estipula que la iniciativa privada es libre y se ejerce dentro de una economía social de mercado:

*“La iniciativa privada es libre, así se inicia nuestra Constitución Económica. Se trata de la constitucionalización de la autonomía privada en el ámbito económico. Su natural consecuencia son las libertades económicas en sus diversas expresiones. Cuando la Constitución dice que la iniciativa privada se ejerce en una economía social de mercado, impone al Estado la exigencia de implementar un sistema de libre competencia en el que el mercado sea el mecanismo ordenador de la economía, con un celoso respeto de la propiedad privada, libre competencia, libre contratación, protección al consumidor y la igualdad de trato en el mercado, todo ello bajo una regulación que impida que los inevitables desequilibrios afecten a los más débiles o que los agentes más poderosos abusen de su poder. Para lo cual se precisa de un Estado fuerte, lo que no es sinónimo de gigante y burocrático.”<sup>153</sup>*

Al igual que en el Decreto Legislativo N° 757, un tema muy importante dentro del D.L. 662 es el de la Estabilidad Jurídica a la Inversión Extranjera, en donde se señala que basta la sola presentación ante el Organismo Nacional Competente, el Formulario Preliminar de Inversión, y; con anterioridad o dentro de los doce meses siguientes a la obtención del título habilitante, el referido Organismo Nacional Competente, en representación del Estado, podrá celebrar convenios para garantizar a los inversionistas:

- a) La Estabilidad del Régimen Tributario vigente al momento de celebrarse el convenio;

---

<sup>153</sup> GUTIERREZ CAMACHO, Walter. Artículo 58 de la Constitución Política del Perú: Iniciativa privada y Economía social de Mercado. En: La constitución comentada: análisis artículo por artículo. Tomo I. Primera edición. Gaceta Jurídica S.A., p. 795.

- b) La Estabilidad del Régimen de Libre Disponibilidad de Divisas y de los Derechos contemplados en los artículos 7°<sup>154</sup> y 9°<sup>155</sup> del Decreto Legislativo N° 662;
- c) Estabilidad del derecho a la no discriminación contemplado en el artículo 2° del Decreto Legislativo N° 662, el cual hace referencia a que los inversionistas extranjeros y las empresas en las que estos participan tienen los mismos derechos y obligaciones que los inversionistas y empresas nacionales.

Por otro lado, para que los inversionistas extranjeros puedan acogerse al beneficio de la Estabilidad Jurídica tendrán que cumplir ciertas condiciones, como el cumplir en un plazo que no excederá de dos años contados a partir de la fecha de celebración del convenio respectivo con: a) Efectuar aportes dinerarios por un monto que no sea inferior a dos millones de dólares americanos, b) Efectuar aportes dinerarios, canalizados a través del Sistema Financiero Nacional, un monto que no sea inferior a quinientos mil dólares de los Estados Unidos de América, siempre que la inversión determine la generación directa de más de veinte puestos de trabajo permanentes, y la inversión determine la generación directa de no menos de dos millones de dólares americanos de ingreso de divisas por concepto de exportaciones durante los tres años siguientes a la suscripción del Convenio.

---

<sup>154</sup> El artículo 7° del D.L. 662 garantiza el derecho de los inversionistas extranjeros a transferir al exterior el íntegro de sus capitales provenientes de las inversiones contempladas en su Artículo 1° y registradas ante el Organismo Nacional Competente, y a transferir el íntegro de los dividendos o las utilidades netas comprobadas provenientes de su inversión así como las contraprestaciones por el uso o disfrute de bienes ubicados físicamente en el país.

<sup>155</sup> El artículo 9° del D.L. 662, hace referencia a la libre convertibilidad de la moneda extranjera a moneda nacional.

Además, las empresas que se constituyan o las ya establecidas en el Perú con nuevos aportes de capitales extranjeros efectuados de conformidad con lo señalado anteriormente, gozaran de: a) Estabilidad de los regímenes de contratación de trabajadores en cualquiera de sus formas; y b) Estabilidad de los regímenes especiales orientados exclusivamente a la exportación como admisión temporal, zonas francas industriales, comerciales y turísticas, zonas de tratamiento especial, y otros que se creen en el futuro. Obviamente, tales derechos permanecerán vigentes en tanto el inversionista extranjero no incurra en incumplimiento de los aportes anteriormente señalados.

### **2.3. Ejemplos de garantías otorgadas en sectores específicos**

#### **a) Ley N° 26885 – Ley de Incentivos a las Concesiones de Obras de Infraestructura y de Servicios Públicos**

A través del Decreto Supremo N° 059-96-PCM, se dictó el Texto Único Ordenado de las normas con Rango de Ley que Regulan la Entrega en Concesión al Sector Privado de las Obras Públicas de Infraestructura y de servicios públicos, a través de las cuales se declaró de **interés nacional la promoción de la inversión privada en el ámbito de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos.**

Esta declaración de interés nacional de la promoción de la inversión privada podemos decir que responde a un contexto de transformación de la economía nacional y

mundial. Las reformas iniciadas en los años noventa apuntaban a fortalecer la participación privada en la economía, lo que implicaba una apertura del mercado acompañada de un replanteamiento del rol del Estado en la economía, la eliminación de barreras de acceso al mercado.

En ese sentido, el referido TUO señala que la modalidad bajo la cual se promueve la inversión privada en el ámbito de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos es la concesión. Teniendo también a las licencias, autorizaciones, permisos, servidumbres, que en los casos que fueran requeridos para la utilización de recursos naturales, la ejecución de obras de infraestructura y la prestación de servicios públicos, se regirían por lo establecido en las leyes sectoriales correspondientes.

Un año después de haberse publicado el Texto Único Ordenado referido, se dio la Ley N° 26885, Ley de Incentivos a las Concesiones de Obras de Infraestructura y de Servicios Públicos, a través del cual se modificaron algunos artículos del Decreto Supremo N° 059-96-PCM. En lo que respecta a las Garantías para la Inversión Privada señalado en el capítulo II del referido Decreto Supremo, se modificó el artículo 19°, el cual hace referencia a las garantías en los contratos de concesión, como por ejemplo, a los plazos de los convenios de estabilidad jurídica regulados en los Decretos Legislativos 662 y 757, señalándose que se extenderían por todo el plazo de la concesión.

La modificación del artículo 19°, señalado en el párrafo anterior, por la Ley N° 26885, agregó un párrafo más al referido artículo, el cual indica que “de ser el caso, también se podrá incluir dentro de los convenios de estabilidad jurídica, el Régimen de Recuperación anticipada del Impuesto General a las Ventas que fuera aplicable al concesionario y/o el impuesto que grave los activos netos, según las normas vigentes a la fecha de suscripción del convenio de estabilidad jurídica”. Es decir, se le añade un beneficio tributario adicional, a los ya contenidos en los Decretos Legislativos N° 662 y N° 757.

La ley N° 26885, también otorgó el beneficio para los inversionistas de poder constituir una hipoteca sobre el derecho de concesión de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos, la cual podrá constituirse, previa autorización del sector u organismo correspondiente del Estado. Señalando que la hipoteca surtirá efecto desde que se haya realizado su inscripción en el Registro de Hipoteca de Concesiones de Obras Públicas de Infraestructura y de Servicios Públicos. Estando el indicado Registro bajo el cargo de las Oficinas registrales de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos. Con respecto a la ejecución de esta hipoteca, podría darse extrajudicialmente en la forma pactada por las partes al momento de constituirse la obligación.

Para la ejecución de esta hipoteca, sería necesaria la opinión favorable del Estado, a través del sector u organismo correspondiente, ya que el derecho de concesión solo puede ser transferido a favor de quien cumpla con los requisitos establecidos en las

bases de la Licitación Pública Especial o del Concurso de Proyectos Integrales. Dicha opinión del Estado tendrá que ser emitida dentro de los sesenta (60) días de presentada la solicitud. Por lo que, vencido este plazo, sin que el Sector u Organismo del Estado se haya pronunciado al respecto, la solicitud se considera aprobada, es decir, la norma señala que se aplicara el Silencio Administrativo Positivo.

A través de estas normas se puede ver cómo es que el Perú estuvo tomando conciencia de la importancia de la inversión privada, al ser este uno de los factores principales para la generación de empleo. Así como una de las fuentes de perfeccionamiento de la tecnología existente, al obtener de manera indirecta el know how de empresas extranjeras con un mayor nivel de eficiencia, derivada de la misma competencia que se daría en el mercado y no producto de una obligación impuesta por el propio Estado, y de esta manera coadyuvar al desarrollo del país, el cual se logra, en un país como el nuestro, solo dando incentivos como los referidos en las normas estudiadas. Siendo fácil de determinar las causas que podrían terminar ahuyentando a los inversionistas, tanto nacionales como extranjeros, como puede ser la falta de reglas claras, corrupción tanto en el aparato administrativo como judicial, el cambio de reglas sin un procedimiento objetivo para ello, la no compensación a los inversionistas por el perjuicio sufrido, etc.

Lo único que faltaría para eliminar esos males que aquejan a nuestra sociedad sería la voluntad política suficiente de que ello es necesario, y que las muchas promesas que se plantean en las campañas electorales, puedan hacerse realidad. La inversión

privada es adecuada para cualquier país, ya que ella genera muchos beneficios, como la promoción de mayores puestos de trabajo, reduciendo de esta manera el nivel de pobreza.

En ese sentido, consideramos que si el orden público económico peruano tiene como piedra angular la iniciativa privada, ha de entenderse que la mayoría de garantías económicas contenidas en la Constitución están orientadas a hacer posible esta iniciativa privada. Por lo que, cuando la Constitución y el Código Civil establecen que el Estado puede otorgar garantías y seguridades, debe interpretarse en el sentido que más favorezca su realización.

Pero así como es importante la búsqueda de inversiones en el país, es también importante que ésta no se centralice solo en la capital de los países, sino que también pueda ser disfrutado por las demás personas que viven en pueblos alejados del interior de nuestro país, pero ello solo se lograra en la medida de que el Estado apoye la descentralización de la inversión, a través de la creación de condiciones (económicas y de capital humano) para que los Gobiernos Regionales o Locales del Perú cuenten con sus propios mecanismos para potenciar y atraer la mayor cantidad de inversiones posibles directamente al interior de sus circunscripciones territoriales.

El Perú tiene la riqueza de poder ofrecer a los inversionistas una gama de recursos que pueden resultar muy atractivos a toda clase de inversionistas, faltando solo las



herramientas para que los pueblos puedan aprovechar y difundir las ventajas comparativas respecto a lo que pueden ofrecer otros países.

### **b) Ley N° 26285 – Desmonopolización Progresiva de Telefonía Fija Local y de los Servicios Portadores de Larga distancia**

A través de esta Ley se buscaba fortalecer los Servicios Públicos de Telecomunicaciones de Telefonía Fija Local y de Servicios de Portadores de Larga Distancia, decretándose su desmonopolización progresiva, con el fin de adecuar estos servicios a un régimen de libre competencia. Dichos servicios, por lo tanto, iban a ser objeto de contratos de concesión de servicios públicos.

En el artículo 3° de esta Ley se señaló que los contratos de concesión que celebre el Estado para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones, tendrían el carácter de contrato-ley. Se estableció que la supervisión del adecuado cumplimiento de los servicios públicos ofrecidos por las empresas, estaría a cargo del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones – OSIPTEL. Cumpliéndose de esta manera con el Régimen Económico de la nueva Constitución, al ser esta Ley promulgada tan solo un año después de la dación de la Constitución de 1993. Régimen económico que aún no está del todo claro, por parte de cierto sector de la doctrina:

*“En el orden que sigue el artículo 58°, la segunda regla que aparece es la referida a la economía social de mercado, vinculándola, desde luego, a la iniciativa privada. La presencia de esta regla en la Constitución sugiere varias*

*preguntas. La primera de ellas es que debe entenderse por economía social de mercado, la segunda es porqué el constituyente ha escogido este sistema económico, y que tan vinculante es esta norma. **En el Perú existe casi unanimidad en cuanto al hecho de que la actividad económica del país debe desarrollarse en una economía social de mercado. El problema es que no existe la misma unanimidad respecto de lo que debe entenderse por este sistema económico.** Desde que la economía social de mercado apareció constitucionalmente en nuestro país, esto es con la Constitución de 1979 (artículo 115) han transcurrido 25 años y han pasado casi cinco gobiernos.”<sup>156</sup>*

La Constitución Política del Perú consagra la Economía Social de Mercado y define al Estado como un proveedor de condiciones necesarias para que la iniciativa privada se desenvuelva libremente y para que sean la creatividad y el esfuerzo de los ciudadanos libres los que motiven y generen progreso y bienestar para toda la población. En materia económica, el Estado tiene el papel de árbitro, es el encargado de garantizar que la leal y honesta competencia sea la que defina el éxito o fracaso de los actores en el mercado.

El Estado es esencialmente un proveedor de servicios a la ciudadanía. La razón de su existencia está orientada a la satisfacción de las necesidades de la población. Es por ello que todo Estado debe esforzarse siempre por prestar servicios públicos de calidad, lo cual no quiere decir que para lograr ello tenga el Estado que prestar esos servicios, dado que en un país en vías de desarrollo como el nuestro, son los inversionistas los agentes económicos que crean la riqueza y el Estado se encarga de generar las

---

<sup>156</sup> *Ibíd.*, p. 797

condiciones para que ello ocurra. Pero dicha ayuda, se entiende que no es realizada de forma desinteresada dado que se da a cambio de una cierta rentabilidad para el inversionista. Pero para lograr que el inversionista participe en la oferta de servicios públicos, es necesario que el Estado no intervenga directamente en la actividad económica del Estado, como puede ser a través de la creación de empresas estatales, salvo que la participación del Estado sea por razón de un alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional, tal como lo señala el artículo 60° de nuestra Constitución.

### **c) Ley Orgánica de Hidrocarburos – TUO aprobado mediante D.S. N° 042-2005-EM**

Mediante esta norma el Estado estableció la promoción del desarrollo de actividades de Hidrocarburos sobre la base de la libre competencia y el libre acceso a la actividad económica con la finalidad de lograr el bienestar de la persona humana y el desarrollo nacional, siendo el Ministerio de Energía y Minas el encargado de elaborar, aprobar, proponer y aplicar la política del Sector, así como de dictar las demás normas pertinentes.

El Ministerio de Energía y Minas y el OSINERGMIN son los encargados de velar por el cumplimiento del referido Texto Único Ordenado. Además, las normas o dispositivos reglamentarios que dicten otros Sectores que tengan relación con las actividades de Hidrocarburos, deberán contar con la opinión favorable del Ministerio de Energía y Minas. Es importante lo señalado por la presente norma, en cuanto se promueve este

tipo de actividades sobre la base de la libre competencia y el libre acceso a la actividad económica. Dado que estos dos conceptos, son conceptos fundamentales dentro de una Economía Social de Mercado:

*“Una Economía Social de Mercado parte de dos convicciones; por un lado, la creencia de que el mercado es el mejor invento para el desarrollo y funcionamiento de la economía; la segunda, referida a que **si bien el mercado puede ordenar la economía, no crea necesariamente justicia. Una economía totalmente libre sin límite alguno, creara más desigualdades y agudizara las existentes, generará centros de poder económico que muy pronto falsearan la competencia y harán de las libertades económicas de los más débiles meras declaraciones legales. De ahí que una economía social de mercado postule que en situaciones de desigualdad el Estado deberá regular la libertad de mercado. Sin embargo, si bien hay un relativo consenso respecto a la necesidad de limitar la libertad de mercado, no existe la misma unanimidad en relación a cómo deben operar estas limitaciones en una economía social de mercado. El problema reside en que para que este sistema funcione debe combinarse eficiencia con justicia social, un equilibrio esquivo, difícil de alcanzar.**”<sup>157</sup> (Resaltado agregado)*

Dicha regulación o intervención en la libertad de mercado, en el caso de los Hidrocarburos, se ha dado a través de la intervención directa del Estado, mediante la creación de una empresa estatal, bajo la denominación social de PERUPETRO S. A., la Empresa estatal de Derecho Privado del Sector Energía y Minas, organizada como Sociedad Anónima de acuerdo a la Ley General de Sociedades, cuya Organización y Funciones fue aprobada por Ley. En aras de ilustrar como es que el Estado trata de

---

<sup>157</sup> *Ibíd.*, p. 797

moldear el mercado de Hidrocarburos a través de PERUPETRO, podemos ver cuáles fueron las funciones señaladas por la Ley Orgánica de Hidrocarburos, como contenido del objeto social de dicha empresa: **a) Promover la Inversión en las Actividades de Exploración y Explotación de Hidrocarburos; b) Negociar, celebrar y supervisar**, en su calidad de Contratante, por la facultad que le confiere el Estado en virtud de la Ley, los Contratos que esta establece, así como, los convenios de evaluación técnica.

Como podemos observar, es esta empresa la encargada de promover la inversión en las actividades de exploración y explotación de hidrocarburos, ello quiere decir que es una suerte de Proinversión, pero en este sector en específico. Teniendo la facultad de regular y fiscalizar las actividades de los inversionistas en hidrocarburos, a través de la negociación, celebración y fiscalización de los Contratos que celebre con éstos. Que vendría a ser uno de los roles preponderantes del Estado dentro de una Economía Social de Mercado, como es el rol de Orientador y Promotor:

*“Una de las mayores expresiones del cambio en el capítulo económico que trajo la Carta de 1993 está graficada en la segunda parte del artículo 58° que, tras afirmar que la iniciativa privada es libre y se ejerce dentro de una economía de libre mercado (a la letra de la primera parte del texto que se comenta), concibe un Estado puramente orientador del desarrollo económico del país. Lejos, muy lejos en verdad, del modelo consagrado en la Constitución de 1979 en el que –a decir de Kresalja- se le entregaron al Estado **“facultades muy significativas para intervenir en la marcha económica, lo que por cierto desdibujaba, hasta hacerlo difícil de identificar, a un sistema de economía de mercado.”** Aquí, por lo demás, se han centrado muchas críticas al modelo constitucional vigente*

*que han sido expresadas por Domingo García Belaunde y Pedro Planas, Manuel Moreyra Loredó y Enrique Bernales.”<sup>158</sup> (Resaltado agregado)*

Estos contratos celebrados en materia de Hidrocarburos, una vez aprobados y suscritos, solo podrán ser modificados por acuerdo escrito entre las partes, por lo que el Estado no hace en ningún momento uso de su *Ius Imperium* para poder modificar las cláusulas de los contratos que pueda celebrar PERUPETRO con los inversionistas. Dichas modificaciones serán aprobadas por Decreto Supremo refrendado por los Ministros de Economía y Finanzas y de Energía y Minas.

Además, los Contratos de Licencia, así como los Contratos de Servicios, se rigen por el derecho privado, siéndoles de aplicación los alcances del Artículo 1357° del Código civil, que como ya se señaló anteriormente, dicho artículo indica que por Ley, bajo sustento en razones de interés social, nacional o público, pueden establecerse garantías y seguridades otorgadas por el Estado mediante contrato. Reforzándose lo pactado entre las partes, pudiendo ser modificado lo acordado sólo bajo el común acuerdo de estas, impidiéndosele al Estado hacer uso de su poder soberano para modificar las cláusulas de los contratos, protegiéndose a los inversionistas por los cambios de orientación política que puedan generarse en cada cambio de gobierno.

El Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica de Hidrocarburos también señala que las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, podrán celebrar Contratos en

---

<sup>158</sup> SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge. Artículo 58 de la Constitución Política del Perú: Estado orientador y promotor En: La constitución comentada: análisis artículo por artículo. Tomo I. Primera Edición. Gaceta Jurídica S.A., p. 801.

todo el territorio nacional incluyendo el área comprometida dentro de los cincuenta (50) kilómetros de fronteras, para efecto de realizar actividades de exploración y explotación o solamente explotación de Hidrocarburos en la zona de frontera antes indicada.

Por otro lado, dado que la referida Ley Orgánica reconoce que estas constituyen actividades que son de interés público, y que por lo tanto constituyen casos de necesidad nacional, y al ser las actividades de Hidrocarburos, un tema muy demandado por los inversionistas, en donde se dan la mayor cantidad de inversiones, el Estado estableció que por Decreto Supremo y a propuesta del Ministerio de Energía y Minas, se aprobaría el reglamento de calificación de las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, que podrán suscribir Contratos de Exploración y Explotación o Explotación de Hidrocarburos.

Mediante este reglamento se fijaran los requisitos técnicos, legales, económicos y financieros, así como la experiencia, capacidad y solvencia mínima necesaria para que de esta manera se pueda garantizar el desarrollo sostenido de las actividades de exploración y explotación de Hidrocarburos, acorde con las características del área del Contrato, con la inversión requerida y el estricto cumplimiento de las normas de protección del medio ambiente. El cual es un tema de connotaciones sociales muy marcadas, debido a que los inversionistas pueden ganar mucho o sufrir pérdidas significativas, en cuanto sean capaces de demostrar el cabal cumplimiento de las normas de protección del medio ambiente.

## CAPITULO IV

### EL TRATAMIENTO DE LA INVERSION NACIONAL FRENTE A LA EXTRANJERA EN EL CASO DE EXPROPIACIONES INDIRECTAS

Un aspecto fundamental en el tratamiento que el país anfitrión debe dar a las inversiones extranjeras, es la prohibición de realizar expropiaciones indirectas. Este tipo de expropiaciones abarca las regulaciones mediante las cuales se priva (total o parcialmente) al propietario de uno o todos los atributos de su propiedad, ya sea del uso, del disfrute o de la disposición. Y esto es lo que se pasará a ver en este capítulo, a través de casos que se han dado en la actualidad, y que podrían demostrar la ocurrencia de expropiaciones indirectas, cometidas a través de normas peruanas.

#### 1. Tratamiento de la inversión nacional y su relación con las expropiaciones en nuestros días

En el derecho norteamericano se contempla dos tipos de expropiaciones, las expropiaciones físicas y las expropiaciones regulatorias<sup>159</sup>. Y de forma similar en el Derecho Internacional se habla de expropiaciones directas e indirectas, a diferencia del derecho norteamericano, así como del Derecho Internacional, en el Derecho peruano, solo se ha regulado el tema de las expropiaciones físicas o clásicas. En ese sentido, en la presente sección, se tocarán algunos casos relevantes para el presente trabajo de

---

<sup>159</sup> Haciendo referencia a lo ya señalado anteriormente, la cláusula de expropiaciones de la Fifth Amendment de la Constitución de los Estados Unidos de América señala: **“Nor shall private property be taken for public use, without just compensation”**, no sólo es ampliamente aplicada para los casos de expropiaciones clásicas, sino que también es aplicado para los casos expropiaciones indirectas.



investigación, los cuales demostraran que la falta de regulación, o de reconocimiento del Estado peruano, respecto al potencial acaecimiento de una expropiación indirecta, se encontraría afectando a los inversionistas nacionales, a diferencia del tratamiento que se le da a los inversionistas extranjeros, frente a la misma situación de hechos.

En ese sentido, los casos que pasaremos a describir, nos servirán de ayuda para poder plantear algunas propuestas de solución que permitan a los inversionistas nacionales, alegar el mismo tratamiento que se les da a los inversionistas extranjeros. Propuestas que podrían ser: a) El reconocimiento de un “piso” de tratamiento a los inversionistas, del cual el Estado no podrá bajar en lo que a estándares de tratamiento a los inversionistas se refiere; o b) Una modificación de nuestra actual Ley General de Expropiaciones.

### 1.1 Jurisprudencia:

#### a) Arturo Vidal Layseca vs Concejo Distrital de Santiago de Surco<sup>160</sup>

En el presente caso, el demandante interpone Acción de Amparo contra el Concejo Distrital de Santiago de Surco, y contra los señores Konstantinos Panopoulos Orlof, Carlos Manuel Gonzalo de Romaña Málaga, Jorge G. Barrientos Campos, Rodolfo Cremer Nicoli y José W. Angulo Araujo por violación al derecho de propiedad. Este caso nos permite ver que muchas de las normas que emiten los órganos del Estado, no se encuentran orientadas a satisfacer el interés público sino que estas podrían ser

<sup>160</sup> Exp. Nro. 18-95-AA/TC. Si bien el presente caso data del año de 1995, creemos que puede ayudarnos a ilustrar dos cosas: 1) Las expropiaciones indirectas no son una figura jurídica reciente; y, 2) Se trata de un caso de cambio de zonificación, que son los actos administrativos en los cuales se pueden originar con mayor facilidad los casos de expropiaciones indirectas.

emitidas, resguardando intereses particulares, causando muchas externalidades negativas a la sociedad en su conjunto. Sin embargo, si bien muchos de estos problemas, respecto al uso de la propiedad, podría ser resuelto mediante acuerdos reflejados en un Contrato, por ejemplo, de no hacer, esto resultaría muy costoso para la persona que desea usar el bien, dado que, podrá eliminarse o atenuarse las externalidades negativas, siempre y cuando, se pueda identificar plenamente a las partes del Contrato, ya que de no ser así, ello sería muy ineficiente.<sup>161</sup>

Lo señalado en el párrafo anterior, resultaría muy costoso en términos económicos, al elevarse los costos de transacción, por el hecho de establecer compromisos con cada uno de los potenciales afectados de las medidas que un ente del Estado quisiera implementar hacia futuro. Es por ello que en este caso el demandante demuestra la vulneración al ejercicio de su derecho de propiedad, señalando que los demandados solicitaron la modificación de la zonificación, para que en adelante sea R-2, la cual la obtuvieron mediante la ilegal Resolución Nro. 051-92-MLM-AM/SMDU del veintiuno de abril de mil novecientos noventa y dos, expedida por la Secretaria Municipal de Desarrollo urbano de la Municipalidad de Lima Metropolitana, y con opinión favorable del Concejo de Surco, lo cual perjudica su derecho de propiedad<sup>162</sup>.

---

<sup>161</sup> *Ibíd.*, p. 20.

<sup>162</sup> Asimismo, se indica que mediante la Resolución de Alcaldía Nro. 1126, ya se había dejado anteriormente sin efecto la Resolución Nro. 051-92-MLM-AM/SMDU y se ordenó demoler lo construido. Y posteriormente a través de una tercera **Resolución de Alcaldía Nro. 038-93**, de fecha quince de enero de mil novecientos noventa y tres, emitida por la Municipalidad Provincial de Lima se declara nula la Resolución Nro. 1126, bajo el fundamento que es legal aprobar modificaciones no sustanciales a los planes urbanos de zonificación ya aprobados y ratifica la validez de la Resolución cuestionada.

En el presente caso el Tribunal Constitucional confirma la sentencia de la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema, declarando la demanda improcedente.

Finalmente, en base a este caso podemos decir que normalmente, bajo los sistemas nacionales sólo los derechos de propiedad, plasmados en bienes inmuebles, son susceptibles de expropiación. No obstante, bajo derecho internacional la noción ha sido mucho más amplia, especialmente tratándose de casos de expropiación indirecta, los cuales pueden suceder a través de actos estatales, como los ocurridos en el presente caso, producto de un cambio de zonificación.

Sin embargo, los límites no están del todo claros. Una cosa es adoptar una visión amplia de derechos de propiedad a efecto de incluir derechos contractuales e intangibles y otra cosa muy distinta es afirmar que cualquier interés con valor económico puede ser expropiado. Por lo que, independientemente de que muchos tratados de inversión se refieren a la expropiación de “inversiones” (normalmente definidas en términos amplísimos, lo que naturalmente expande el concepto), no puede expropiarse un derecho que no está reconocido por el derecho doméstico. La razón es simple: los derechos de propiedad protegidos por el derecho internacional son creados por las leyes del país receptor, por lo tanto, es el derecho doméstico el que define la naturaleza y alcance de los derechos que un inversionista extranjero puede adquirir.

Por lo que, para que exista la expropiación de una inversión o beneficio, los derechos afectados deben existir en virtud de la legislación que los crea. En este caso, sería la legislación peruana, la cual por ejemplo, en los casos de cambio de zonificación en temas de licencias de funcionamiento, a través de la Ley N° 28976, Ley marco de licencia de funcionamiento, en su artículo 14° establece que el cambio de zonificación no es oponible al titular de la licencia de funcionamiento dentro de los primeros cinco (5) años de producido dicho cambio. Y de esta forma, a través del derecho doméstico podría protegerse a los inversionistas, tanto nacionales como extranjeros, frente a los potenciales cambios de zonificación, como el ocurrido en este caso.

**b) Oscar Enrique Morello Silva vs Sala Corporativa Transitoria Especializada en Derecho Público de la Corte Superior de Justicia de Lima<sup>163</sup>**

El presente caso se inicia producto de la clausura de un establecimiento comercial, alegando que el referido acto de clausura tenía como objetivo el proteger el Centro de Lima. Por ello, el demandante con fecha 7 de enero de 1998, interpone acción de amparo contra la Municipalidad Metropolitana de Lima, con el objeto de que se suspendan los efectos de la Resolución Directoral Municipal Nro. 3444, de fecha 16 de octubre de 1997, mediante la cual se dispone la clausura definitiva del establecimiento comercial (grifo) que conduce y el cierre del surtidor de gasolina de su propiedad, ubicado en la cuadra 8 de la Av. 28 de Julio, Lima, y, por consiguiente, se mantenga vigente la autorización municipal de funcionamiento.

<sup>163</sup> Expediente N° 541-1999-AA/TC al cual se puede acceder a través del siguiente link: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00541-1999-AA%20Resolucion.html>

En el proceso de amparo se dejó constancia que el cambio de zonificación, contenido en la Ordenanza Nro. 062-94-MLM, fue puesto en conocimiento del interesado el 24 de marzo de 1997, con lo que el plazo de cinco (5) años a que hace referencia el artículo 74° del Decreto legislativo Nro. 776<sup>164</sup> (Ley de Tributación Municipal), para oponer la licencia de funcionamiento frente al cambio de zonificación, debe computarse desde el 24 de marzo de 1997, siendo evidente que desde dicha fecha, hasta la expedición de la presente sentencia, han transcurrido más de 5 años. Por lo que el Tribunal constitucional declara Improcedente la demanda, resolviendo el presente caso desde un punto de vista formal de aplicación de las normas.

En este caso podemos observar, dejando de lado los plazos legales de implementación de los cambios de zonificación, que si bien hay ciertos actos administrativos que podrían perjudicar el derecho de propiedad de los individuos, éstos serán válidos siempre y cuando se haya cumplido con el procedimiento establecido para la emisión de los actos o de determinadas normas.

En vista de que no solo se busca proteger el interés público, sino que también se desea poder proteger en la medida de lo posible, los intereses de los particulares, ya que si bien estos se verán afectados, lo que se busca al establecer un procedimiento para la

---

<sup>164</sup> Artículo derogado por la Ley N° 28976, Ley marco de licencia de funcionamiento, la cual tiene como finalidad establecer el marco jurídico de las disposiciones aplicables al procedimiento para el otorgamiento de la licencia de funcionamiento expedida por las municipalidades. Esta Ley señala que la Licencia de Funcionamiento es la autorización que otorgan las municipalidades para el desarrollo de actividades económicas en un establecimiento determinado, en favor del titular de las mismas.

Podrán otorgarse licencias que incluyan más de un giro, siempre que éstos sean afines o complementarios entre sí. Las municipalidades, mediante ordenanza, deben definir los giros afines o complementarios entre sí, para el ámbito de su circunscripción.

emisión de actos normativos, es que sean los menos gravosos posibles, así como que estos tengan cierto grado de predictibilidad:

*“Much traditional analysis tends to concentrate on relatively simple examples of externalities: an industrial polluter imposing costs on a neighboring landowner should be made to “internalize” that cost –the polluter-pay principle”- by means either of private law (for example, an action in nuisance) or of regulation (imposing environmental standards or taxing discharges). But externalities may have widespread effects, leading to considerable complexities for policy-makers concerned to devise appropriate legal corrections.”<sup>165</sup>*

De acuerdo a la cita anterior, supongamos que la contaminación envuelve cambios ecológicos irreversibles, el cual tendrá un impacto adverso que solo podrá ser percibido por las futuras generaciones. Este daño no podría ser corregido por instrumentos legales privados debido a que aún el daño a la población no se ha producido, en cuanto que éste solo podrá ser percibido y por tanto cuantificable en el futuro.

Pero si nos trasladamos al terreno del interés público, la regulación podría ser la vía legal idónea a fin de poder contrarrestar o prevenir daños a futuro. Sin embargo, la pregunta que se viene de manera instantánea a nuestra mente es ¿Cuál sería el nivel apropiado de intervención que tendría que determinarse a través de la regulación? Lo cual solo es posible de determinar caso por caso, y a través del análisis del impacto regulatorio que produciría el cambio de normas en un sector económico, análisis que no se desprende de las actuaciones de las autoridades peruanas.

---

<sup>165</sup> Ibid., p. 35

### c) Asociación de Comerciantes San Ramón y Figari<sup>166</sup>

El presente caso está referido a una demanda de inconstitucionalidad interpuesta por la Asociación de Comerciantes San Ramón y Figari (en adelante, la Asociación), contra las Ordenanzas 212-2005 y 214-2005, expedidas por la Municipalidad de Miraflores.

La Asociación manifestó que, mediante la Ordenanza 212-2005, se restringió el horario de atención y funcionamiento de los locales comerciales ubicados en las calles San Ramón y Figari, dado que dicha Ordenanza regulaba el horario máximo de funcionamiento y atención al público de los locales y establecimientos comerciales ubicados en los pasajes San Ramón y Figari, autodenominados “Calle las Pizzas” y zonas de influencia, en donde se establecía que los locales debían cesar sus actividades de domingo a jueves a la 01:00 horas del día siguiente, y los días viernes, sábado y vísperas de feriado a las 02:00 horas del día siguiente.<sup>167</sup>

El Tribunal Constitucional, al respecto pasa a esbozar la necesidad de plantearse si la Ordenanza, aun cuando es general, contraviene o no el derecho a la igualdad. Sin perjuicio de que la absolución de este problema ya se encontraría anticipada con la

---

<sup>166</sup> Expediente N° 007-2006-PI/TC, al cual se puede acceder a través del siguiente link: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/00007-2006-AI.html>

<sup>167</sup> El supuesto es los “locales y establecimientos comerciales” que se ubican en la denominada Calle de las Pizzas y “zonas de influencia”. El objeto de regulación de la Ordenanza no es un supuesto concreto, sino cualquier establecimiento que esté ubicado en esa zona, se trata de cualquier local o cualquier establecimiento, actual o futuro, con lo cual se satisface la exigencia de abstracción; pero, además, constituye una regulación cuyos destinatarios no están determinados en función de los caracteres o condiciones personales de sus titulares, sino al margen del titular o los titulares de dichos establecimientos, de modo que dentro de ella quedan comprendidas todas las personas que desarrollan actividades comerciales en la zona o cualquiera que, en el futuro, pueda desarrollarla. Con esto, el Tribunal también afirma que la Ordenanza satisface, la exigencia de indeterminación.

respuesta afirmativa respecto de la exigencia de la indeterminación, la problemática de la igualdad requería ser abordada específicamente.

En ese sentido, el referido Tribunal determina que la restricción del horario máximo de atención no sería contrario al derecho a la igualdad puesto que tiene un fundamento objetivo y razonable<sup>168</sup>. Asimismo, de la lectura de la parte considerativa de la Ordenanza Nro. 212 se advierte que el objetivo de la restricción era que “se resguarde la tranquilidad y seguridad de los vecinos mirafloresinos”, ello en tanto los establecimientos “no reúnen las medidas de seguridad necesarias”, y los propietarios de estos establecimientos venían “incumpliendo las normas y medidas de seguridad establecidas por Defensa Civil”; que “no cumplen con las condiciones mínimas de seguridad, causando un peligro inminente a la vida e integridad física de las personas que laboran y concurren a dichos locales.”

Pero la pregunta que se hace el Tribunal Constitucional, y que consideramos que es corrector plantearla es ¿Puede garantizarse la vida y la integridad estableciendo una restricción de la hora máxima de apertura de un establecimiento? ¿Están en juego tanto la tranquilidad y seguridad de los vecinos de Miraflores como también la seguridad, vida e integridad física de las personas que trabajan en los locales y de sus

---

<sup>168</sup> El Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia se ha ocupado del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la igualdad. Al respecto ha señalado que:

“[...] La igualdad como derecho fundamental está consagrada por el artículo 2° de la Constitución de 1993, de acuerdo al cual: “(...) toda persona tiene derecho (...) a la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole”.

En ese sentido, el Tribunal Constitucional en el presente caso señala que la restricción del horario máximo de atención no sería contraria al derecho a la igualdad en tanto que la referida restricción se aplica a todos los que se encuentran en la situación descrita en el supuesto de la norma, sin distinción alguna, a fin de resguardar la salud y seguridad de las personas que concurren a la Calle de Las Pizzas.



concurrentes? ¿Puede la vida, seguridad e integridad física de los trabajadores y concurrentes de los establecimientos de la zona bajo restricción garantizarse restringiendo el horario máximo de apertura del mismo? La respuesta es negativa.

Por lo que, la restricción del horario de atención no constituiría una medida idónea para la prosecución del objetivo que se propone la Municipalidad. En efecto, la protección de la integridad, la vida y la seguridad de los trabajadores de los establecimientos comerciales así como de los concurrentes a ellos podría proveerse a través de la implementación de un adecuado servicio de seguridad por parte de la Policía Nacional y del servicio de Serenazgo de la propia Municipalidad e incluso, establecerse como deber de los propios establecimientos comerciales, resultante de los servicios que brindan.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional procede a señalar que el objetivo de la medida es la protección de la tranquilidad y el estado de salud de los vecinos residentes en las zonas aledañas a aquella donde opera la restricción analizada. Dado que, en la zona de restricción se produce un ruido que razonablemente puede considerarse como perturbador del sueño de los vecinos de la zona y, por tanto, el permitir que tal ruido se produzca en los horarios que opera la restricción y que corresponden justamente a los horarios en que duermen los vecinos que viven alrededor de la Calle de las Pizzas, perturbaría intensamente el desarrollo de estas necesidades humanas.

Para ello, resultó necesario realizar un análisis de ponderación, por lo que para efectuar este análisis fue preciso identificar los derechos constitucionales y/o bienes constitucionales que se hallan en conflicto. Dejando establecido que el fin constitucional de la restricción es la protección del derecho al medio ambiente y a la tranquilidad y del derecho a la salud<sup>169</sup>.

El Tribunal Constitucional señala, que conforme a la ponderación efectuada se concluye que, en la restricción del horario de atención examinada, resulta que el grado de limitación de la libertad de trabajo y del libre desenvolvimiento de la personalidad es leve, mientras que el grado protección del derecho al medio ambiente, a la tranquilidad y a la salud es elevado. Por consiguiente, la medida adoptada satisface la ley de ponderación y, por tanto, es constitucional, teniendo la Municipalidad Distrital de Miraflores la facultad de aplicar la restricción del horario señalada anteriormente en la Calle de Las Pizzas.

Finalmente, podemos concluir de este caso, que a pesar de haberse dado los supuestos básicos, a fin de identificar la ocurrencia de una expropiación indirecta, se termina afectando a los propietarios de los establecimientos ubicados en la Calle de Las Pizzas, sin considerar en ningún momento la necesidad de resarcir el perjuicio

---

<sup>169</sup> Por su parte, la restricción constituye una intervención o limitación de la libertad de trabajo de los propietarios de los establecimientos comerciales de la zona restringida (los miembros de la asociación demandante) y, además, una intervención del derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad de los concurrentes a los establecimientos de la zona restringida. En esta estructura, el derecho a la libertad de trabajo y al libre desenvolvimiento de la personalidad constituyen los derechos intervenidos o restringidos con la restricción examinada. Frente a ello se tiene los derechos al medio ambiente, a la tranquilidad y a la salud, como los derechos por cuya protección adopta la restricción examinada.

Por lo que la restricción de los horarios de apertura de los establecimientos en la Calle de las Pizzas constituía una restricción o intervención en el derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad de los concurrentes a dichos establecimientos, pues tal derecho les garantiza su visita a estos lugares. Se estaría ante una restricción legítima que tiene como propósito la salvaguarda del derecho al medio ambiente, la tranquilidad y a la salud, de los vecinos de la zona de restricción.

causado. Los supuestos que determinarían la ocurrencia de una expropiación indirecta, y que no fueron considerados en el caso, son los siguientes:

- **Es un acto atribuible al Estado:** El caso nace producto de la emisión de las Ordenanzas N°s 212-2005 y 214-2005, expedidas por la Municipalidad de Miraflores.
- **Implica una interferencia sobre derechos de propiedad, de tal magnitud que deja dichos derechos inútiles, evitando su uso, goce o disposición:** Las ordenanzas señaladas en el punto anterior, restringieron el horario de atención y funcionamiento de los locales comerciales ubicados en las calles San Ramón y Figari, de tal forma que muy probablemente las personas que concurrían a dichos establecimientos, terminarían optando por acceder a otros lugares, lo cual originaría cuantiosas pérdidas para los propietarios de los locales comerciales, afectando sustancialmente su derecho de propiedad.
- **A pesar de que el dueño permanezca con la propiedad legal o posesión del bien:** Si bien, en el presente caso no existió una cancelación de las licencias de funcionamiento de los locales comerciales, o una transferencia del derecho de propiedad de estos locales hacia el Estado, ello no quiere decir que en la práctica no se hubieran dado los mismos efectos que los de una expropiación clásica.

**d) Tito Jabier Fernández Rodríguez vs Sala Mixta de Chachapoyas<sup>170</sup>**

El presenta caso data del 25 de setiembre de 2009, fecha en la cual el señor Tito Fernández interpone demanda de amparo contra Fredy Vela Fernández, alcalde distrital de Milpuc, a fin de que se deje sin efecto el Proyecto de Encauzamiento de las Quebradas Shasquilla y Caliche, en la parte que atraviesa el predio de su propiedad denominado La Rinconada, y que en consecuencia, se restituya el pleno goce de uso, disponiéndose, para tal efecto, el relleno de las excavaciones realizadas.

El Sr. Fernández manifiesta que su derecho de propiedad viene siendo interrumpido al haberse aprobado y financiado, por parte de las autoridades demandadas, el proyecto de encauzamiento de las quebradas Shasquilla y Caliche, que cruzando por la población de Milpuc, bajan hasta el río Shocol, afectando su terreno con las excavaciones de zanja.

Como vemos aquí, este es un proyecto aprobado y financiado, que no solo debería de beneficiar a las partes que participan directamente en el proyecto, sino que también se supone que debería de beneficiar a la población que realiza sus actividades cotidianas cerca al proyecto de encauzamiento. Por lo que, debería también analizarse los aspectos negativos de un proyecto, ya que las personas que se beneficiarán del Proyecto, no asumirán los “costos externos” de este:

---

<sup>170</sup> Exp. Nro. 03258-2010-PA/TC

*“But clearly some behavior, whether or not it involves contracts, may adversely affect others and thus will not satisfy this test. For example, to facilitate the cultivation of crops Jill may use a fertilizer, some of which drains into a river and impairs the quality of water available to downstream users. **If Jill does not have to cover the costs thereby imposed on others in the pricing of her corn – or, as economists describe it, “external costs” have not been internalized” – there will be a misallocation of resources.** The price will be lower than if it had reflected the true social cost of production; at that lower price, more will be demanded and hence a larger number of the products will be manufactured and sold.”<sup>171</sup>*

Por lo que, en el presente caso, luego de haberse demostrado la violación al derecho de propiedad del demandante, el Tribunal Constitucional declaró Fundada la demanda de amparo, conforme al segundo párrafo del artículo 1° del Código Procesal Constitucional<sup>172</sup>, al haberse acreditado la violación del derecho de propiedad previsto en los artículos 2, 16 y 70 de la Constitución política del Perú. Ordenando al alcalde de la Municipalidad Distrital de Milpuc, de la provincia de Rodríguez de Mendoza, que no vuelva a incurrir en las acciones que motivaron la interposición de la demanda de autos; en caso contrario, se aplicarían las medidas coercitivas previstas en el artículo 22 del Código Procesal Constitucional, sin perjuicio de la responsabilidad penal que corresponda.

---

<sup>171</sup> *Ibíd.*, p. 19

<sup>172</sup> **“Artículo 1.- Finalidad de los Procesos**

Los procesos a los que se refiere el presente título tienen por finalidad proteger los derechos constitucionales, reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional, o disponiendo el cumplimiento de un mandato legal o de un acto administrativo.

Si luego de presentada la demanda cesa la agresión o amenaza por decisión voluntaria del agresor, o si ella deviene en irreparable, el Juez, atendiendo al agravio producido, declarará fundada la demanda precisando los alcances de su decisión, disponiendo que el emplazado no vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que motivaron la interposición de la demanda, y que si procediere de modo contrario se le aplicarían las medidas coercitivas previstas en el artículo 22 del presente Código, sin perjuicio de la responsabilidad penal que corresponda.”

Finalmente, vemos como en este caso se puede determinar la ocurrencia de una expropiación indirecta, al observar como el Proyecto de Encauzamiento de las Quebradas Shasquilla y Caliche, al atravesar el predio de propiedad del demandante, denominado La Rinconada, tiene un impacto de tal magnitud que prácticamente dejó los derechos de propiedad del demandante sin ninguna utilidad y prácticamente inservibles, privándolo de cualquier uso, beneficio o utilidad económica de su derecho o activo.

**e) Compañía Minera Agregados Calcáreos S.A.<sup>173</sup>**

El presente caso trata de la Acción de Amparo interpuesta por la Compañía Minera Agregados Calcáreos S.A. contra la Municipalidad de Lima Metropolitana con la finalidad de que se le inaplique a la empresa la Resolución de Consejo Nro. 007-94 de fecha veinticuatro de enero de mil novecientos noventa y cuatro, en razón a que dicha Resolución declara Nula la Resolución de Alcaldía Nro. 2007-89-MLM-AM en la que se concedía un plazo de erradicación hasta el veintiséis de junio de mil novecientos noventa y siete, disponiéndose a su vez su erradicación inmediata conculcándose con ello su derecho constitucional a trabajar libremente con sujeción a la ley; solicitar información por parte de entidades públicas; a la propiedad; a la defensa legítima; al acatamiento de la jerarquía normativa; a las garantías de iniciativa privada; a la libertad de trabajo; a la inviolabilidad del derecho de propiedad y al establecimiento de la

---

<sup>173</sup> Exp. 203-96-AA/TC

competencia por parte del Consejo Municipal de Funciones únicamente Normativas y fiscalizadoras.

La Municipalidad argumenta que no existe amenaza ni violación al Derecho constitucional de la empresa, respecto a las garantías de iniciativa privada y a la Libertad de Trabajo, puesto que puede ejercer su objeto social en otro lugar que sea apto para dicho giro, máxime si ya cuenta con una planta ubicada en una zona adecuada para el ejercicio de su negocio. Asimismo, alega que debe tenerse en cuenta que a la empresa se le ha otorgado en diversas oportunidades plazos para su traslado, que en suma ha tenido más de veintisiete años para su erradicación.

El Tribunal Constitucional revocó la Resolución expedida por la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República, declarando infundada la Acción de Amparo.

En este caso vemos, como en muchos otros, que las autoridades buscan eliminar la presencia de ciertas empresas, consideradas nocivas para la población. Pero un punto muy importante a tenerse en cuenta en estos procedimientos administrativos que significan la eliminación de la actividad de las empresas en una determinada área, son los costos de transacción que ello genera.

Dado que si bien las externalidades que generan las empresas, cuyo desarrollo de actividades cercana a la población se consideran perjudiciales para ésta, también

habría que considerar qué costos son los que genera la paralización de esas actividades, debido a que los costos administrativos pueden terminar superando los beneficios sociales buscados con tal acción:

*“It is for this reason that many trivial, or relatively trivial, externalities are ignored. However, what may lead to a trivial cost for each individual affected may in aggregate involve non-trivial and even substantial costs.”<sup>174</sup>*

Por lo que, habría que determinar qué beneficios o que incentivos tenía la empresa para trasladarse a otro lugar, así como los motivos que la hicieron quedarse en donde se encontraba. Ya que como toda empresa, busca que sus recursos se muevan siempre al lugar en el cual se vea el incremento del valor de sus activos, estudiando para ello una serie de alternativas:

*“The market system of allocation is fuelled by an infinite number of expressions of these preferences. However, the assertion that observed market behavior in the form of expressed preferences leads to allocative efficiency depends crucially on two fundamental assumptions: that decision-makers have adequate information on the set of alternatives available, including the consequences to them of exercising choice in different ways; and that they are capable of processing that information and of **“rationally” behaving in a way that maximizes their expected utility. A significant failure of either assumption may set up a prima facie case for regulatory intervention.***

*Although traditional economic analysis of markets often assumes “perfect” information, clearly the phenomenon never exists in the real world; some degree*

---

<sup>174</sup> OGUS, Anthony. Regulation: Legal form and Economic theory. Clarendon law series, p. 38



*of uncertainty as to present or future facts must always be present. Equally clearly, from a public interest perspective, the absence of “perfect” information cannot by itself justify intervention. Given that information is costly to supply and to assimilate, the relevant policy question is rather whether the unregulated market generates “optimal” information in relation to a particular area of decision-making, that is, where the marginal costs of supplying and processing the level and quality of information in question are approximately equal to the marginal benefits that are engendered.”<sup>175</sup>*

**f) Expreso Cruz del Sur S.A.<sup>176</sup>**

El presente caso trata de la Acción de Amparo interpuesto por Expreso Cruz del Sur S.A. contra la Municipalidad Provincial de Trujillo y su Alcalde, José Humberto Murgia Zannier, solicitando que los demandados se abstengan: a) de impedir el acceso de sus unidades vehiculares a su Terminal Terrestre ubicado en el Jr. Amazonas Nros. 433 y 437, Trujillo; y b) obligar a que la demandante desocupe el terminal que se encontraba ocupando; por constituir tales hechos amenazas contra sus derechos constitucionales.

Especifica la empresa que se está desconociendo la previsión establecida en el segundo párrafo del artículo 74° del Decreto Legislativo Nro. 776<sup>177</sup>, modificado por la

<sup>175</sup> Ibid., p. 39

<sup>176</sup> Exp. 1497-2001-AA/TC

<sup>177</sup> El referido artículo 74° fue derogado por la Ley N° 28976, Ley marco de Licencia de Funcionamiento, la cual tiene como finalidad establecer el marco jurídico de las disposiciones aplicables al procedimiento para el otorgamiento de la licencia de funcionamiento expedida por las municipalidades. Esta Ley señala que la Licencia de Funcionamiento es la autorización que otorgan las municipalidades para el desarrollo de actividades económicas en un establecimiento determinado, en favor del titular de las mismas.

Podrán otorgarse licencias que incluyan más de un giro, siempre que éstos sean afines o complementarios entre sí. Las municipalidades, mediante ordenanza, deben definir los giros afines o complementarios entre sí, para el ámbito de su circunscripción. En el caso de que los sujetos obligados a obtener licencia de funcionamiento desarrollen actividades en más de un establecimiento, deberán obtener una licencia para cada uno de los mismos. La licencia de funcionamiento para Cesionarios permite la realización de actividades simultáneas y adicionales en un establecimiento que ya cuenta con una licencia previa.

Ley Nro. 27180, cuyo texto establece que el cambio de zonificación no es oponible al titular de la licencia dentro de los 5 años de producido dicho cambio.

El Tribunal Constitucional señala que merituados los argumentos de las partes considera legítima la demanda interpuesta, habida cuenta de que: a) La empresa demandante había acreditado contar con su Certificado de Zonificación, y su Certificado de Compatibilidad de Uso y Habitabilidad Nro. 0603, solicitando la expedición de la correspondiente Autorización Municipal de Apertura de Establecimiento, requerimiento que al no ser contestado en el término de 60 días calendario, dio lugar a que operara el silencio administrativo positivo<sup>178</sup>. Como consecuencia de ello puede decirse que, en efecto, se encontraba bajo la presunción de operar bajo condiciones de regularidad.

Como segundo argumento, el Tribunal señala que, aunque naturalmente, la demandada puede cambiar la zonificación en la que se encuentra el terminal que utiliza la empresa, solo puede oponer dicho cambio una vez cumplidos los 5 primeros años de realizada dicha modificación, no pudiendo aplicarse en forma retroactiva diversos requisitos, los mismos que, como reitera, solo podrían ser viables a futuro pero no en forma anticipada, como pretende la demandada.

---

El otorgamiento de una licencia de funcionamiento no obliga a la realización de la actividad económica en un plazo determinado. Las instituciones, establecimientos o dependencias, incluidas las del sector público, que conforme a la Ley N° 28976 se encuentren exoneradas de la obtención de una licencia de funcionamiento, se encuentran obligadas a respetar la zonificación vigente y comunicar a la municipalidad el inicio de sus actividades, debiendo acreditar el cumplimiento de las condiciones de seguridad en defensa civil.

<sup>178</sup> Establecido en la Tercera Disposición Complementaria del Texto Único Ordenado de la Ley de Normas Generales y Procedimientos administrativos Aprobado por Decreto supremo Nro. 092-94-JUS y los artículos 25 y 26 del Reglamento de la Ley de Simplificación Administrativa, decreto Supremo Nro. 070-89-PCM.

El Tribunal Constitucional declaró Fundada la demanda; en consecuencia, inaplicable a Expreso Cruz del Sur S.A. los efectos de la Ordenanza Municipal Nro. 003-2000-MPT, ordenando a la Municipalidad Provincial de Trujillo abstenerse de impedir el acceso de las unidades vehiculares de Expreso Cruz del Sur S.A. a su terminal terrestre, ubicado en Jr. Amazonas Nros. 433 y 437, Trujillo, el que, por consiguiente, puede seguir siendo ocupado por la empresa.

En este caso, hemos visto que el Tribunal falla a favor de la empresa, básicamente por razones de debido proceso, sin entrar al fondo de los motivos legítimos o no del cambio de zonificación. Pero habría que pensar un poquito más en ello, ya que muchas veces en el Perú los cambios de zonificación se han ido dando debido al constante aumento de viviendas en zonas que una vez se encontraron deshabitadas, y que fueron ocupadas en un primer momento por las empresas:

*“We tend to envisage the externalities as unilaterally imposed by one person (or firm) on another. In fact the causation issue is more subtle and the policy implications, in consequence, more complex. It can be argued that the cost, the disamenity attaching to my land, is as much the result of my presence there as it is of the firm polluting the environment. No problem would, of course, arise if the firm did not pollute; but equally no problem would arise if I (or someone else) were not there to receive the pollution.”<sup>179</sup>*

Entendiendo la cita anterior, el lenguaje de “externalidades” disfraza la naturaleza básica del problema, que existe una fricción derivada de la competencia y conflicto de

---

<sup>179</sup> *Ibíd.*, p. 36

dos partes (en este caso, la empresa y la Municipalidad) para el uso de un determinado bien que vendría a ser el uso del Terminal Terrestre. ¿Cómo pudo también ser resuelto el conflicto? Aplicando el criterio de asignación eficiente de recursos, la respuesta económica sería que la carga de evitar o eliminar la fricción debió de haber sido impuesta en cualquiera de las partes que pueda eliminar el problema a un bajo costo.

En este caso, pensamos que si los motivos de la Municipalidad para prohibir la circulación de la empresa de transportes se debieron a temas de contaminación ambiental, entonces la Municipalidad en vez de prohibir la circulación de la empresa, pudo coordinar previamente con esta a fin de especificar cuáles son los problemas detectados por la primera, y qué medidas de manera progresiva podrían ser implementadas por la empresa a fin de disminuir o eliminar las externalidades generadas por la actividad de esta.

Ahora, uno podría preguntarse cuáles fueron aquellas razones que motivaron el cambio de zonificación, siendo lo más probable que cierto grupo de vecinos, que por diversas razones, legítimas o no, se hayan visto afectados por las actividades de la empresa Cruz del Sur, como por ejemplo, el ruido, el peligro en el tránsito constante de los buses, etc., hayan expresado su molestia al alcalde, significando para él, una reducción en el número de potenciales votos a su favor.

Dado que, generalmente las actividades de las empresas imponen costos a terceras partes que no se encuentran reflejados, o internalizados en los precios que cobra por

sus productos o servicios, generando que los compradores de los productos o contratantes de los servicios, no paguen por el verdadero costo social que genera la actividad de la empresa.

En ese sentido, pensando en el presente caso, pongamos un ejemplo, supongamos que un puente por el cual transitan una gran cantidad diaria de autos ha sido pobremente construido y por lo tanto, tiene que ser cerrada por dos semanas para que puedan realizarse las reparaciones correspondientes. El tráfico es desviado hacia un pueblo tranquilo, causándole muchos problemas a sus residentes; la congestión crea retrasos a estos residentes y a todos los que solían usar el puente, comenzando a sentirse el malestar en la población; y los negocios, por ejemplo un grifo, que se encuentra cerca al puente en reparaciones comienza a perder clientes durante las dos semanas que se realizan las reparaciones.

Pero, el perjuicio generado a los negocios, son producto de realizar una obra, cuyo sustento es de propósito público, que es el de mantener en buenas condiciones un puente que se encuentra en mal estado. Costos, que muchas de las empresas se encuentran dispuestas a asumir, tomando en consideración que es de carácter temporal, y que también le generara beneficios a estas. Sin embargo, es necesario estudiar una serie de externalidades que puedan requerir algún tipo de corrección:

*“Typically when situations like this have generated private law claims for compensation they have been rejected, and judges and academic commentators have struggled in efforts to articulate policy and formulate principles justifying*

*such conclusions. Regulatory systems faced with similar problems have not reached different solutions. There are several reasons why it may be inappropriate to attempt to correct apparent externalities, such as those described. In the first place, the third party on whom the cost is imposed may have received ex ante, or will receive ex post, indirect compensation for the loss. In these circumstances, no misallocation occurs.”<sup>180</sup>*

#### **g) Empresa de Transportes Turismo Imperial S.A.<sup>181</sup>**

El presente caso trata del Recurso de Agravio Constitucional interpuesto por la Empresa de Transportes Turismo Imperial S.A. contra el Ministerio de Transportes y Comunicaciones a fin de que se declare inaplicable el Decreto Supremo Nro. 006-2004-MTC, del 20 de febrero de 2004, por considerar que vulnera sus derechos constitucionales de irretroactividad de la Ley, Libertad de Empresa, Libertad de Contratación y Libertad de Trabajo consagrados en la Constitución.

La empresa cuestiona el Decreto Supremo Nro. 006-2004-MTC<sup>182</sup>, el que, según alega, retrotrae al año 1995 la prohibición de utilizar ómnibus carrozados sobre chasis de camión, resultando por ende auto aplicativo, pues no se encuentra condicionado a la realización de algún tipo de acto. En ese sentido, la empresa alega que los artículos 1 y 2 del cuestionado Decreto Supremo vulneran el principio de irretroactividad de la ley,

---

<sup>180</sup> *Ibíd.*, p. 36

<sup>181</sup> Exp. 1535-2006-AA

<sup>182</sup> “Artículo 1.- Precísese que la actividad industrial de carrozado de ómnibus sobre chasis originalmente destinado al transporte de mercancías con el propósito de destinarlo al transporte de personas se encuentra prohibida por el artículo 11 del Decreto Supremo Nro. 022-2002-MTC, en vigencia desde el 20 de mayo del 2002.

Artículo 2.- Precísese que la prestación del servicio de transporte interprovincial de personas en ómnibus carrozados sobre chasis de camión se encuentra expresamente prohibida desde el 16 de abril de 1995, fecha en que entro en vigencia el Reglamento del Servicio Público de Transporte Interprovincial de Pasajeros por Carretera en Ómnibus, aprobado por Decreto Supremo Nro. 05-95-MTC, derogado por el Reglamento Nacional de Administración de Transportes, aprobado por Decreto Supremo Nro. 040-2001-MTC, que incluyó similar prohibición.”

pues pretenden establecer una supuesta prohibición de la actividad de prestar servicios de transportes de pasajeros en ómnibus carrozados sobre chasis de camión desde el 16 de abril de 1995.

La empresa alega que se vulnera su derecho a la libertad de contratar, pues mediante una norma posterior se afectan contratos celebrados en su oportunidad acordes con las disposiciones vigentes; esto es, se afecta el contrato de compra de vehículos adquiridos con chasis de camión para carrozados, cuando eran consideradas actividades lícitas.

Asimismo, la empresa alega que se lesiona su derecho a la libertad de empresa, por cuanto con una disposición posterior se le está prohibiendo continuar la actividad empresarial que comenzó a realizar de conformidad con las normas vigentes al momento de constituir su empresa, adquirir los vehículos y ofrecer el servicio de transporte<sup>183</sup>.

El Tribunal Constitucional indica que dado el carácter social del modelo económico consagrado por la Constitución de 1993, el Estado no puede permanecer indiferente a

---

<sup>183</sup> Aun cuando la demanda no es clara ni precisa las razones por las que supuestamente se habría visto vulnerada la mencionada libertad, limitándose a una simple enunciación carente de posterior fundamentación, el Tribunal Constitucional consideró preciso recordar que el derecho al trabajo, como potencial derecho vulnerado, a la luz de las previsiones establecidas por nuestra Constitución Política, puede ser entendido de dos maneras: a) Como derecho al trabajo o libertad positiva (Artículo 22 y 23), b) Como libertad de Trabajo stricto sensu o libertad negativa (Artículo 2, inciso 15, y Artículo 59). Como derecho al trabajo o libertad positiva, la Constitución proclama no solo el reconocimiento de una facultad sino la correlativa obligación del Estado de promover condiciones que favorezcan el empleo. Se trata, en rigor, de un auténtico derecho a prestaciones que, aunque desde luego faculta a su titular el poder ejercer su derecho al trabajo, impone al Estado la obligación de fomentar un contexto de condiciones que favorezcan la oferta laboral necesaria para el trabajador.

Y como libertad de trabajo stricto sensu o libertad negativa, faculta al individuo, de un lado, para elegir libremente la actividad laboral en la que pretende desenvolverse y, de otro, para ejercer dicha actividad laboral de una manera que no resulte alterada o distorsionada, mediante cualquier tipo de conducta tendiente a obstaculizar o impedir su libre desenvolvimiento.

las actividades económicas, sino que, también cumple una función supervisora y correctiva o reguladora. Así como la Constitución protege a los agentes económicos encargados de establecer la oferta en el mercado, a partir del ejercicio de los derechos de libre empresa, comercio e industria, con igual énfasis protege al individuo generador de demanda, es decir, al consumidor o el usuario.

En el caso quedó absolutamente claro, que no solo no se había acreditado la vulneración de derecho constitucional alguno, sino que asimismo el Tribunal Constitucional, conforme a lo expuesto, señaló que el Estado puede intervenir de manera excepcional en la vida económica de los particulares –cuando la colectividad y los grupos sociales, a quienes corresponde, en primer término, la labor de intervención, no están en condiciones de hacerlo-, a fin de garantizar otros bienes constitucionales – en el caso, la integridad, seguridad y la vida misma- que pueden ponerse en riesgo –y de hecho, así ha sucedido- ante las imperfecciones del mercado, y respecto de los cuales existe un mandato constitucional directo de promoción, en tanto actividad, y de protección, en cuanto a la sociedad en general se refiere<sup>184</sup>.

Al respecto, se menciona que el Principio de Legalidad constituye una auténtica garantía constitucional de los derechos fundamentales de los ciudadanos y un criterio rector en el ejercicio del poder punitivo del Estado Social y Democrático de Derecho. La constitución lo consagra en su artículo 2°, inciso 24, literal d), al establecer que “Nadie

---

<sup>184</sup> Así, precisamente el propio Decreto Supremo Nro. 006-2004-MTC, dispuso el empadronamiento –previa inspección técnica estructural ante una entidad certificadora designada por la Dirección General de Circulación Terrestre- de aquellos vehículos carrozados sobre chasis de camión, los cuales podían permanecer en el servicio por el plazo recomendado en el Certificado de Inspección Técnica Estructural, el cual no podía exceder de un año.



será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no este previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la Ley”.

Finalmente, se mantiene la postura de que el Estado, no ha actuado ni arbitraria ni injustificadamente, sino que, por el contrario, ante la problemática presentada, que ponía en riesgo la seguridad de los usuarios, y las imperfecciones del mercado y de los agentes económicos, designó previamente una Comisión en la que incluso participaron los propios gremios de transportistas, dispuso la obligación de pasar una inspección técnica estructural, y otorgo un plazo prudencial para su permanencia en el servicio. Por lo que, se declaró **INFUNDADA** la demanda de amparo.

#### **h) Empresa de Transportes Turismo Huaral<sup>185</sup>**

El 21 de abril de 2009, la Empresa de Transportes Turismo Huaral S.A. (en adelante, Turismo Huaral) interpuso una denuncia contra la Municipalidad Provincial de Huaral (en adelante, la Municipalidad) por la presunta imposición de barreras burocráticas ilegales y carentes de razonabilidad contenidas en los artículos 4 a) y 14 de la Ordenanza 009-2009-MPH, consistentes en: **(i) la prohibición de funcionamiento de terminales terrestres para el transporte urbano, interurbano e interprovincial de pasajeros en la zona de “Huaral Damero Histórico”; y, (ii) la prohibición de circulación del ingreso y salida con ómnibus de servicios de transporte**

---

<sup>185</sup> EXPEDIENTE 00037-2009/CEB

## interprovincial de personas en las vías señaladas como zonas “Huaral Damero Histórico” y “Huaral centro Urbano”.

La denunciante señaló que la Municipalidad le autorizó operar un Terminal Terrestre dentro de la zona de “Huaral Damero Histórico” mediante Licencia de Funcionamiento 2017 del 28 de noviembre de 2000; sin embargo, mediante Ordenanza 009-2009-MPH desconoció dicha autorización, al prohibir el funcionamiento de su terminal así como el tránsito de sus vehículos por las zonas de **“Huaral Damero Histórico”** y **“Huaral Centro Urbano”**. En tal sentido, manifestó que el gobierno local vulneró el ejercicio de sus derechos fundamentales a la libre iniciativa privada, libertad de empresa, de trabajo, tránsito, entre otros<sup>186</sup>.

---

<sup>186</sup> En su apelación, la Municipalidad señaló que el cuestionamiento a las restricciones contenidas en una Ordenanza solo puede ser canalizado a través de un proceso de inconstitucionalidad, por ser una norma con rango legal. El artículo 26BIS del Decreto Ley 25868 establece que la Comisión es la encargada de Conocer de los Actos y disposiciones de las entidades de la Administración pública, incluso del ámbito municipal o regional que generen barreras burocráticas que impidan u obstaculicen ilegal o irracionalmente el acceso o la permanencia de los agentes económicos en el mercado.

Asimismo, el artículo 2 de la Ley 28996, Ley de Eliminación de Sobrecostos, Trabas y Restricciones a la Inversión Privada, precisa que constituyen barreras burocráticas aquellos actos y Disposiciones de las Entidades de la Administración pública Mediante las cuales se establezcan exigencias, requisitos, prohibiciones o cobros para la realización de actividades económicas, que afectan los principios y normas de simplificación administrativa y que limitan la competitividad empresarial en el mercado.

De esa forma, la Municipalidad alegó que el ordenamiento jurídico vigente ha establecido un Mecanismo legal para el Cuestionamiento en Sede administrativa, de aquellas barreras burocráticas que los particulares consideren que afectan su acceso o permanencia en el mercado, esto es, el procedimiento de denuncia contra barreras burocráticas seguido ante la Comisión de Eliminación de Barreras burocráticas de INDECOP.

En la medida que la disposición cuestionada constituye una Prohibición emanada de la administración pública que Impacta en el Desarrollo de una Actividad económica, calificada como la imposición de una barrera burocrática y, por tanto, puede ser evaluada por la Comisión, en sus Aspectos de Legalidad y Razonabilidad.

Por ello, contrariamente a lo señalado por la Municipalidad, la Sala manifiesta que el cuestionamiento de las disposiciones contenidas en la Ordenanza 009-2009-MPH no solo puede ser tramitado a través de un proceso de inconstitucionalidad, ya que la Comisión también es competente para evaluar dichas Exigencias.

En su denuncia, Turismo Huaral denunció la vulneración de su derecho constitucional a la Libre Iniciativa Privada, señalando que una Ordenanza municipal Estableció restricciones que afectaban el desarrollo de sus actividades económicas. Por ello, la Municipalidad también alegó que el cuestionamiento formulado por la empresa podía ser tramitado a través de un proceso de inconstitucionalidad o un proceso de eliminación de barreras burocráticas, como ocurrió en el presente caso.

Mediante Resolución 0128-2009/CEB-INDECOPI del 2 de julio de 2009, la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas (en adelante, la Comisión) declaró fundada la denuncia interpuesta, dado que las prohibiciones establecidas por la Ordenanza 009-2009-MPH implicaban un desconocimiento de la licencia de funcionamiento otorgada a Turismo Huaral, contraviniendo lo dispuesto por los artículos 203<sup>187</sup> de la Ley del Procedimiento Administrativo General, 14 de la Ley Marco de Licencia de Funcionamiento y 94 y 155 del Reglamento Nacional de Administración de Transportes aplicables al caso<sup>188</sup>.

La Sala de Defensa de la Competencia Nro. 1 señala que cuando la Administración desconoce derechos que anteriormente reconoció a particulares, suele privarlos de su propiedad privada, afectando sus inversiones. La Constitución Política del Perú impone restricciones generales a la privación de la Propiedad, estableciendo que ninguna persona puede ser privada de su propiedad sino, exclusivamente, por causa de

<sup>187</sup> "Artículo 203.- Revocación

203.1 Los actos administrativos declarativos o constitutivos de derechos o intereses legítimos no pueden ser revocados, modificados o sustituidos de oficio por razones de oportunidad, mérito o conveniencia.

203.2 Excepcionalmente, cabe la revocación de actos administrativos, con efectos a futuro, en cualquiera de los siguientes casos:

203.2.1 Cuando la facultad revocatoria haya sido expresamente establecida por una norma con rango legal y siempre que se cumplan los requisitos previstos en dicha norma.

203.2.2 Cuando sobrevenga la desaparición de las condiciones exigidas legalmente para la emisión del acto administrativo cuya permanencia sea indispensable para la existencia de la relación jurídica creada.

203.2.3 Cuando apreciando elementos de juicio sobrevinientes se favorezca legalmente a los destinatarios del acto y siempre que no se genere perjuicios a terceros.

203.3 La revocación prevista en este numeral solo podrá ser declarada por la más alta autoridad de la entidad competente, previa oportunidad a los posibles afectados para presentar sus alegatos y evidencia en su favor.

Artículo 204.- Irrevisabilidad de actos judicialmente confirmados

No serán en ningún caso revisables en sede administrativa los actos que hayan sido objeto de confirmación por sentencia judicial firme.

Artículo 205.- Indemnización por revocación

205.1 Cuando la revocación origine perjuicio económico al administrado, la resolución que la decida deberá contemplar lo conveniente para efectuar la indemnización correspondiente en sede administrativa.

205.2 Los actos incurridos en causal para su revocación o nulidad de oficio, pero cuyos efectos hayan caducado o agotado, serán materia de indemnización en sede judicial, dispuesta cuando quede firme administrativamente su revocación o anulación."

<sup>188</sup> La Comisión indicó que la Municipalidad restringió la circulación de los vehículos en las Zonas de "Huaral Damero Histórico" y "Huaral Centro Urbano" en mérito a la saturación de dicha área, sin haber sustentado su decisión en un estudio técnico, como lo dispone el artículo 94<sup>188</sup> del Reglamento Nacional de Administración de Transportes, vigente durante la emisión de la ordenanza cuestionada.

seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley, y previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio.

Esta protección fue diseñada específicamente para las expropiaciones tradicionales, pero hoy se admite en el Derecho Internacional y en la jurisprudencia extranjera que también alcanza a las denominadas “Expropiaciones Regulatorias o Indirectas”. Es decir, a actos gubernamentales que afectan el valor de la propiedad, sin despojar formalmente al propietario de su título. Por eso, dicha protección ha sido recogida en los 33 Convenios Bilaterales de Inversión celebrados por el Perú, por el Tribunal Constitucional y defendida por autores nacionales<sup>189</sup>.

En efecto, la Revocación constituye un mecanismo de Revisión de Oficio de actos administrativos, a través del cual la autoridad reevalúa los requisitos de validez de tales pronunciamientos a efectos de verificar si las condiciones necesarias para su existencia han permanecido en el tiempo. Por ejemplo, si a raíz de un cambio de Zonificación se vuelven incompatibles los giros de algunos negocios, la administración puede seguir el

---

<sup>189</sup> La Sala interpreta que no solo los pronunciamientos expresos que desconocen derechos o intereses conferidos por un acto administrativo constituyen revocación. También lo es cualquier hecho o medida que indirectamente impida o restrinja el ejercicio de tales prerrogativas, es decir, que tenga los mismos efectos que una decisión expresa de revocar de una autoridad.

Un ejemplo del desconocimiento de derechos al margen de la Ley 27444, se discutió en el Expediente 004-2008-CAM-INDECOPI-PIU. En este caso una Ordenanza prohibió el consumo y venta de bebidas alcohólicas en Determinados mercados sin mencionar expresamente que las licencias para este giro habían sido revocadas. En la práctica esto implicaba que, si los establecimientos de dichos mercados contaban con licencias vigentes de venta de bebidas alcohólicas, sus titulares estarían impedidos de realizar tal actividad.

En su resolución, la Sala señaló que si las denunciantes hubieran acreditado contar con una Licencia de Funcionamiento, la Ordenanza habría constituido una Revocatoria de la misma. En ese supuesto, según la Sala, para ser válida dicha revocatoria la Municipalidad debería haber cumplido con las exigencias del procedimiento de revocatoria establecidas en la Ley de Procedimiento Administrativo General.

Otro ejemplo de un desconocimiento ilegal es el caso del Expediente 077-2007/CAM, en el que la Empresa de Transporte Unidos del Centro S.A. denunció a la Municipalidad de Huancayo por emitir una Ordenanza que impedía que se utilicen las vías de Ingreso y Salida para Acceder a su Terminal terrestre. En este Procedimiento la Comisión señaló que, al impedir la entrada al terminal, en los hechos se desconocía la licencia de funcionamiento por lo que el efecto práctico era el de una revocatoria.

procedimiento de revocatoria de las licencias de funcionamiento otorgadas previamente, en tanto tales negocios ya no cumplen con los requisitos exigidos para funcionar<sup>190</sup>.

Si bien la autoridad administrativa tiene la potestad de Revocar los derechos e intereses conferidos a través de algún acto administrativo, dicha facultad no podrá ser ejercida de manera arbitraria sin darle al afectado la oportunidad de presentar argumentos y pruebas para oponerse a ello, sino que tendrá que garantizarse un procedimiento previamente establecido en el que se otorgue el derecho de defensa a los particulares que pudiesen resultar perjudicados con la revisión efectuada<sup>191</sup>.

Por otro lado, el artículo 205° de la Ley 27444 dispone que además del proceso establecido, la revocación debe prever una indemnización en sede administrativa en caso tal revisión origine un perjuicio económico a los particulares. Una primera finalidad de la norma es la compensatoria, garantizando una indemnización por los daños que la Revocatoria puede generar, se protege la inversión, en la medida que se asegura a los particulares contra el riesgo de que la administración cambie las “reglas de juego”.

---

<sup>190</sup> Un desconocimiento de derechos o intereses legítimos efectuado omitiendo el Procedimiento o cualquiera de sus Requisitos constituye una violación a la Ley 27444. Esta ley 27444 prohíbe revocar actos administrativos que confieran o declaren derechos o intereses legítimos a particulares, por razones de oportunidad, mérito o conveniencia. Esto significa que la norma peruana impide desconocer tales prerrogativas por Simples cambios de Criterio de los Funcionarios.

El artículo 203.3 de la Ley de Procedimiento Administrativo General establece expresamente que todo Procedimiento de Revocación solo puede ser efectuado por la más alta autoridad de la entidad competente. Tratándose de un Procedimiento de Revisión de Oficio de Actos Administrativos, se entiende que la entidad competente es aquella que emitió el acto administrativo que confirió los derechos o intereses que se pretenden desconocer.

<sup>191</sup> Además, el Tribunal Constitucional es enfático al calificar de Inconstitucional la Revocación de Licencias de Funcionamiento cuando no es precedida de un procedimiento individual para cada uno de sus titulares, por la afectación al principio de debido proceso consagrado en el inciso 3 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú, en particular, la vulneración del derecho de defensa.

De no existir tal compensación, los actos administrativos declarativos o constitutivos de Derechos no generarían seguridad jurídica en los Administrados, quienes verían latente la posibilidad del desconocimiento de las prerrogativas que les fueron válidamente conferidas. Tal incertidumbre dificultaría las inversiones.

Cabe señalar que la Sala no desconoce las facultades de las autoridades para regular ciertas actividades y, con ello, modificar las condiciones del ejercicio de los derechos e intereses conferidos a los particulares; sin embargo, se considera que cuando dicha regulación implique la revocatoria de prerrogativas previamente conferidas, la administración deberá seguir el procedimiento establecido en los artículos 203 y 205<sup>192</sup> de la Ley 27444.

La debida aplicación del procedimiento de revocación de actos administrativos que confieren derechos o intereses a los particulares es trascendente porque busca proteger derechos constitucionales y evitar daños a los administrados. En tal sentido, la Sala consideró necesario definir los alcances de los artículos 203° y 205° de la Ley 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General- que regulan el procedimiento de revocación. Por tanto, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 14<sup>193</sup> de la Ley

---

<sup>192</sup> El artículo 205.1 de la Ley 27444 únicamente señala que la indemnización se otorga ante la existencia de algún perjuicio económico a los administrados revocados; sin embargo, la norma no precisa que daños son indemnizables. Como fue señalado anteriormente, la revocación de actos administrativos es una figura que sigue la misma lógica que la regulación de las expropiaciones.

Asimismo, el artículo 205.1 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, establece que la resolución de revocación “deberá contemplar lo conveniente para efectuar la indemnización correspondiente en sede administrativa”. La Sala interpreta que lo conveniente se refiere a la información mínima requerida para hacer efectivo el cobro de la compensación, esto es, la cuantía de la indemnización y la autoridad encargada de efectuar el pago. Omitir tal información facilitaría Eludir la Ley 27444.

<sup>193</sup> “**Artículo 14.- Funciones de las Salas del Tribunal.-**  
**14.1 Las Salas del Tribunal tienen las siguientes funciones:**

de Organización y Funciones del INDECOPI, correspondió emitir un precedente de observancia obligatoria, cuyo efecto es el siguiente<sup>194</sup>:

- a) **El desconocimiento de derechos o intereses conferidos por un acto administrativo debe respetar los requisitos para efectuar la Revocación establecidos en los artículos 203 y 205 de la Ley 27444,**

a) **Conocer y resolver en segunda y última instancia administrativa las apelaciones interpuestas contra los actos que ponen fin a la instancia, causen indefensión o determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento, emitidos por Comisiones, Secretarías Técnicas o Directores de la Propiedad Intelectual, según corresponda.**

(...)

d) **Expedir precedentes de observancia obligatoria que interpreten de modo expreso y con carácter general el sentido de la legislación bajo su competencia.**

**14.2 De verificarse algún supuesto de nulidad contemplado en el Artículo 10 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, las Salas del Tribunal podrán declarar de oficio la nulidad de los actos administrativos que hayan emitido, aun cuando hayan quedado firmes, si es que dichos actos agravan el interés público o lesionan derechos fundamentales.”**

<sup>194</sup> Tanto la Comisión como la Sala, en segunda instancia, estuvieron en la obligación de evaluar aquellos casos en los que las disposiciones y medidas emanadas de las diferentes entidades que conforman la administración pública, incluidos los Gobiernos Locales, establezcan Barreras burocráticas que Impidan u Obstaculicen el Libre acceso y la permanencia de los Agentes económicos en el Mercado, para lo cual analizaron lo siguiente: **(i) la legalidad de la medida cuestionada, con la finalidad de determinar si ésta ha respetado las formalidades y procedimientos establecidos por las normas aplicables al caso concreto y, asimismo, si encuadra dentro de las atribuciones y competencias conferidas a la autoridad correspondiente; y, en caso de superar satisfactoriamente este análisis se procedería a determinar; (ii) la razonabilidad de dicha medida, lo que incluye evaluar si esta es idónea para lograr una función de interés público a cargo de la autoridad administrativa,** así como determinar si estas son proporcionales con relación a sus fines y si finalmente las opciones adoptadas por la autoridad eran las menos gravosas para los agentes económicos que concurren en el mercado.

En el presente caso, la Ordenanza Municipal 009-2009-MPH, que estableció las exigencias denunciadas como barreras burocráticas por Turismo Huaral, fue Publicada en el Diario Oficial **“El peruano” el 3 de abril de 2009. Por ello, dicha Regulación respetó los procedimientos y Formalidades contempladas para su emisión.** Sin embargo, la Resolución 0128-2009/CEB-INDECOPI declaró que la Prohibición de acceso a los terminales terrestres, contenida en el artículo 14 de la Ordenanza Municipal 009-2009-MPH, constituía una barrera burocrática ilegal, en tanto implicó el desconocimiento de la licencia de funcionamiento otorgada a Turismo Huaral sin que se haya seguido el Procedimiento de Revocación establecido en la Ley 27444.

Asimismo, de la Revisión del Expediente, se advirtió que la Municipalidad demostró que, en el presente caso, se haya configurado alguno de los supuestos excepcionales para que proceda la revocación de la licencia de funcionamiento que otorgo a Turismo Huaral y mucho menos que haya seguido el procedimiento establecido por la Ley para tal efecto.

Con respecto al Análisis de Razonabilidad, de acuerdo con el Precedente de Observancia Obligatoria aprobado mediante Resolución 182-97-TDC, habiendo determinado que la disposición contenida en el artículo 14 de la Ordenanza 009-2009-MPH, constituye una barrera burocrática ilegal, no es necesario proseguir con el análisis de razonabilidad.

La Resolución 0128-2009/CEB-INDECOPI declaró barrera burocrática ilegal la existencia establecida en el Artículo 4 a) de la Ordenanza 009-2009-MPH, consistente en prohibir el funcionamiento de terminales terrestres para el transporte interprovincial de pasajeros en la zona “Huaral Damero Histórico”, dado que dicha medida constituía una revocación de licencias de funcionamiento sin seguir el procedimiento establecido en la Ley 27444. Asimismo, la primera instancia señaló que, a través del artículo 4), la Municipalidad habría opuesto un cambio de Zonificación sin respetar el Plazo de cinco (5) años previsto en el artículo 14<sup>194</sup> de la Ley Marco de Licencia de Funcionamiento.

En el presente caso, la Comisión declaró la existencia de Barreras burocráticas ilegales al haber verificado que la Ordenanza 009-2009-MPH vulneró lo establecido por los artículos 203 de la Ley 27444, así como 94 y 155 del Reglamento Nacional de Administración de Transportes, siendo que únicamente citó pronunciamientos anteriores para señalar que dicho criterio había sido recogido por tal instancia en otros procedimientos.

**Ley de Procedimiento Administrativo General.** La omisión de cualquiera de dichos requisitos constituye barrera burocrática ilegal.

- b) **Constituyen revocaciones indirectas el impedimento o restricción del ejercicio de los derechos o intereses conferidos por un acto administrativo,** sin que exista un pronunciamiento expreso desconociendo tales prerrogativas. Todas las revocaciones indirectas son ilegales, porque ello implica que la administración no siguió el procedimiento establecido en los artículos 203 y 205 de la Ley 27444.
- c) Cuando el cambio de circunstancias que origina la Revocación es atribuible al propio administrado, no resulta aplicable el Procedimiento de Revocación regulado en los artículos 203 y 205 de la Ley 27444.
- d) **En los casos que corresponda otorgar indemnización, esta debe compensar los perjuicios económicos originados hasta la notificación al administrado de la Resolución de Revocación.** Las inversiones efectuadas posteriormente no deben ser contempladas en la resolución de revocación como parte de la indemnización.
- e) **Cuando se origine perjuicios económicos indemnizables,** la Resolución de Revocación deberá señalar como mínimo la cuantía de la compensación y la autoridad encargada de efectuar el pago. La



indemnización se paga de manera integral, en dinero en efectivo y es exigible a partir de la emisión de la Resolución de Revocación.

#### i) SHOUGANG HIERRO PERÚ<sup>195</sup>

El presente caso trata de la acción de amparo interpuesto por Shougang Hierro Perú S.A.A. contra la Municipalidad Provincial de Nazca solicitando se declare inaplicable la Ordenanza Municipal N° 006-2007-A/MPN toda vez que la misma atentaría contra la libertad de empresa e industria, contra la libertad de trabajo y contra el derecho a la propiedad. La demandante refiere que es una empresa dedicada a la explotación minera de hierro y otros recursos y que cuenta con una concesión en el distrito de Marcona, en la provincia de Nazca, departamento de Ica<sup>196</sup>.

La empresa cuestiona la decisión municipal de considerar área urbana, a los terrenos que actualmente forman parte del área que le fuera otorgada en concesión minera y sobre los que, en consecuencia, existían derechos exclusivos de titularidad de la empresa. Al respecto, la empresa hace referencia a una serie de derechos vulnerados, no obstante lo cual, el Tribunal Constitucional considera que el derecho que resulta comprometido en el presente caso es el derecho a la libertad contractual del demandante por lo que señalaron que corresponde analizar si la entrada en vigencia de

<sup>195</sup> EXP. N° 01735-2008-PA/TC

<sup>196</sup> La Sala declaró improcedente la demanda por considerar que: "... no se advierte que la amenaza aparezca como tal, menos que contenga en sí misma los presupuestos legales de certeza e inminencia que requiere el artículo 2° del Código indicado, más aún si, como anota la parte accionante en su escrito de demanda (punto 8 de los fundamentos de hecho), en la ordenanza municipal cuestionada se establece que el ejercicio de los titulares de concesiones mineras en la cercanía del área de concesiones mineras a las zonas urbanas y de expansión urbana, puede dar y dará sustento para impulsar el proceso de cancelación de las concesiones mineras, de lo que resulta fácil advertir que es en ese posible proceso de cancelación en donde, en un futuro, se evaluará la eventual cancelación o no de las concesiones otorgadas a la accionante..."

la ordenanza municipal cuestionada supone una indebida restricción del mismo, caso en el cual deberá declararse fundada la demanda.

El Tribunal Constitucional determina que la ordenanza en cuestión supondría una restricción del derecho, toda vez que al calificar parte del territorio otorgado en concesión como área urbana o de expansión urbana, se estaría realizando en los hechos una modificación de las condiciones del contrato de concesión suscrito entre la empresa demandante y el Estado Peruano, lo cual restringe el derecho a la libertad contractual<sup>197</sup>. Por ello el Tribunal resolvió declarando FUNDADA la demanda.

Ahora, cabe hacer mención al Fundamento de Voto del Magistrado Landa Arroyo, el cual analizó si en el presente caso, nos encontraríamos ante lo que en doctrina se conoce como **expropiación indirecta**. Señalando que la noción de expropiación indirecta o expropiación regulatoria se utiliza tanto en derecho internacional como en derecho interno. A nivel de derecho internacional se ha empleado expresamente dicha noción en el reconocimiento del deber de protección del Perú frente a inversionistas extranjeros en Tratados Bilaterales de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, reconociendo el derecho de dichos agentes a ser indemnizados sin son expropiados regulatoriamente.

---

<sup>197</sup> Sobre el particular, mediante Ley N° 27015197, modificada por Ley N° 27560, se reguló el otorgamiento de concesiones mineras en áreas urbanas y de expansión urbana. Señalándose en el punto 2.5 lo siguiente: "2.5 Cuando se proyecte un nuevo Plan de Desarrollo Urbano, el Concejo Provincial respectivo oficiará al Instituto Nacional de Concesiones y Catastro Minero, para que éste informe de los derechos mineros existentes a la fecha en dichas áreas a efectos de ser respetados y considerados como tales dentro del Plan objeto del Proyecto de Desarrollo Urbano." En este sentido, la norma expresamente establece un deber de respetar los derechos de concesión minera existentes en la zona, de tal suerte que los Planes de Desarrollo se encuentran obligados a respetar los referidos derechos de concesión minera.

En el mismo sentido, conforme a la Conferencia de Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (United Nations Conference on Trade and Development – UNCTAD) siguiendo múltiples pronunciamientos a través de resoluciones expedidas por tribunales internacionales ha clasificado a las expropiaciones (takings) en dos tipos: directas, es decir, aquellos actos legislativos o administrativos que transfieren el título y la posición física de un bien, e indirectas, es decir, aquellos actos estatales que en la práctica producen una pérdida de la administración, el uso o el control de un recurso, o una significativa depreciación del valor de los bienes.

Señala además, que en Derecho Internacional, los criterios usualmente tomados en consideración por los tribunales internacionales para establecer que se ha violado la garantía contra la expropiación indirecta son los siguientes:

- Las legítimas expectativas del inversionista extranjero y la interferencia con los derechos de propiedad.
- La gravedad del impacto de la medida adoptada por el Estado en el inversionista.
- La duración de la medida adoptada.
- La relación entre la medida adoptada y el objetivo público que el Estado alegue pretender alcanzar y,
- La intención real del Estado al implementar la medida supuestamente violatoria de la garantía contra la expropiación indirecta.

El Dr. Landa determina que a pesar que no encontramos una mención expresa en la Constitución relativa a la proscripción de las expropiaciones indirectas, ello no significa que la Constitución las tolere. Una interpretación constitucional válida nos lleva a que toda vez que la Constitución reconoce, respeta y protege el derecho de propiedad de los privados como parte del modelo de economía social de mercado al que se adscribe y al establecer la exigencia de un adecuado procedimiento expropiatorio que incluya un pago en efectivo de indemnización justipreciada para intervenir sobre la propiedad de privados, las expropiaciones indirectas se encuentran proscribas.

Encontrando que las bases constitucionales que fundamentan la protección contra las expropiaciones regulatorias o indirectas se encuentran en el artículo 70<sup>198</sup>, el artículo 2<sup>o</sup>, inciso 2<sup>199</sup>, el artículo 63<sup>200</sup>, el artículo 71<sup>201</sup>, y el artículo 61<sup>202</sup> de la Constitución.

<sup>198</sup> Inviolabilidad del derecho de propiedad

Artículo 70.- El derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza. Se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de ley. A nadie puede privarse de su propiedad sino, exclusivamente, por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley, y previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio. Hay acción ante el Poder Judicial para contestar el valor de la propiedad que el Estado haya señalado en el procedimiento expropiatorio.

<sup>199</sup> Derechos fundamentales de la persona

Artículo 2.- Toda persona tiene derecho:

2. A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole.

<sup>200</sup> Inversión nacional y extranjera

Artículo 63.- La inversión nacional y la extranjera se sujetan a las mismas condiciones. La producción de bienes y servicios y el comercio exterior son libres. Si otro país o países adoptan medidas proteccionistas o discriminatorias que perjudiquen el interés nacional, el Estado puede, en defensa de éste, adoptar medidas análogas.

En todo contrato del Estado y de las personas de derecho público con extranjeros domiciliados consta el sometimiento de éstos a las leyes y órganos jurisdiccionales de la República y su renuncia a toda reclamación diplomática. Pueden ser exceptuados de la jurisdicción nacional los contratos de carácter financiero.

El Estado y las demás personas de derecho público pueden someter las controversias derivadas de relación contractual a tribunales constituidos en virtud de tratados en vigor. Pueden también someterlas a arbitraje nacional o internacional, en la forma en que lo disponga la ley.

<sup>201</sup> Propiedad de los extranjeros

Artículo 71.- En cuanto a la propiedad, los extranjeros, sean personas naturales o jurídicas, están en la misma condición que los peruanos, sin que, en caso alguno, puedan invocar excepción ni protección diplomática.

Sin embargo, dentro de cincuenta kilómetros de las fronteras, los extranjeros no pueden adquirir ni poseer por título alguno, minas, tierras, bosques, aguas, combustibles ni fuentes de energía, directa ni indirectamente, individualmente ni en sociedad, bajo pena de perder, en beneficio del Estado, el derecho así adquirido. Se exceptúa el caso de necesidad pública expresamente declarada por decreto supremo aprobado por el Consejo de Ministros conforme a ley.

<sup>202</sup> Libre competencia

En caso de aplicar los criterios previamente establecidos para la determinación de la afectación de las medidas regulatorias, se tiene en el presente caso lo siguiente:

- Existen legítimas expectativas del demandante orientadas a la explotación de la concesión reconocida y que existe una clara interferencia del disfrute de las facultades sobre el derecho de propiedad sobre la zona en conflicto.
- La medida adoptada por el Estado impacta gravemente en el interés del demandante al obstaculizar el ejercicio de las facultades del derecho de propiedad sobre la zona sobre la que se produce la interposición.
- La duración en el tiempo de la medida (ordenanza) adoptada es indeterminada.
- La relación entre la medida adoptada y el objetivo público que la Administración Pública alega pretender alcanzar es claramente desproporcionada.

A pesar de que pueda existir evidencia documental que demuestre que la intención de la Administración Pública al implementar la medida violatoria de la garantía contra la expropiación indirecta es afectar de manera directa a la empresa, en la práctica se produce una afectación indirecta de su derecho de propiedad y debe considerarse que

---

Artículo 61.- El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios.

La prensa, la radio, la televisión y los demás medios de expresión y comunicación social; y, en general, las empresas, los bienes y servicios relacionados con la libertad de expresión y de comunicación, no pueden ser objeto de exclusividad, monopolio ni acaparamiento, directa ni indirectamente, por parte del Estado ni de particulares.

se ha incumplido con disposiciones expresas y que se ha incumplido con procedimientos administrativos con la ordenanza cuestionada, tal como se ha expuesto en los puntos precedentes. Lo que se logra con la medida es convertir zonas aledañas de la explotación minera en terrenos urbanos, con lo que han quedado modificados los niveles permitidos de contaminación ambiental y se predispondrían los elementos para hacer incurrir a la demandante en supuestos de contaminación ambiental.

Ahora, tras haber revisado los criterios establecidos en el párrafo anterior y considerando que la ordenanza cuestionada es una norma jurídica emitida por un órgano de la Administración Pública por la que se obstaculiza el ejercicio del derecho de propiedad sobre un bien inmueble de un titular privado, al haber calificado parte del terreno otorgado en concesión a la empresa demandante como área urbana o de expansión urbana, nos encontraríamos ante una expropiación indirecta o expropiación regulatoria.

Finalmente, tomando como referencia este caso de SHOUGANG, y recogiendo la postura del Profesor Landa, podemos concluir que una de las posibilidades de poder enfrentar y contrarrestar los efectos perjudiciales de las expropiaciones regulatorias para nuestros inversionistas nacionales, sería realizando una interpretación sistemática de los artículos que fundamentan la protección contra las expropiaciones regulatorias o indirectas, dentro de las cuales se encuentran los artículo 70°, el artículo 2°, inciso 2, el artículo 62, el artículo 63°, el artículo 71°, y el artículo 61° de la Constitución. Ello debido a que la definición de expropiación regulatoria no ha sido definido ni estudiada

en su real dimensión dentro de la doctrina ni jurisprudencia peruana. Dado que esta definición inclusive en el ámbito internacional ha sido y sigue siendo desarrollada por la mayoría de Estados. Siendo el Estado norteamericano el que más ha estudiado este tipo de expropiaciones dentro de su jurisprudencia.

Si bien los actuales estándares de protección a los inversionistas deben mucho su creación a lo realizado por la jurisprudencia norteamericana, aun estos estándares se encuentran en plena etapa de identificación y desarrollo formal de su campo de acción e interpretación por parte de todos los Estados. Pero, sin perjuicio de ello, las decisiones de tribunales internacionales al tratar de abordar el significado de las expropiaciones regulatorias, pueden y deberían de ser aceptados dentro de la jurisprudencia peruana, sobre todo para poder dotar de una mayor protección a nuestros inversionistas.

Respecto a este argumento de que deban tomarse en cuenta en el ordenamiento jurídico peruano, las valoraciones realizadas por tribunales internacionales al abordar los casos de expropiaciones indirectas, parte de una reflexión, en el sentido que el derecho internacional de las inversiones es una disciplina basada en principios de derecho internacional consuetudinario, que datan desde el siglo diecinueve. Sin embargo, es evidente que este derecho internacional de las inversiones se encuentra en plena evolución. En particular, con el advenimiento del arbitraje inversionista – Estado a fines del siglo veinte, nuevos niveles de complejidad, incertidumbre y expansión sustantiva han ido emergiendo. De hecho, en muchas formas, un discreto

campo de tratados en inversiones también se ha ido desarrollando, largamente dirigido por el crecimiento exponencial de los arbitrajes de inversiones en la última década.

Además, conjuntamente con la continua proliferación de BITs así como la más reciente tendencia de Estados celebrando Tratados de Libre Comercio (TLCs) conteniendo capítulos de inversiones, y el ahora muy a menudo particular razonamiento establecido en un cada vez más creciente número de laudos arbitrales, ha contribuido al rápido desarrollo en el campo del derecho internacional de las inversiones.

Tales cambios han sido alcanzados en casi todas las áreas de este derecho internacional de las inversiones así como en la práctica, conjuntamente con la interpretación de obligaciones sustantivas, y un incesante enfoque en cuestiones procedimentales, la participación de nuevos actores y la cada vez mayor actualización en el contenido de los BITs, dándose nuevos modelos de estos.

Es por ello, que debido a esta constante evolución dada en el derecho internacional de las inversiones, del cual el Perú no es ajeno, resulta importante que se tomen en cuenta el razonamiento empleado por los tribunales internacionales, cuando se resuelven casos de expropiaciones indirectas. Dado que por ejemplo, en muchos laudos, los tribunales han realizado un muy minucioso análisis de laudos anteriores, llevando a la creación de lo que ahora está siendo regularmente descrito como una jurisprudencia en temas de inversiones internacionales.



De esta manera, estos estándares de protección podrían ser un refuerzo de la interpretación sistemática que podríamos realizar de los artículos de nuestra Constitución que protegen el derecho de propiedad de todas las personas dentro del territorio nacional.

Sin perjuicio de ello, debería intentarse dar un contenido mucho más realista a lo que se entiende por expropiación. Ya que se sigue entendiendo dentro del Estado peruano, que cuando se hace referencia a las expropiaciones, estas solo se limitan al campo de las expropiaciones directas, las cuales tienen que ver solo con la transferencia del título de propiedad, ya sea hacia el Estado o hacia un tercero, cuando en la realidad podemos observar que existen una serie de actos gubernamentales que podrían ocasionar en la propiedad de las personas, los mismos efectos de las expropiaciones directas, los cuales también deberían de ser compensados en virtud del artículo 70° de nuestra Constitución.

Actualmente, las únicas referencias que podríamos tener respecto a soluciones en el caso de expropiaciones regulatorias, solo las podemos encontrar entrando a las páginas de internet de tribunales internacionales, como el CIADI. Lo cual debe de ser un llamado de advertencia a nuestras cortes nacionales, dado que actualmente el Estado peruano cada vez más se encuentra suscribiendo TLCs o BITs con una mayor cantidad de países.

Ello, no hace más que ir ampliando el trato diferenciado a una cada vez más, gran cantidad de inversionistas extranjeros, dejándose de lado a sus pares nacionales. Por lo que resulta necesario que en un futuro próximo o lejano, sean cada vez más las similitudes que encontremos en las soluciones dadas por tribunales internacionales con las soluciones o sentencias dadas por los tribunales nacionales. Ya que si bien ambas jurisdicciones podrían responder a diferentes tradiciones legales; estas diferencias en el campo de inversiones, con su consiguiente protección, deberían de ser cada vez menos relevantes en contraposición a sus similitudes, como actualmente se viene dando en el campo internacional. Estas similitudes, deberían ser reflejadas usando la protección que nos proporciona nuestra Constitución respecto a la protección de las expropiaciones. De esta forma, creemos que nuestra Constitución nos da las suficientes herramientas a utilizarse respecto a la protección de la propiedad de los inversionistas nacionales.

Ahora, si bien creemos que nuestra Constitución nos da suficientes herramientas para que los nacionales puedan hacer prevalecer su derecho de propiedad, debe reconocerse que nuestros operadores jurídicos solo tomaran en cuenta dichas herramientas normativas, en tanto nos encontremos frente a casos de expropiaciones clásicas o directas, razón por la cual, se puede alegar de cara a la realidad, que es por ello que los privados no ven como estrategia legal el poder usar las mismas herramientas para los casos de expropiaciones indirectas.

Ahora, si bien la expropiación dentro de nuestro ordenamiento jurídico, se entiende como el hecho de privar a un privado del ejercicio de su derecho de propiedad respecto de un bien, suponiendo el despojo o sacrificio a su titular de las potestades que concede la propiedad de algo<sup>203</sup>. Sin embargo, el problema no está en cuantos artículos podamos tener en nuestra Constitución, que hagan referencia a la protección al derecho de propiedad, ya que el verdadero problema reside en la mentalidad de nuestros operadores jurídicos, que solo ven la protección a las expropiaciones regulatorias, como un perjuicio al poder regulatorio del Estado, cuando el verdadero perjuicio no está dirigido hacia el propio Estado, institucionalmente hablando, sino que este se encuentra dirigido hacia nuestros propios inversionistas. Limitándose su potencialidad de crecimiento, no solo dentro del territorio nacional, sino también en el mercado extranjero, ya que al querer salir hacia otros mercados, se dan cuenta que las reglas e interpretaciones aplicadas a las inversiones son totalmente distintas a las que viene aplicando el Estado Peruano.

De esta manera, podemos concluir que la Constitución Peruana, al igual que la norteamericana<sup>204</sup>, tiene casi las mismas referencias a la protección del derecho de propiedad; entonces, si tenemos las herramientas necesarias para poder dotar de un mejor trato y protección a los inversionistas nacionales, ¿Por qué no las usamos? Hace falta solo voluntad política, y un cambio de mentalidad de nuestros operadores jurídicos y políticos, ya que ellos solo ven las limitaciones al poder regulatorio del Estado, no

---

<sup>203</sup> Sentencia recaída en el Expediente 0031-2004-AI/TC.

<sup>204</sup> La cláusula de expropiaciones de la Fifth Amendment de la Constitución de los Estados Unidos de América señala: “**Nor shall private property be taken for public use, without just compensation**”, la cual no sólo es ampliamente aplicada para los casos de expropiaciones clásicas o de expropiaciones indirectas, sino que también ésta es citada por los tribunales norteamericanos en los casos de expropiaciones en donde lo que se tiene es una total desregulación de un determinado sector económico, comúnmente enfocado en el sector de los servicios públicos.

viendo más allá de sus fronteras y el cambio que está viviendo el mundo en materia de protección a las inversiones. En ese sentido, se debería dar la cara a esta nueva realidad, y consecuentemente ayudar también a nuestros inversionistas nacionales a enfrentarla.

## 2. Propuestas de protección a los inversionistas nacionales frente a la Expropiación Indirecta

### a) La aplicación del Tratamiento a la Inversión Extranjera como piso a la Inversión Nacional

La conexión entre inversionistas y el Estado, ya sean éstos nacionales o extranjeros, es fundamental. Dado que siempre que el Estado receptor de la inversión interfiere de alguna manera en el desarrollo habitual de las actividades de éstos, afectando básicamente su derecho de propiedad, genera automáticamente una controversia. Por lo que la relación entre el derecho de propiedad y las inversiones, no es un tema de actualidad, dado que ello viene desde hace décadas atrás.

En el ejercicio de la potestad regulatoria de un Estado moderno, las interferencias con el derecho de propiedad de los inversionistas, son cada vez más comunes:

***“In a modern regulatory state, interferences with private property are legion and are expected. Within the United States legal system, constitutional amendments and judicial structures have established a flexible system that***

*compensates property holders whose rights have been seriously affected by government regulation.*<sup>205</sup> (Resaltado agregado)

El derecho domestico de los países en vías de desarrollo como el peruano ha mantenido siempre una constante lucha entre defender la protección constitucional de los derechos de propiedad con la necesidad del Gobierno de interferir legítimamente en el ejercicio del referido derecho. Por ejemplo, en el caso norteamericano, cuyo precepto constitucional consideramos que no resulta muy distinto al caso peruano, en la Quinta y Décimo Cuarta enmienda de la Constitución norteamericana se reconoce que la propiedad privada puede ser expropiada por el Estado previo pago de la compensación al propietario original debido al perjuicio ocasionado por el acto expropiatorio.

Asimismo, podemos ver en el caso norteamericano, toda una jurisprudencia en lo que a expropiaciones indirectas se refiere. Dado que este es uno de los países, por no decir el único, en el cual se han dado años de constantes litigios que han creado en el derecho norteamericano toda una fuente de consulta para el estudio de este tipo de expropiaciones, como por ejemplo, el estudio de un caso emblemático como lo fue el de Penn Central Transportation Co. v. New York City:

*“U.S. regulatory takings jurisprudence took form in the often-cited U.S. Supreme court decision in Penn Central Transportation Co. v. New York City. In this decision over the effect of New York City zoning regulations, the U.S. Supreme Court found that a pre-existing regulatory framework meant that citizens have no reasonable expectation of freedom from government regulation. The supreme*

---

<sup>205</sup> APPLETON, Barry. Regulatory takings: the International law perspective. Colloquium Articles. University of Yale, p. 35

*Court found that where a regulation places limitations on land that fall short of eliminating all economically beneficial use, a taking may nonetheless occur, dependent on a number of factors, including the regulation's economic effect on the landowner, the extent to which the regulation interferes with reasonable investment-backed expectations, and the character of the government action."<sup>206</sup>*

Ha sido y siempre será un objetivo a largo plazo, en cuanto se refiere a inversionistas nacionales, el hacer prevalecer siempre su derecho de propiedad. Respeto que no busca interferir en la potestad regulatoria por parte de los Estados, dado que éstos son totalmente libres para regular en aras de velar por el interés nacional, sino que dicho respeto se da en que se establezca la obligación de compensar por parte de los Estados, todo aquel acto gubernamental que traiga como consecuencia un disminución total o casi total del valor de mercado de las inversiones, afectando notablemente el derecho de propiedad, originándose en la práctica un acto expropiatorio, a pesar de que dicho acto gubernamental no traiga consigo una transferencia del título de propiedad hacia el Estado o hacia un tercero.

Esta compensación que buscaría resarcir a los inversionistas nacionales por toda aquella afectación sustancial a su derecho de propiedad, que en la práctica vendría a ser un acto equivalente a una expropiación, no existe de manera expresa en nuestro país, a diferencia de su aplicación internacional bajo el Derecho Internacional de las Inversiones.

---

<sup>206</sup> Ibid., p. 37

La referencia a las compensaciones en el derecho internacional, la podemos ver en los BITs celebrados por la gran mayoría de Estados o por los Tribunales Arbitrales Internacionales a través de sus Laudos, que han aplicado en casos concretos la fórmula conocida como la Fórmula Hull, haciendo referencia al Secretario de Estado Norteamericano Cordell Hull, cuando tuvo que tratar con las expropiaciones de nacionales americanos en territorio Mexicano, estableciendo en dicho contexto una fórmula referida a compensación de expropiaciones, usada hasta nuestros días. Y que la podemos ver, por ejemplo, en el NAFTA:

*“Given the pluralistic approaches to the protection of private property in cases of expropriation, international law has developed its own jurisprudence to ensure that investment made by foreign investors is protected in the case of governmental takings. International agreements, like the North American Free Trade Agreement (NAFTA), contain specific compensation requirements in the case of an expropriation. NAFTA Article 1110 sets out a process with require NAFTA parties to pay compensation to investors of other NAFTA Parties whose investments have been expropriated.”<sup>207</sup>*

Tanto para las inversiones nacionales como extranjeras deberían de darse siempre 4 supuestos básicos para determinar la legalidad de un acto expropiatorio. Los cuales son: (a) que la propiedad sea tomada para un propósito público; (b) que la expropiación tenga como base un acto no discriminatorio; (c) que la expropiación se haya dado en el marco de un debido proceso; y (d) que se haya dado el pago de una previa compensación. Inclusive, podríamos agregar un quinto supuesto, el cual sería que la expropiación se haya realizado acorde con el derecho internacional.

---

<sup>207</sup> Ibid., p. 40

En ese sentido, cuando las normas aplicadas en el derecho internacional han sido violadas, por ejemplo, a través del incumplimiento de uno de sus estándares internacionales de protección a los inversionistas internacionales, el deber de compensar al inversionista se activa automáticamente. Cada vez que se afecta el derecho de propiedad de un inversionista, respaldado sobre un propósito no sustentado en el interés nacional, que sea discriminatorio, o que viola estándares o principios del derecho internacional, incluyendo el debido proceso, se debe estudiar si en verdad el acto de gobierno, es un acto equivalente a una expropiación:

*“The most controversial issue arising from the NAFTA expropriation provisions is the compensation requirement for measures tantamount to expropriation. This phrase has been the subject of considerable debate in international investment law as to whether its inclusion actually extends the customary international law meaning of expropriation or merely fits into existing jurisprudence. NAFTA does not limit the ability of governments to protect the public by taking expropriatory action, even in the use of its “police power”. However, even in the cases where property is taken for some bona fide exercise of the police power by the state, NAFTA article 1110 requires a government to pay full compensation to an affected foreign investor.”<sup>208</sup>*

Como hemos podido observar en la cita anterior, actualmente en el derecho internacional de las inversiones, ya no importan mucho las razones por las cuales el Estado expropió indirectamente una determinada inversión, dado que lo que verdaderamente importa son los efectos de esta, lo cual doctrinariamente es conocido

---

<sup>208</sup> *Ibíd.*, p. 43



como la doctrina del “sole effect”. Dado que lo que importa con respecto a los efectos, es que el daño ocasionado al inversionista o a su inversión sea “sustancial” o “significante”.

Sin embargo, así sea un daño significativo, se requiere que éste no sea un daño temporal. Por lo que sólo sustanciales interferencias de los derechos de propiedad de los inversionistas provenientes de acciones del Gobierno, y que no sean efímeras, constituirán un acto expropiatorio. En ese sentido, así como en los casos llevados ante tribunales internacionales, deberían evaluarse en el campo del derecho doméstico peruano estos criterios, procediendo a considerar caso por caso, las cuestiones fundamentales y las circunstancias bajo las cuales se dio la expropiación indirecta, y ver si la interferencia con la inversión fue o no sustancial. Pero, resulta mucho más importante, el que se pueda dar inicio, al estudio de lo que significa una expropiación indirecta, como se sigue dando en el Derecho Internacional:

*“The definition of expropriation has been neither defined nor shaped by NAFTA. It is a definition that has been developed and accepted by national governments over the last hundred years. It is because of this pre-existing international law commitment that was already owed by all the NAFTA governments to each other (and to the nationals of all other countries) that NAFTA did not permit any exceptions or reservations to be made to the expropriation obligation.”<sup>209</sup>*

Si estudiamos los casos en los cuales se ha aplicado las normas pertenecientes al Derecho Internacional de las Inversiones, podemos ver que en ellos no se hace

---

<sup>209</sup> *Ibíd.*, p. 46

distinción entre una política pública realizada de buena fe, respecto de un acto de gobierno emitido con la clara intención de perjudicar a un inversionista o a su inversión. Tampoco se hace ninguna diferencia desde la perspectiva del derecho internacional, si un acto expropiatorio fue realizado con fines de protección al medio ambiente, salud pública o con propósitos de seguridad nacional.

Dado que, el derecho internacional parte siempre de la presunción de que cada acto de expropiación de un Estado se hace con la intención de aplicar una política de propósito público, debido a que aunque el acto gubernamental se haya realizado sin ninguna intención de perjudicar a un inversionista o a su inversión, casi siempre son llevados ante tribunales arbitrales internacionales, en los cuales se exige el pago de una compensación. Por lo que, los criterios aplicados por los Tribunales Arbitrales, deberían también reflejarse en el derecho domestico peruano, como sucede en el caso norteamericano:

*“International and U.S. law rules regarding direct takings are virtually identical. For regulatory takings, it is intriguing that international tribunals have come to essentially similar conclusions as U.S. domestic courts. In each case, the international tribunal has come to a conclusion that is similar to the U.S. domestic law.”<sup>210</sup>*

Por otro lado, todo tipo de proyecto, como por ejemplo los de infraestructura, cuentan casi siempre con un considerable riesgo para inversionistas privados por los niveles de capital fijo y los largos periodos de recuperación de su inversión. Porque la industria de

---

<sup>210</sup> *Ibíd.*, p. 47

infraestructura que provee servicios públicos básicos (camino, energía eléctrica, agua, puertos, telecomunicaciones, etc.), son generalmente inversiones muy sensibles al escrutinio público.

Por lo que, si ponemos como ejemplo, el caso de los proyectos en infraestructura, puede decirse que los inversionistas nacionales como internacionales enfrentan riesgos que no son considerados riesgos comerciales ordinarios, que en mayor medida son riesgos que provienen de la actuación del propio Estado. Por supuesto que cualquier empresa está siempre sujeta a los cambios que podrían producirse, esencialmente en temas tributarios y al actuar regulatorio del Estado:

*“In a competitive contracting environment, the risks will be divided between state and firm in a way that reflects their relative abilities to diversify and control the level of risk. Diversified multinational businesses may be most efficient risk bearers in many cases because they are able to spread risk among their investors and over their various enterprises. However, the state is best able to control the risks that arise from its own actions.”<sup>211</sup>*

Muchas de las inversiones directas a los largo de las últimas dos o tres décadas, en países en vía de desarrollo como el peruano, han sido inversiones en infraestructura. Por ejemplo, acuerdos de infraestructura entre un rango de posibles relaciones entre el Estado y el inversionista privado incluyen los simples contratos de construcción; construir, operar y transferir proyectos (conocidos como contratos BOT); compra de

---

<sup>211</sup> *Ibíd.*, p. 1

empresas públicas y nuevas inversiones directamente relacionadas a la creación de empresas privadas operando bajo la autoridad regulatoria del Estado.

Por ejemplo, en muchos de los contratos de suministro de electricidad, podemos encontrar acuerdos de compra de electricidad, que son acuerdos de largo plazo, lo cual provee de fondos para el pago de los gastos del proyecto, de las deudas incurridas para poder realizar la actividad de suministro de electricidad, así como el pago de dividendos o distribución de ganancias a aquellos quienes participan en el capital del proyecto, llámese accionistas.

Aunque cabe señalar que muchas de las empresas que participan en la creación de infraestructura para la prestación de servicios públicos son históricamente empresas de propiedad estatal:

*“The move to privatize these firms and to permit private investment in infrastructure is occurring simultaneously with the creation of national regulatory frameworks. This trend contrasts with the situation in the United States, where private firms have always been an important factor even in monopolistic infrastructure industries. Public firms are often saddled with inefficient capital stock, and the costs of disposing of these assets are borne by the state (or the taxpayer) as part of the restructuring process that precedes the sale of the assets.”<sup>212</sup>*

Ahora, si bien las expropiaciones, denominadas directas, son uno de los riesgos básicos temidos por los inversionistas nacionales como extranjeros, éstas son cada vez

---

212 *Ibid.*, p. 3

menos recurrentes en las actuaciones de los Estados, dado que son más fáciles de detectar y de solucionar a través de la compensación realizada por el Estado. Ya que es en este tipo de expropiaciones donde se puede ver un claro perjuicio al derecho de propiedad del privado, así como la fácil determinación del monto a compensar, al estar esta ya preestablecida.

Por otro lado, se ha evidenciado toda una evolución en la celebración de Tratados Bilaterales de Inversión (BITs), lo cual se ha visto acompañado de la creación y contratación de los seguros ofrecidos por las Agencias Internacionales de Garantía, protegiendo a los inversionistas así como a sus inversiones de éste tipo de expropiaciones, tanto directas como indirectas.

Sin embargo, se debe indicar que son tanto los riesgos políticos como regulatorios, los que se encuentran actualmente entre los riesgos que más enfrentan los inversionistas. Siendo un gran problema para los legisladores de los Estados, e inclusive podría decirse que para los propios árbitros en los Tribunales Internacionales, el llegar a decidir cuándo indemnizar a las empresas en contra de tales riesgos y cuando llegar a determinar que esos riesgos debieron haber sido parte de los cálculos ex ante que debió haber realizado el inversionista antes de trasladar todo o parte de su inversión hacia un determinado país.

Es así que, volviendo al ejemplo de los proyectos en infraestructura, uno de los riesgos que sufren los inversionistas, aunque un tanto menos evidente que otro tipo de riesgos,

pero que resulta tan o más costoso que otro tipos de riesgos, es la actuación de los reguladores del Estado modificando los términos del costo del servicio para aquellos inversionistas que gozan de tener el monopolio natural del servicio que se encuentren prestando. Dado que, los reguladores podrían hacer una transición desde la regulación basado en el costo del servicio hacia otro tipo de alternativas, como los price caps:

*“As with the termination or modification of franchises that changes the terms of the deal with the state, many of these regulatory changes can result in heavy costs for regulated infrastructure projects and may influence the behaviors of investors and the firm. In some contexts, investment risks also can be influenced by decisions of regulators in non-host countries that share revenues to pay for infrastructure in telecommunications or that provide fuel for the energy sector.”*

Tenemos que recordar que en un país como el Perú, donde la principal atracción de los inversionistas extranjeros es la prestación de servicios públicos, o explotación de recursos naturales a través de la celebración de los Contratos de Concesión, el valor de las inversiones privadas en infraestructura es fuertemente dependiente de las políticas del Gobierno. En una Constitución como la nuestra, en donde podemos encontrar la protección a las expropiaciones, aunque está más enfocada a las directas, requiere siempre al Estado pagar compensación bajo ciertas condiciones y de esta forma limitar la capacidad del Gobierno de imponer sobrecostos a los propietarios de inversiones.

En ese sentido, la actuación de las instituciones gubernamentales influye mucho en la necesidad de velar por el respeto a los derechos de propiedad de los inversionistas o el

desarrollo de cualquier política diseñada para proteger a las inversiones de éstos. Se ha resaltado, por ejemplo, que los países que de alguna manera han logrado frenar el actuar discrecional de sus poderes ejecutivo y legislativo son más propensos a tener un sistema regulatorio creíble.

Además, mientras más democrático sea el sistema de Gobierno de un país, es mucho más probable que llegue a producir decisiones legitimadas por la mayoría de su población que no perjudiquen arbitrariamente la propiedad o las legítimas expectativas de los inversionistas. Ya que mientras más creíble y desarrollados sean los sistemas regulatorios de un país, menos será el interés de establecer medios legales de protección del respeto a los derechos de propiedad de los privados, especialmente en un contexto de prestación de servicios regulados:

*“Thus a system’s degree of credibility and regulatory development might be inversely related to the need for other investor protections. Countries unable to make credible commitments or whose regulatory systems lack decision making legitimacy may need stronger constitutional protections, but, of course, these are just the countries that may well find such protections almost impossible to provide.”<sup>213</sup>*

Como podemos apreciar, el principal rol de una cláusula constitucional de expropiaciones es limitar el oportunismo potencial de los Gobiernos de Turno. Dado que el Estado solo puede tomar la propiedad privada, ya sea directa o indirectamente, en la medida que su actuar tenga un legítimo fin público. Y que, incluso cuando dicho

---

213 *Ibíd.*, p. 16

acto sea legítimo, el Gobierno debe pagar compensación de acuerdo al valor de mercado del bien expropiado.

Por lo que, existe la necesidad de que en el ordenamiento jurídico peruano, se empiece a desarrollar la idea de poder emitir normas que permitan la protección del derecho de propiedad frente a expropiaciones indirectas, o que nuestras normas actuales, aunque se encuentren enfocadas a las expropiaciones directas, puedan ser interpretadas de tal manera que no sólo se compense a los actos de expropiación visibles y objetivamente fáciles de detectar, sino que también deba compensarse a los inversionistas que en la práctica han sufrido una expropiación por el perjuicio sustancial que han sufrido en su propiedad debido a los efectos de uno o varios actos gubernamentales.

Lo cual, aplicado conjuntamente con los estándares internacionales de protección a los inversionistas, serian un piso en el derecho doméstico, logrando proveer la protección necesaria a los inversionistas nacionales en contra de los actos extralimitados de los Estados y fomentar a que el sector privado invierta en proyectos de gran alcance a nivel nacional:

*“Constitution writers must consider the multiple goals of takings law. A principled takings doctrine has three components, dealing with efficiency, equity, and political legitimacy.”<sup>214</sup>*

---

214 Ibid., p. 18



Con respecto al tema de la eficiencia enunciado en la cita, ésta tendría tres supuestos: 1) la posibilidad de sobre o sub invertir, que tiene que ver con la inversión privada; 2) el problema de invertir poco debido a la incertidumbre creada por el Gobierno, que tiene que ver con el seguro a las inversiones; y 3) el impacto de la política de expropiaciones como producto de las decisiones de los funcionarios públicos, que tiene que ver con la inversión pública:

*“The private-investment issue concentrates upon the use the government intends to make of the property. The fundamental distinction is between improvements to property that the government will use and improvements that it will destroy. On this first efficiency ground only the former should be completely compensated. Full compensation in other cases will be inefficient because it will produce overinvestment.”*

Finalmente, un tema importante a tratar en el caso de las expropiaciones indirectas es con respecto a la incertidumbre, que viene a ser una característica inherente de todo Gobierno con carencia de institucionalidad en sus instituciones gubernamentales, siendo en este sentido muy importante la eficiencia de los seguros que los Estados ofrecen a las inversiones. Por un lado, tenemos a los inversionistas que son neutrales al riesgo, porque ellos invertirán proporcionalmente a cuanto creen que podrían ser compensados si es que fueran potencialmente afectados por una medida expropiatoria, ya sea directa o indirectamente. Por otro lado, si los inversionistas son adversos al riesgo, la incertidumbre creada por la amenaza de ver perjudicada su inversión podría llevarlos a sub invertir y mantener sus activos en una forma que sea improbable que puedan resultar afectados por los programas o actos de gobierno que pudiera

implementar y ejecutar el Estado, lo cual generaría que los inversionistas internacionales no logren invertir por completo lo que en un inicio se habían planteado:

*“Underinvestment would not occur if insurance were available, but the risks discussed here are not always insurable in the private market both because of the arbitrary incidence of harm and the problems of moral hazard and adverse selection. When government creates risks for which private insurance is unavailable, efficient risk distribution provides an economically-oriented reason for basing the compensation decision on the magnitude of the harm suffered.”<sup>215</sup>*

En conclusión, debe ser una de las metas de la política peruana, el llegar a establecer dentro del derecho peruano la protección que el Derecho Internacional de las Inversiones otorga a los extranjeros. Protección que significa aplicar para los nacionales, los mismos estándares de protección aplicables a los inversionistas extranjeros, o que éstos puedan llegar a exigir la aplicación de éstos en tribunales nacionales, como un piso a aplicarse al trato que se da a los inversionistas nacionales.

Lo cual es una meta que quizás no se pueda llegar a cumplir en un corto plazo, debido a una serie de factores como la falta de institucionalidad de los actores gubernamentales que intervienen dentro de nuestro Estado, llámese Poder Judicial, Congreso de la República, Autoridades Locales, Presidentes Regionales, etc. Ya que se pueden tener muy buenas normas, pero con un poder coercitivo débil, blando o corrupto, lo único que hace es que las normas vengán a ser “letra muerta”. Lo cual, como sucede con los Estados Unidos, puede propiciar el inicio de un interminable

---

<sup>215</sup> Ibid., p. 21

debate, sobre si compensar o no, por las afectaciones sustanciales producto de los actos gubernamentales:

*“Under the United States Constitution, the takings clause applies to government seizure or expropriation of physical property. The allocation of the costs imposed by government regulatory activity is subject to much vexed and heated debate, no less so where the state has sought to deregulate infrastructure industries. In the extreme, some argue that any action by government that negatively affects private property rights should count as a taking, but others would exclude regulatory and deregulatory actions from the reach of the clause except in rare cases, such as when the state completely destroys the owner’s use of his or her property.”<sup>216</sup>*

Lo que debemos llegar a establecer, es que los actuales y futuros propietarios de bienes en el Perú, puedan ejercer siempre su derecho a la compensación al momento de actuar en contra del perjuicio sufrido por las interferencias gubernamentales en su propiedad. No debe importar cómo se le califique a las expropiaciones indirectas en nuestro Estado, dado que ésta puede tener muchos nombres, expropiación regulatoria o creeping expropriation. Lo que hay que ver es que los efectos perjudiciales que se causen a los inversionistas nacionales, sean compensados de la misma forma que son compensados los inversionistas extranjeros en Tribunales Arbitrales Internacionales.

Además, resulta ser un tema muy peculiar en las expropiaciones indirectas, que solemos ver en el contexto de las inversiones a desarrollarse en países en vía de desarrollo como el nuestro, que los Estados suelen reducir o disfrazar los riesgos que

---

<sup>216</sup> ROSE-ACKERMAN, Susan and ROSSI, Jim. Takings law and Infrastructure investment: certainty, flexibility and compensation. Executive Summary.

podrían enfrentar los inversionistas extranjeros dentro de su territorio, a través de establecer todo un respaldo normativo que limita de alguna manera la capacidad del Estado de socavar la rentabilidad de los proyectos de inversión.

Este respaldo normativo puede encontrarse explícita o implícitamente desarrollado en cada contrato celebrado por los inversionistas con el Estado, brindando garantías en contra de actos administrativos perjudiciales para con sus inversiones. Pero ello, a diferencia de los inversionistas extranjeros, no es aplicado a los nacionales. Por lo que resulta imprescindible que ello sea trasladado a todo el ordenamiento jurídico nacional, como un piso que el Estado deberá de respetar, respecto al tratamiento a otorgar a todo tipo de inversionista, sea nacional o extranjero.

#### **b) Modificación de la Ley General de Expropiaciones – Ley N° 27117**

La expropiación, como bien hemos podido observar, es un atributo inherente del Estado a fin de lograr determinados objetivos en beneficio de la sociedad o para un sector de esta a costa de la propiedad privada. Es decir, se privilegia el bien común por sobre la propiedad individual, disponiéndose del derecho de propiedad de particulares. Sin embargo, este interés público por el bienestar social debe hacerse previo pago a la persona, titular del derecho de propiedad afectado, del valor del bien materia de expropiación, debiendo contener este concepto no solo el valor del bien, sino además la compensación por el eventual perjuicio ocasionado al propietario.

Así, la expropiación se presenta como aquella figura jurídica de excepción que faculta al Estado a poder disponer de la propiedad privada, a efectos de satisfacer una determinada necesidad que no podría satisfacerse sin llevar a cabo la expropiación. Esta vulneración o privación de la propiedad privada genera siempre el pago de una indemnización que debe ser asumida por el Estado.

Nuestra Constitución, en su artículo 70° establece que la expropiación es la transferencia forzosa del derecho de propiedad privada, autorizada únicamente por ley expresa del Congreso en favor del Estado, a iniciativa del Poder Ejecutivo, Regiones o Gobiernos Locales y previo pago en efectivo de la indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio.

Es en base a esta definición y condiciones señaladas por la constitución peruana que, a efectos de poder desarrollarla, se promulgó el 15 de mayo de 1999, la Ley Nro. 27117 – Ley General de Expropiaciones, la cual creemos debe ser modificada, a la luz de los actuales cambios que se han venido dando en el ámbito internacional, respecto al concepto de expropiación, y todo lo que ello significa para el Estado y sobre todo para los inversionistas nacionales.

Por ello, procederemos a esbozar ciertos comentarios y proponer modificaciones a algunos artículos de nuestra actual Ley General de Expropiaciones, la cual ya tiene más de 10 años de vigencia, y creemos que resulta ser de importancia su revisión y potencial modificación, de cara a tener una propuesta normativa que nos permita

otorgar un “piso” en el tratamiento otorgado a los inversionistas nacionales, respecto al que se otorga a los inversionistas extranjeros:

### **1. Artículo 2 de la Ley:**

#### **“Artículo 2.- Del concepto**

*La expropiación consiste en la transferencia forzosa del derecho de propiedad privada, autorizada únicamente por ley expresa del Congreso en favor del Estado, a iniciativa del Poder Ejecutivo, Regiones o Gobiernos Locales y previo pago en efectivo de la indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio.”*

#### **Nuestra propuesta de modificación para el artículo 2:**

#### **“Artículo 2.- Del concepto**

*La expropiación consiste en la transferencia forzosa del derecho de propiedad privada, **así como cualquier acto equivalente que ocasione al propietario un desmedro sustancial en su derecho de propiedad.***

***Debe entenderse por desmedro sustancial, toda afectación permanente en el tiempo, proveniente de un acto de Gobierno, a cualquiera de los atributos inherentes al derecho de propiedad, afectando completamente el***

***valor económico del bien, generándose de esta manera un acto equivalente a una expropiación directa o física.***

*El acto de expropiación debe ser autorizada únicamente por ley expresa del Congreso en favor del Estado, a iniciativa del Poder Ejecutivo, Regiones o Gobiernos Locales y previo pago en efectivo de la indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio.*

***Esta debe de realizarse de forma pronta, adecuada y efectiva, al valor de mercado, teniendo como referencia la fecha de emisión del acto expropiatorio o el valor del bien anterior al momento de que dicha medida fuera conocida. Debiendo pagarse los intereses respectivos.***

***Para el caso de los actos equivalentes a las expropiaciones, estos deben de respetar los siguientes requisitos: 1) se haya realizado en base a un propósito público; 2) no ser discriminatoria o arbitraria; 3) respetar el debido proceso; y, 4) previo pago en efectivo de la compensación. ”***

## **2. Artículo 3 de la Ley:**

### **“Artículo 3.- Del beneficiario**

***El único beneficiario de una expropiación es el Estado.”***

### Nuestra propuesta de modificación para el artículo 3:

#### ***“Artículo 3.- Del beneficiario***

*El único beneficiario de una expropiación **directa o indirecta** es el Estado”*

### 3. Artículo 13 de la Ley:

En el presente artículo vemos la referencia a la expropiación regulatoria, en el sentido de que se señala que en los casos en que se haya expropiado una parte del bien (subsuelo o sobresuelo), y este no pueda ser usado o explotado parcial o totalmente, o que el valor comercial de la propiedad del suelo se deprecie significativamente, el Estado podrá optar entre expropiar todo el precio o pactar derecho de superficie.

Por lo que, en este artículo podemos observar una primera referencia, quizás de manera accidental, a la expropiación regulatoria, en el sentido de que a pesar de que el bien haya podido ser expropiado físicamente de manera parcial, el perjuicio ocasionado al derecho de propiedad del inversionista o propietario, resulta ser mucho mayor en la realidad, en cuanto que se deja al bien prácticamente sin ningún valor comercial. Teniendo el Estado entre una de sus opciones, el compensar al propietario como si se hubiera expropiado el 100% del bien.

#### ***“Artículo 13.- Del subsuelo y del sobresuelo***



*Pueden ser materia de expropiación el subsuelo y el sobresuelo, independientemente del suelo, salvo que por el hecho de la expropiación del subsuelo o del sobresuelo, **la propiedad del bien no pueda ser usada o explotada parcial o totalmente**, o que el valor comercial de la propiedad del suelo se deprecie significativamente. En estos casos el Estado podrá optar entre expropiar todo el predio o pactar derecho de superficie." (Resaltado agregado)*

#### 4. Artículo 14 de la Ley:

Al igual que en el artículo anterior, podemos ver cómo es que se hace referencia también de manera accidental a lo que conocemos como expropiación indirecta, pero aquí podemos observar que esta se realiza de manera inversa a como está redactado el artículo 13° de la Ley. En el sentido de que el propietario del bien sometido al acto expropiatorio, puede solicitar la expropiación total, cuando la fracción del bien que no es afectado por el acto expropiatorio sufre una real desvalorización o resultare inútil para los fines a que estaba destinado con anterioridad a la expropiación parcial.

Como podemos apreciar, en este artículo hay una más clara referencia a la expropiación indirecta, en el sentido de que señala la real desvalorización de la parte del bien no afectada por la expropiación física, así como que dicha parte del bien resulta inútil para los fines a que estaba destinado con anterioridad a la expropiación parcial.

Por lo que, como podemos observar del artículo 14° de la Ley, aquí se señala una de las razones principales por las cuales determinar si un acto regulatorio del Estado es o no expropiatorio. El cual es la afectación del bien, de tal manera que resulta inútil para los fines a que estaba destinado con anterioridad a la expropiación. Pudiendo ser definido como la afectación **a las legítimas expectativas del inversionista o del propietario.**

Ello en el sentido, de que al momento de invertir en un determinado bien, físico o no, dicha inversión estaba destinado a un fin específico, por lo que cualquier variación significativa del marco regulatorio bajo el cual se desenvolvía dicha inversión, podría hacer que la misma devenga en económicamente inservible para el inversionista, en el sentido de que se afecta lo que el propietario o inversionista había trazado como horizonte de inversión.

Se afectan las **expectativas** que tenía este de seguir desarrollando una determinada actividad económica a largo plazo, y que debido al acto regulatorio del Estado, cambiando las “reglas de juego” o afectando el bien de manera directa, puede terminar siendo económicamente inservible en relación a las *legítimas expectativas* que el inversionista se había planteado al momento de realizar su inversión, lo cual también tiene relación con el grado de transparencia en la modificación de las normas que pueda tener un Estado:

***“Artículo 14.- De la expropiación total***

*El sujeto pasivo de la expropiación podrá solicitar la expropiación total, cuando la fracción del bien que no es afectado por el acto expropiatorio sufre una real desvalorización o resultare inútil para los fines a que estaba destinado con anterioridad a la expropiación parcial.”*

#### **Nuestra propuesta de modificación para el Artículo 14:**

##### **“Artículo 14.- De la expropiación total**

*El sujeto pasivo de la expropiación **directa** podrá solicitar la expropiación total, cuando la fracción del bien que no es afectado por el acto expropiatorio sufre una real desvalorización o resultare inútil para los fines a que estaba destinado con anterioridad a la expropiación parcial, **es decir, cuando se haya constatado la ocurrencia de una expropiación indirecta.***

***En estos casos, la indemnización se basará de acuerdo a lo establecido en el artículo 15. Ante cualquier atraso en el pago de la indemnización se acumularán intereses según el tipo usual de interés bancario, a partir de la fecha de expropiación o pérdida hasta la fecha de pago.***

#### **5. Artículo 15 de la Ley:**

##### **“Artículo 15.- De la indemnización Justipreciada**

15.1 La indemnización justipreciada comprende el valor de tasación comercial debidamente actualizado del bien que se expropia y la compensación que el sujeto activo de la expropiación debe abonar en caso de acreditarse fehacientemente daños y perjuicios para el sujeto pasivo originados inmediata, directa y exclusivamente por la naturaleza forzosa de la transferencia.

15.2 La entrega efectiva y total del monto de la indemnización justipreciada, se efectuará en dinero, una vez transcurrido el plazo para la contestación de la demanda o de la contestación de la reconvenición, según corresponda. (...)"

#### **Nuestra propuesta de modificación para el Artículo 15:**

##### **“Artículo 15.- De la indemnización Justipreciada**

15.1 La indemnización justipreciada comprende el valor de mercado del bien que se expropia **directa o indirectamente** y la compensación que el sujeto activo de la expropiación debe abonar en caso de acreditarse fehacientemente daños y perjuicios para el sujeto pasivo originados inmediata, directa y exclusivamente por la naturaleza forzosa de la transferencia.

**15.2 Las medidas de expropiación irán acompañadas de disposiciones para el pago de una compensación rápida, adecuada y efectiva. La suma**

*de dicha compensación corresponderá al valor justo de la inversión expropiada en el momento inmediatamente antes de ejecutarse la expropiación o de que la misma se anunciara, lo que sucediera primero. Dicho valor justo será expresado en una divisa de libre conversión sobre la base del tipo de cambio del mercado existente para dicha divisa en ese momento.*

*La compensación incluirá también los intereses a la tasa comercial del mercado vigente, desde la fecha de la expropiación hasta la fecha efectiva de pago.*

*15.3 La entrega efectiva y total del monto de la indemnización justipreciada, se efectuara en dinero, una vez transcurrido el plazo para la contestación de la demanda o de la contestación de la reconvencción, según corresponda. (...)*

#### **6. Artículo 16 de la Ley:**

##### ***“Artículo 16.- De la tasación***

*El valor del bien se determinara mediante tasación comercial actualizada que será realizada exclusivamente por el Consejo Nacional de Tasaciones – CONATA”*

Nuestra propuesta de modificación para el Artículo 16:

***“Artículo 16.- Determinación del Valor del Bien***

*El valor del bien se determinará mediante tasación comercial actualizada que será realizada exclusivamente por la Dirección Nacional de Construcción perteneciente al Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento de acuerdo a las normas vigentes al momento de producirse la expropiación o en el momento en que la medida se hiciera conocida, lo que ocurra primero, para el caso de las expropiaciones físicas.*

*En los casos en que se afecte sustancialmente el valor de un bien, originándose una expropiación indirecta, la determinación del valor del bien corresponderá al valor de mercado que la inversión expropiada tenía inmediatamente antes de la expropiación o antes de que la expropiación inminente se hiciera pública, comprenderá intereses desde la fecha de la expropiación a una tasa comercial normal, será pagada sin demora y será efectivamente realizable y libremente transferible.”*

7. Artículo 17 de la Ley:

***“Artículo 17.- De la compensación***

*En caso que el sujeto activo de la expropiación observe la pretensión de compensación del sujeto pasivo, ésta será fijada por el Poder Judicial o Tribunal*

*Arbitral, sobre la base de las pruebas que se actúen, de los fundamentos que expresen las partes y de las reglas de la crítica. Además deberá estimarse de acuerdo a la finalidad a que estaba destinado el bien al disponer la expropiación y de acuerdo a proyectos documentados antes de la fecha de publicación de la ley autoritativa de la expropiación.”*

### **Nuestra propuesta de modificación para el Artículo 17:**

#### **“Artículo 17.- De la compensación**

*En caso que el sujeto activo de la expropiación observe la pretensión de compensación del sujeto pasivo esta será fijada por el Poder Judicial o Tribunal Arbitral, sobre la base de las pruebas que se actúen, de los fundamentos que expresen las partes y de las reglas de la crítica. Además deberá estimarse de acuerdo a la finalidad a que estaba destinado el bien al disponer la expropiación y de acuerdo a proyectos documentados antes de la fecha de publicación de la ley autoritativa de la expropiación, **a fin de respetar las legítimas expectativas y razonables de la persona natural o jurídica al momento de realizar la inversión.***

***La compensación deberá responder al valor de la inversión expropiada o nacionalizada inmediatamente antes de la fecha de hacerse pública la expropiación efectiva o inminente, la nacionalización o medida equivalente.***

***La indemnización deberá abonarse sin demora y devengará intereses hasta la fecha de pago efectivo, según el tipo usual de interés bancario y deberá ser realizable y libremente transferible al territorio de la otra Parte Contratante o de Terceros Estados.”***

#### **8. Artículo 19 de la Ley:**

***“Artículo 19.- De la forma de pago***

*19.1 La consignación de la indemnización justipreciada, debidamente actualizada, se efectuará necesariamente en dinero y en moneda nacional.*

*19.2 En caso que en la sentencia el Juez determine monto distinto de la tasación comercial actualizada presentada por el demandante o del monto de la compensación presentada por el demandado, se ordenara en ejecución de sentencia se realicen las compensaciones correspondientes.”*

#### **Nuestra propuesta de modificación para el Artículo 19:**

***“Artículo 19.- De la forma de pago***

***19.1 La consignación de la indemnización justipreciada, debidamente actualizada, se efectuará en moneda que sea de libre y fácil convertibilidad para el inversionista.***



***19.2 En caso que en la sentencia el Juez determine monto distinto de la tasación comercial actualizada presentada por el demandante o del monto de la compensación presentada por el demandado, se ordenará en ejecución de sentencia se realicen las compensaciones correspondientes.***

***19.3 Las medidas de expropiación directa, o las que se generen de forma posterior a la constatación de una expropiación indirecta, deberán ir acompañadas de disposiciones para el pago de una compensación inmediata, adecuada y efectiva. Dicha compensación se basará en el valor de mercado de las inversiones efectuadas en una fecha inmediatamente anterior a aquella en que la medida llegue a conocimiento público.***

***19.4 Ante cualquier atraso en el pago de la compensación se acumularán intereses a una tasa comercial establecida sobre la base del valor de mercado, a contar de la fecha de expropiación o pérdida hasta la fecha de pago. La legalidad de cualquiera de dichas expropiaciones, nacionalizaciones o medidas similares y el monto de la compensación estarán sujetos a revisión según el debido procedimiento legal.”***

## CONCLUSIONES

1. Las expropiaciones indirectas son el acto por el cual el Estado, a través de cualquiera de sus entes estatales, pertenecientes a cualquiera de sus tres niveles de Gobierno, en el marco de sus competencias normativas, realiza el cambio de un determinado marco legal bajo el cual se venían desarrollando las actividades económicas de una o varias empresas. Perjudicando de esta manera a todos los inversionistas involucrados en estas, al variar su esquema o plan de negocios a largo plazo, en el cual se venían desarrollando y tenían proyectado recuperar lo invertido a una determinada tasa de retorno.
2. La expropiación debe entenderse no solo como en la transferencia forzosa del derecho de propiedad privada, sino también **como cualquier acto equivalente que ocasione al propietario un desmedro sustancial en su derecho de propiedad, afectando sus legítimas y razonables expectativas.**
3. Por desmedro sustancial del derecho de propiedad, debe entenderse a toda afectación permanente en el tiempo, proveniente de un acto de Gobierno, a cualquiera de los atributos inherentes al referido derecho, afectando completamente el valor económico del bien, generándose de esta manera un acto equivalente a una expropiación directa o física.

4. La compensación por el acto de expropiación, tanto directa como indirecta, **debe realizarse de forma pronta, adecuada y efectiva, al valor de mercado, teniendo como referencia la fecha de emisión del acto expropiatorio o el valor del bien anterior al momento de que dicha medida fuera conocida. Debiendo pagarse los intereses respectivos.**
  
5. **Para el caso de los actos equivalentes a las expropiaciones físicas o directas (expropiaciones indirectas), estos deben de respetar los siguientes requisitos: 1) se haya realizado en base a un propósito público; 2) no ser discriminatoria o arbitraria; 3) respetar el debido proceso; y, 4) previo pago en efectivo de la compensación.**
  
6. Un factor a tomar en cuenta respecto a las inversiones, es el nivel de importancia que dan los inversionistas a la estabilidad jurídica. Este se encuentra condicionado por el nivel de institucionalidad de un país así como por el grado de protección que el Estado ofrece a sus intereses y derechos al interior de su legislación interna. Dado que los inversionistas antes de ingresar a un determinado país, adoptan casi siempre como punto de partida, el estudio de las normas que influirían directamente en el ejercicio de su actividad económica. Realizando un análisis costo-beneficio de la regulación a aplicárseles, y sus potenciales ganancias en el caso de mantenerse el referido marco regulatorio, lo cual será logrado a través de las garantías que el Estado receptor de la inversión

podrá ofrecerles, como por ejemplos Convenios de Estabilidad Jurídica o los Contratos Ley, que desde nuestro punto de vista, vendrían a ser lo mismo.

7. Uno de los estándares de inversión, utilizados en mayor medida por los inversionistas ante Tribunales Arbitrales Internacionales, es el de Trato Justo y Equitativo. Este estándar establece en términos generales, la obligación por parte del Estado receptor de actuar de modo transparente y previsible, sin afectar las legítimas expectativas que hayan tenido los inversionistas extranjeros al momento de realizar sus inversiones.
8. En los casos nacionales, vemos como los entes estatales provenientes de cualquiera de los tres niveles de gobierno (central, regional y local), haciendo uso de sus facultades normativas, modifican el marco regulatorio de las actividades comerciales que se venían desarrollando dentro de su jurisdicción. Cambios normativos que si bien no significaron una transferencia forzosa del título de propiedad, como es conocido a la expropiación directa o clásica, en la práctica terminaban afectando de manera sustancial las expectativas de ganancias de los inversionistas o comerciantes, cuyos efectos eran tan o más perjudiciales que los de una expropiación directa. Por lo que, al no existir ningún mandato normativo que obligue a compensar por dicha pérdida económica, simplemente ello resulta lo más beneficioso para el ente estatal, lo cual es criticado por la doctrina norteamericana conocida como el Public Choice.

9. Una de las propuestas de solución a fin de dotar de las herramientas jurídicas a los inversionistas nacionales, para poder afrontar y aminorar el perjuicio sufrido por las expropiaciones regulatorias, vista en el caso Shougang a través del Voto formulado por el Profesor Landa, es la interpretación sistemática de los artículos 70°, el artículo 2°- inciso 2, el artículo 62°, el artículo 63°, el artículo 71°, y el artículo 61° de la Constitución Política del Perú. Las cuales, en términos generales, hacen referencia a la protección del derecho de propiedad y a la prohibición de todo trato discriminatorio respecto a las inversiones nacionales con respecto a las extranjeras. En ese sentido, podemos decir que una herramienta jurídica como esta, podría en la práctica ayudarnos a dotar de la protección necesaria a las inversiones nacionales, asemejándose ésta respecto a la protección dada a las inversiones de los inversionistas extranjeros contenidas en los muchos instrumentos jurídicos internacionales suscritos entre el Estado Peruano y el país de origen de éstos.
10. Asimismo, otra solución a analizarse vendría a ser la modificación de nuestra actual Ley General de Expropiaciones - Ley N° 27117, ya con más de 10 años de vigencia, la cual tendría como fin el poder contextualizar el tema de expropiaciones a la constante evaluación que se viene desarrollando alrededor de este tema en Tribunales Arbitrales Internacionales. Sin embargo, ésta podría ser una solución que por temas más políticos que jurídicos, resultaría muy difícil conseguir. En cuanto que el Congreso necesitaría aprobar y promulgar una Ley que modifique la Ley N° 27117. En el entendido que para nuestros actuales

congresistas, ello supondría perjudicar al Estado, al limitar su poder regulatorio para fines de propósito público, así como limitar su poder de policía, de cara a los actos populistas que necesitarían realizar a fin de solucionar en el corto plazo, aquellas situaciones coyunturales que en el campo de las inversiones, en mayor medida referidas a temas ambientales, exigiría la población resolver en el menor tiempo posible.



## BIBLIOGRAFIA

- ABDALA, Manuel and SPILLER, Pablo. Article: Damage valuation of indirect expropriation in international arbitration cases. Juris publishing, Inc. The American review of International Arbitration. 2003
- APPLETON, Barry. Regulatory Takings: the International law perspective. Colloquium Articles. University of Yale.
- AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. CAPITULO III: De la propiedad. En: La constitución Comentada: Análisis artículo por Artículo. TOMO I. Primera edición. Diciembre 2005
- AVENDANO VALDEZ, Jorge. Artículo 70: Derecho de propiedad. Expropiación. La Constitución comentada. TOMO I. Gaceta jurídica.
- AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. Artículo 71° de la Constitución Política del Perú: Igualdad y límites a Extranjeros en cuanto a la Propiedad. En: La constitución comentada: análisis artículo por artículo. Tomo I. Primera edición. Gaceta Jurídica S.A.
- AVILA CABRERA, Víctor. Artículo 63° de la Constitución Política del Perú: Igualdad de trato entre Inversión Extranjera y Nacional. Solución de

Controversias. En: La constitución comentada: análisis artículo por artículo.  
Tomo I. Primera edición. Gaceta Jurídica S.A.

- BRYER, Stephen. Regulation and its reform. Harvard University Press. 1982
- BRUNETTI, Maurizio. ESSAY: NAFTA CHAPTER 11: The Iran – United States Claims Tribunal, NAFTA Chapter 11, and the Doctrine of Indirect Expropriation. Lexis Nexis TM Academic. University of Chicago. 2001
- BRUNETTI, Amoyo y otros. Institutional obstacles to doing business: Region by Region results from a worldwide survey of the Private sector. En: World Bank Policy research Working paper number 1759.
- CARRANO, Ítalo y BONIFAZ, Gonzalo. La protección de inversiones del Tratado de Libre Comercio Perú-Estados Unidos. Ara Editores. ESAN. 2011
- CIADI. Informe de los Directores Ejecutivos acerca del Convenio sobre arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados. 1965
- Charles N. Brower and Jason D. Brueschke, The Iran-United States Claims Tribunal 669 (Martinus Nijhoff 1998).



- CONGRESO DE LA REPUBLICA. “Diario de los Debates-Debate constitucional Pleno 1993”. Tomo I, Publicación oficial 1998
- Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo. Trato de la Nación Más Favorecida. Publicaciones de la UNCTAD sobre temas relacionados con los acuerdos internacionales en materia de inversión.
- Declaración Universal de Derechos Humanos
- DE LA CERDA OLIVOS, Cristóbal y GOLDENBERG PEÑAFIEL, Mónica. TRATO JUSTO Y EQUITATIVO EN MATERIA DE INVERSION EXTRANJERA. Santiago, Chile, Octubre 2007
- DOLZER, Rudolph and SCHREUER, Christoph. Principles of International Investment Law. Oxford University Press, 2008
- ECHAIZ MORENO, Daniel. “La expropiación y la confiscación”. En: Gaceta constitucional -- Tomo 43 (Jul. 2011)
- EPSTEIN, Richard. Takings: Private property and the Power of Eminent Domain. Harvard University Press.

- FISCHER, William. Takings and Public Choice: The persuasion of price. Publicado en The encyclopedia of Public Choice. Charles Rowley, editor, June 2002.
- GONZALES BARRON, Gunther Hernán. Crítica a la tendencia neoliberal del Tribunal Constitucional en Materia de Propiedad y Expropiación. En: Gaceta constitucional -- Tomo 43 (Jul. 2011)
- GREGORY, Sidak and SPULBER, Daniel. Deregulatory takings and the Regulatory Contract. Cambridge University Press
- GUTIERREZ CAMACHO, Walter. Artículo 58° de la Constitución Política del Perú: Iniciativa Privada y Economía Social de Mercado. En: La constitución comentada: análisis artículo por artículo. Tomo I. Primera Edición. Gaceta Jurídica S.A.
- GUTIERREZ CAMACHO, Walter. Artículo 60° de la Constitución Política del Perú: Principio de Subsidiariedad. En: La constitución comentada: análisis artículo por artículo. Tomo I. Primera Edición. Gaceta Jurídica S.A.
- HUAPAYA TAPIA, Ramón. "Algunos apuntes sobre las relaciones entre el derecho administrativo económico y el concepto anglosajón de la regulación". En: lus et veritas -- No. 40 (Jul. 2010)

- Informe del Presidente del Consejo Directivo del CIADI sobre cuestiones planteadas y sugerencias hechas respecto al Proyecto preliminar de Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados.
- LOAYZA V., Norman. El Crecimiento Económico en el Perú. En: Revista Economía. Vol. XXXI, Nro. 61, semestre enero-junio 2008.
- North America Free Trade Agreement - NAFTA
- OECD. Indirect Expropriation and the Right to Regulate in International Investment Law. OECD Working Papers on International Investment 2004/04.
- OGUS, Anthony. Regulation: Legal form and Economic theory. Clarendon Law series.
- PASQUEL RODRIGUEZ, Enrique. Tomando la Propiedad en serio: las Expropiaciones regulatorias o indirectas. En: Ius Et Veritas, Año 15, Nro. 31
- ROSE-ACKERMAN, Susan and ROSSI, Jim. Takings law and Infrastructure investment: certainty, flexibility and compensation. Executive Summary

- SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge. Artículo 58 de la Constitución Política del Perú: Estado orientador y promotor En: La constitución comentada: análisis artículo por artículo. Tomo I. Primera Edición. Gaceta Juridica S.A.
- SCHREUER, Cristoph. Commentary on the ICSID Convention. ICSID Review – Foreign Investment Law Journal, Vol. 11, 1996.
- SHEAHAN, John. La economía Peruana desde 1950: buscando una Sociedad mejor. Lima: IEP, 2001.
- TOVAR GIL, Javier. Régimen Aplicable a las Inversiones. En: TLC Perú- Estados Unidos: Contenido y Aplicación
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL – PLENO JURISDICCIONAL 00034-2004-PI/TC
- UNCTAD, Dispute Settlement (requirements Ratione materiae), UNCTAD, Ginebra, 2003.
- United Nations Conference on Trade and Development. National Treatment. Unctad Series on Issues in International investment Agreements.
- UNCTAD, Scope and Definitions. New York and Geneva, 2011

- YEPES DEL CASTILLO, Ernesto. Economía y Política: La modernización en el Perú del Siglo XX: Ilusión y Realidad. Lima: Mosca Azul, 1992.
- ZEGARRA VALDIVIA, Diego. El contrato-ley: los Contratos de Estabilidad jurídica. Lima: Gaceta jurídica, 1997.
- **CASOS ESTUDIADOS:**
  - Birnbaum v Iran, Award No 549-967-2, (July 6, 1993); Payne v Iran, Award No 245-335-2, (Aug 8, 1986); Phelps Dodge Corp v Iran, Award No 217-99-2, (Mar 19, 1986).
  - Case Concerning Elettronica Sicula SpA (ELSI) (United States of America v. Italy), 1989. ICJ Rep 15.76:84 ILR 311.382
  - Fedax N.V. v. Republic of Venezuela (ICSID Case No. ARB/96/3)
  - Fedax N. V. v. República de Venezuela. Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, Caso ARB/96/3, decisión sobre jurisdicción, 11 de julio de 1997.
  - Lochner v, New York. 198 U.S. 45, 53 (1905)

- Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD v. Malaysia (ICSID Case No. ARB/05/10)
- Malaysian Historical Salvors SDN, BHD vs. Malaysia, Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, Caso ARB/05/10, decisión sobre jurisdicción, 10 de mayo de 2007.
- Malaysian Historical Salvors SDN, BHD vs. Malaysia, Centro Internacional para el Arreglo de Diferencia Relativas a Inversiones, Caso ARB/05/10, Decisión sobre Solicitud de Anulación
- Pope & Talbot, Inc v Canadá, Interim Award (June 26, 2000) en <http://www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/nafta-e.asp>
- Resolución N° 1535-2010/SC1-INDECOPI
- Salini Costruttori S.P.A. e Italstrade S.P.A. v. Reino de Marruecos. Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, Caso ARB/00/4, decisión sobre jurisdicción.
- Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Hashemite Kingdom of Jordan (ICSID Case No. ARB/02/13)

- STC Exp. N° 005-2006-PI/TC, sobre proceso de inconstitucionalidad interpuesto por Jorge Santisteban de Noriega, en representación de 5000 ciudadanos, contra los artículos 2 a 7 de la Ley N° 28476 y los artículos 5 y 10 del Decreto de Urgencia N° 122-2001.
- STC Exp. N° 0008-2003-AI/TC, de 11 de noviembre de 2003, sobre acción de inconstitucionalidad interpuesta por Roberto Nesta Brero, en representación de más de 5000 ciudadanos, contra el artículo 4 del Decreto de Urgencia N° 140-2001.
- Tippetts, Abbett, McCarthy, Stratton v TAMS-AFFA, Award No 141-7-2 (June 29, 1984), reprinted in 6 Iran-US CTR 219, 225
- EXP. Nro. 0008-2003-AI/TC – Acción de Inconstitucionalidad interpuesta por don Roberto Nesta Brero.
- EXP. Nro. 0031-2004-AI/TC – Acción de Inconstitucionalidad interpuesta por don Máximo Yauri Salazar.
- EXP. Nro. 03258-2010-PA/TC – Recurso de agravio constitucional Interpuesto por don Conrado Mori Tuesta.

- Exp. Nro. 18-95-AA/TC – Recurso de Casación entendido como extraordinario interpuesto por Arturo Vidal Layseca.
- Exp. 203-96-AA/TC – Recurso extraordinario interpuesto por la Compañía Minera Agregados Calcáreos S.A.
- Exp. 1497-2001-AA/TC – Recursos extraordinario interpuesto por Expreso Cruz del Sur S.A. contra la sentencia de la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de la Libertad.
- Exp. 1535-2006-AA – Recurso de agravio constitucional interpuesto por la Empresa de Transportes Turismo Imperial S.A.
- EXPEDIENTE 00037-2009/CEB – Caso Turismo Huaral.
- EXP. N° 01735-2008-PA/TC – Recurso de agravio constitucional interpuesto por Shougang Hierro Perú S.A.A.

▪ **PAGINAS WEB VISITADAS**

- [http://catarina.udlap.mx/u\\_dl\\_a/tales/documentos/lcp/chavez\\_l\\_dd/capitulo1.pdf](http://catarina.udlap.mx/u_dl_a/tales/documentos/lcp/chavez_l_dd/capitulo1.pdf)



- <http://laeconomiadelleopoldo.blogspot.com/2011/03/el-sistema-de-planificacion-central-o.html>
- [http://economia.unmsm.edu.pe/Docentes/JLeonM/Publicaciones/Ensayos\\_Articulos/CualEsRolDelEstado.pdf](http://economia.unmsm.edu.pe/Docentes/JLeonM/Publicaciones/Ensayos_Articulos/CualEsRolDelEstado.pdf)
- <http://www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/nafta-e.asp>
- <http://www.politicas.unam.mx/sae/portalestudiantil/politica-administracion/teoria-filosofia/pdf/EnsayoLocke.pdf>
- <http://www.diariojuridico.com/opinion/expropiacion-y-nacionalizacion.html>
- <http://www.derechoyhumanidades.uchile.cl/index.php/RDH/article/viewFile/916/801>
- [http://www.sice.oas.org/ctyindex/PER/PERBITS\\_e.asp](http://www.sice.oas.org/ctyindex/PER/PERBITS_e.asp)
- <http://www.derechoyhumanidades.uchile.cl/index.php/RDH/article/viewFile/916/801>
- [http://www.sice.oas.org/ctyindex/PER/PERBITS\\_e.asp](http://www.sice.oas.org/ctyindex/PER/PERBITS_e.asp)

- [http://cdiflorycanto-oax.org/Administrador/imagenes\\_editor/files/SESION%2020-America%20Latina%20y%20el%20consenso%20de%20Washington.pdf](http://cdiflorycanto-oax.org/Administrador/imagenes_editor/files/SESION%2020-America%20Latina%20y%20el%20consenso%20de%20Washington.pdf)
- <http://web.worldbank.org/WBSITE/>
- [http://catarina.udlap.mx/u\\_dl\\_a/tales/documentos/ledi/eloss\\_m\\_fc/capitulo2.pdf](http://catarina.udlap.mx/u_dl_a/tales/documentos/ledi/eloss_m_fc/capitulo2.pdf)

