

UNA VISIÓN GENERAL AL MARCO JURÍDICO NACIONAL E INTERNACIONAL QUE RIGE EN EL PERÚ PARA LA PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE LA INVERSIÓN PRIVADA

Álvaro Loredo Romero*

Resumen: El presente artículo nos muestra una visión general del marco jurídico nacional e internacional que rige en el Perú para promover y proteger la inversión privada, tanto nacional como extranjera. El enfoque que propone el autor se centra en presentar el marco jurídico vigente en el ordenamiento interno peruano, a través de la protección constitucional, legal y contractual a la inversión privada (protección en el ámbito nacional); y en mostrar el marco internacional de promoción y protección a la inversión privada.

Palabras clave: Inversión privada; Contratos-ley; Libertad de empresa; Promoción y protección; Rol promotor.

SUMARIO: Introducción. I. Promoción y protección de la inversión privada en el marco del ordenamiento jurídico interno. A. El enmarcamiento constitucional de la inversión privada. 1. *El rol promotor del Estado.* 2. *La libertad de empresa como garantía constitucional para la inversión privada.* 3. *La protección constitucional a los acuerdos contractuales: obligatoriedad, intangibilidad y vinculación de los contratos.* 4. *Solución de controversias contractuales.* 5. *El tratamiento no discriminatorio a la inversión privada.* 6. *El derecho a la propiedad como garantía institucional reconocida por la constitución.* B. El régimen legal de promoción y protección de la inversión privada. 1. *Naturaleza de los convenios de estabilidad jurídica o “contratos-ley” que suscribe el Estado con los inversionistas privados.* 2. *La intangibilidad de los convenios de estabilidad o “contratos-ley”.* **II. Promoción y protección de la inversión privada en el marco del derecho internacional.** A. Instrumentos internacionales que fomentan la inversión privada. B. Los estándares de tratamiento consagrados por el derecho internacional consuetudinario. 1. *El estándar de trato nacional.* 2. *El estándar de la nación más favorecida.* 3. *El estándar de trato justo y equitativo.* 4. *El estándar de protección y*

*. Profesor del curso: “Seminario de Inversión Extranjera” en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC). Asociado de Santistevan de Noriega & Asociados, Abogados - Consultores. Árbitro incorporado al Registro de Árbitros del Sistema Nacional de Conciliación y Arbitraje (SNCA) del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE). Dirección de correo electrónico: aloredo@santistevandenoriega.com

seguridades plenas. 5. *Interdicción de la expropiación sin compensación*. C.
Solución de controversias relativas a la inversión. **III. Conclusiones.**

Introducción

La inversión privada, tanto nacional como extranjera, constituye un componente esencial para el desarrollo y crecimiento económico de los países. Sin embargo, para que esta inversión privada pueda desenvolverse de manera normal, no basta con que los países presenten muestras macroeconómicas positivas, con que implementen políticas económicas coherentes y sostenidas, sino que también se requiere contar con marcos políticos y jurídicos que sean estables y predecibles. En otras palabras, las “reglas de juego” que establecen los países respecto al tratamiento que le brindan a la inversión privada, tienen que ser claras y, sobretodo, duraderas en el tiempo. En consecuencia, resulta absolutamente esencial que los países receptores de inversión privada cuenten con instituciones políticas y jurídicas sólidas.

Por estos motivos, los países receptores, así como los exportadores de inversión privada han visto la necesidad de establecer un sistema universal a través del cual se reconocen y otorgan determinadas garantías y seguridades a favor de la inversión privada. Este sistema universal impone a los países receptores de la inversión determinadas obligaciones frente a los inversionistas privados, instituye fórmulas de reconocimiento y protección de los derechos de dichos inversionistas y establece mecanismos eficaces e independientes para la solución de las diferencias que surjan o puedan surgir entre tales inversionistas y los países receptores de la inversión.

I. Promoción y protección de la inversión privada en el marco del ordenamiento jurídico interno.

A. El enmarcamiento constitucional de la inversión privada

La Constitución Política de 1993 ha incorporado dentro de su ordenamiento un régimen económico basado en las reglas de la economía social de mercado donde, entre otras disposiciones, se consagra la libertad de empresa, la libre iniciativa privada, la libertad contractual, la libre competencia, el establecimiento de garantías y seguridades a través de contratos-ley, el rol subsidiario del Estado y su actuación como un orientador del desarrollo económico del país, la actuación del Estado como promotor de los servicios públicos e infraestructura, el sujetamiento de la inversión nacional y extranjera a las mismas condiciones y la posibilidad de someter y resolver controversias a arbitraje nacional o internacional.

Lo anterior supone, que el régimen económico constitucional peruano busca promover el flujo de inversión privada en el país. No solo ello, sino que también establece mecanismos de protección a través del reconocimiento de seguridades y garantías a favor de la inversión privada.

1. *El rol promotor del Estado*

El modelo de economía social de mercado contenido en el capítulo económico de la Constitución consagra, como preceptos básicos, la libre iniciativa privada y el rol promocional del Estado en materia de empleo, seguridad, educación, salud, servicios públicos e infraestructura¹. Este rol estatal² –claramente enraizado en el artículo 58° de la Carta- importa la ejecución de una política pública promotora de la actividad económica que resulte atractiva para los inversionistas privados.

En consecuencia, el Estado –con la finalidad de atraer a los inversionistas privados- se rige y actúa dentro de un marco jurídico lo suficientemente estructurado y confiable que le permita asegurar a la inversión privada cuatro aspectos que consideramos fundamentales³:

- La viabilidad económica de los proyectos de desarrollo.
- Reglas de juego claras, transparentes y previsibles para la interpretación y ejecución de los contratos, así como para el tratamiento de la inversión privada;
- El aseguramiento de que los contratos que se suscriben con los inversionistas privados se cumplan y que sus finalidades de orden público sean alcanzadas.
- Otorgamiento de garantías suficientes para la solución de controversias o diferencias que pudieran surgir entre las partes contratantes.

2 *La libertad de empresa como garantía constitucional para la inversión privada*

Dentro de las garantías constitucionales que reconoce la Carta a favor de la inversión privada, se encuentra el ejercicio del derecho a la libre empresa. Según Ariño Ortiz⁴, la libertad de ejercicio de la actividad empresarial implica la “(...) *libertad de tomar decisiones y de competir en un mercado libre. Dentro de este apartado deben mencionarse cuestiones tales como la libertad de producción (volumen, calidades, etc.), libertad de inversión (o de desinversión o cierre), libertad de fijación de una política o estrategia comercial (...).*”.

¹ Artículo 58° de la Constitución.- “*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.*”

² En relación al papel promotor del Estado, Jorge Santistevan de Noriega señala: “*La nueva Constitución concibe a un Estado minimalista en lo económico, exclusivamente, puramente “orientador” del desarrollo del país, que concentra su función “promotora” en seis áreas determinadas: empleo, educación, salud, seguridad, servicios públicos e infraestructura.*” SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge. *La Constitución Comentada*. Lima: Gaceta Jurídica, 2005, Página 802.

³ Esta previsión ha sido comentada anteriormente en: SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge y LOREDO ROMERO, Álvaro. “Regulación constitucional de las inversiones: igualdad de condiciones y ¿reciprocidad? A propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional que declara la inconstitucionalidad del segundo párrafo del artículo 24° de la Ley de Radio y Televisión”. *Constitución, Economía y Empresa en el Perú*. Lima: Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC), Abril 2010. Páginas 191 a 224; y SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge y LOREDO ROMERO, Álvaro. “Arbitraje de Inversiones: Algunas consecuencias del abandono de la Cláusula Calvo, a propósito de la interpretación del artículo 42(1) de la Convención de Washington”. *Athina* N° 3, Año 2, Lima: Grijley, Setiembre 2007. Páginas 237 a 279.

⁴ ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Principios de Derecho Público Económico*. Granada: Editorial Comares S.L., 2001. Página 227.

El ejercicio de este derecho -consagrado en el artículo 59° de la Constitución⁵ y que tiene su basamento en el derecho a la participación en la económica de la Nación previsto en el inciso 17) del artículo 2° de la Constitución⁶- supone, para efectos del desarrollo de un proyecto de inversión privada en el país, el reconocimiento y respeto por parte del Estado de los siguientes elementos sustanciales que componen el derecho a la libertad de empresa:

- Libertad de creación de empresas y de acceso al mercado.
- Libertad de organización: su forma societaria, su denominación, composición de su estructura societaria y órganos de dirección.
- Libertad de dirección de empresa que implica la libertad de competencia, de inversión, de política comercial, de cesación de actividades y de contratación⁷.

En consecuencia, a través del ejercicio derecho a la libertad de empresa *in comento*, la inversión privada que se radica en el país goza de los beneficios y garantías que la propia Norma Fundamental consagra.

3. *La protección constitucional a los acuerdos contractuales: obligatoriedad, intangibilidad y vinculación de los contratos*

La Constitución señala que los contratos son intangibles y que a través de ellos las partes se vinculan y obligan. Efectivamente, la Carta garantiza la libertad de contratación como un derecho fundamental⁸ en el numeral 14) de su artículo 2°, titularizando a las personas naturales y jurídicas que suscriben contratos ya sea con otros particulares en relaciones privadas o que suscriban contratos con el Estado (dentro de los que se encuentran, entre otros, los convenios de inversión, contratos de concesión, convenios de estabilidad jurídica, contratos de compraventa, a través de los cuales los inversionistas privados puedan canalizar su inversión).

Por su parte, el artículo 62° de la Constitución⁹ hace referencia a la prevalencia de la voluntad de las partes y a la intangibilidad de los contratos. No solo ello, sino que la

⁵ Artículo 59° de la Constitución.- “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. (...)”

⁶ Artículo 2° de la Constitución.- “Toda persona tiene derecho: (...)”

17. A participar, en forma individual o asociada, en la vida política, económica, social y cultural de la Nación. (...)”

⁷ Ver. KRESALJA ROSELLÓ, Baldo. “Libertad de empresa: fundamento del sistema económico constitucionalizado”. *Homenaje a Jorge Avendaño*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2004. Páginas 540 a 550; ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Ob. Cit.* Páginas 220 a 229.

⁸ Artículo 2° de la Constitución.- “Toda persona tiene derecho a: (...)”

14. A contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público.”

En relación a la libertad de contratación, ver Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 1535-2006-PA/TC de fecha 31 de enero de 2008 sobre recurso de agravio constitucional interpuesto por la Empresa de Transportes Turismo Imperial S.A. *Fundamento N° 53*.

⁹ Artículo 62° de la Constitución.- “La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. (...)”

Norma Fundamental inclusive pone el pacto o la voluntad de las partes por encima de la ley (claro, siempre y cuando no se contravengan leyes de orden público). De la lectura conjunta del numeral 14) del artículo 2° y del primer párrafo del artículo 62° de la Constitución, se llega a la conclusión que el valor y el respeto a los contratos celebrados entre particulares o entre particulares y el Estado forman parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la libertad de contratación. Lo antes señalado, en palabras del Tribunal Constitucional¹⁰, se traduce en que: “(...) *el derecho a la libertad de contratación aparece consagrado en los artículos 2.14 y 62 de la Constitución, protegiendo ambas disposiciones la intangibilidad de los contratos, siempre que se hayan celebrado con arreglo a la legislación vigente al momento de su formación*”.

Del mismo modo, el último párrafo del artículo 62° de la Carta¹¹ contiene la atribución de la que goza el Estado para establecer garantías y otorgar seguridades a través de la suscripción de contratos-ley. Estos contratos no pueden ser modificados legislativamente, por lo que blindan jurídicamente el vínculo contractual existente entre un privado y el Estado a efectos de evitar variaciones en su contenido como consecuencia de la promulgación de normas legales posteriores que tuvieran por finalidad pretender la modificación de los términos contractualmente pactados¹².

4. *Solución de controversias contractuales: la Carta habilita la vía arbitral como mecanismo alternativo a la jurisdicción ordinaria*

La segunda parte del artículo 62° de la Constitución consagra la posibilidad de que las personas que suscriben acuerdos contractuales puedan resolver las diferencias que de ellos se deriven a través de mecanismos arbitrales o judiciales¹³. Ello supone que el Estado reconoce la vía arbitral como un mecanismo mediante el cual los privados y el propio Estado pueden resolver sus controversias contractuales. La habilitación de una vía alternativa a la de la jurisdicción ordinaria del Poder Judicial, como lo es la vía arbitral, para que los inversionistas privados puedan ventilar sus disputas con el Estado

En relación a lo consagrado por la Constitución en su artículo 62°, ver Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 06534-2006-PA/TC de fecha 15 de noviembre de 2007, sobre recurso de agravio constitucional interpuesto por doña Santos Eresminda Távara Ceferino. *Fundamento N° 3*.

¹⁰ Ver. Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 00271-2007-PA/TC de fecha 09 de noviembre de 2007, sobre recurso de agravio constitucional interpuesto por doña Iliana Rivera Aguilar. *Fundamento N° 4*.

¹¹ Artículo 62° de la Constitución.- “(...) 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.”

¹² Ver. AMADO, José Daniel y Luis MIRANDA. “La seguridad jurídica en la contratación con el Estado: El contrato-ley”. *Themis*, N° 33, Lima: Revista de Derecho Editada por los Alumnos de Derecho de la PUCP, 1996. Páginas 15 a 21; ZEGARRA VALDIVIA, Diego. *El contrato ley*. Lima: Gaceta Jurídica, 1997. Páginas 213 a 226; PINILLA CISNEROS, Antonio. *Los contratos-ley en la legislación peruana*. Lima: Fondo de Desarrollo Editorial de la Universidad de Lima, 1999. Páginas 95 a 97; SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge. “Constitución, privatización y servicios públicos. El blindaje jurídico que protege a los contratos-ley en el Perú”. *Homenaje a Jorge Avendaño. Tomo I*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2004. Páginas 577 a 626;

¹³ Artículo 62° de la Constitución.- “(...) *Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley. (...)*”

apartados de los fueros estatales, resulta una previsión fundamental dentro del marco de garantías para la promoción y protección de las inversiones privadas, toda vez que genera un grado mayor de confianza a esta inversión el hecho de saber que sus controversias se resolverán de manera más expeditiva, más especializada y sin la injerencia estatal que podría recaer en los fueros judiciales.

En esta misma línea, el último párrafo del artículo 63° de la Norma Fundamental faculta al Estado y a las personas de derecho público a que resuelvan las controversias derivadas de vínculos y relaciones contractuales ante tribunales constituidos en virtud de tratados en vigor. Dicho artículo señala además que las controversias antes referidas pueden someterse a arbitraje ya sea nacional o internacional siguiendo las formas previstas por ley¹⁴. Con estas disposiciones, queda establecida la garantía constitucional de solución de controversias entre privados y el Estado en foros arbitrales.

5. *El tratamiento no discriminatorio a la inversión privada: el sujetamiento de la inversión nacional y extranjera a las mismas condiciones*

El derecho a ser tratado de manera no discriminatoria es concebido unánimemente - tanto por nuestro ordenamiento jurídico como por el derecho internacional¹⁵ - como una regla general de tratamiento en materia de promoción y protección de la inversión privada. La Constitución no es ajena a ello y recoge este precepto en la primera parte de su artículo 63° donde consagra la igualdad de tratamiento entre la inversión nacional y extranjera¹⁶. Este precepto constitucional supone que la inversión nacional y extranjera deben sujetarse a las mismas condiciones y recibir el mismo tratamiento por parte del Estado.

En el marco del ordenamiento constitucional peruano, el sujetamiento a las mismas condiciones de la inversión extranjera y nacional es una norma de tratamiento de carácter absoluto, toda vez que la Constitución establece que no debe existir ningún tipo de discriminación en relación a la inversión extranjera frente a la nacional¹⁷. La doctrina concuerda con lo establecido en dicho instrumento internacional. Así, para Víctor Ávila

¹⁴ Artículo 63° de la Constitución.- “(...) 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.”

¹⁵ Artículo 2° de la Decisión 291 de la CAN.- “Los inversionistas extranjeros tendrán los mismos derechos y obligaciones a los que se sujetan los inversionistas nacionales, salvo lo dispuesto en las legislaciones de cada País Miembro.”

¹⁶ Artículo 63° de la Constitución.- “La inversión nacional y la extranjera se sujetan a las mismas condiciones. (...)”

¹⁷ Según Vega, el ordenamiento constitucional peruano (por opción constitucional) no establece ningún tipo de limitación al tratamiento igualitario que deben recibir los inversionistas nacionales con respecto a los extranjeros. La citada autora¹⁷ refiere que “(...) en el modelo peruano y los convenios que el Perú ha suscrito con terceros países no existen limitaciones ni restricciones al trato nacional.” VEGA, María del Carmen. “Convenios Internacionales de Promoción y Protección de Inversiones”. En: *Invirtiendo en el Perú. Guía Legal de Negocios*. Beatriz Boza (Editora). Lima: Editorial Apoyo, 1994. Página 84.

Cabrera¹⁸: “Coincidente a lo dispuesto por el primer párrafo del artículo 63° de la Constitución, la Decisión 291 de la Comunidad Andina (CAN) establece que en la Subregión los inversionistas nacionales y los inversionistas extranjeros tienen los mismos derechos y obligaciones, salvo lo dispuesto de cada país miembro. Así, para la CAN los Estados miembros tienen la posibilidad de establecer diferentes derechos y obligaciones para los inversionistas para los inversionistas extranjeros. No obstante ello, en Perú la posibilidad no existe por efecto del artículo 63 de la Constitución.”.

Estas previsiones que consagran el sujetamiento de la inversión nacional y extranjera a las mismas condiciones evidentemente favorecen a la inversión privada extranjera que podrá gozar de las mismas condiciones y tratamientos que los reciben los inversionistas nacionales.

6. *El derecho a la propiedad como garantía institucional reconocida por La Constitución*

El derecho a la propiedad es reconocido como derecho fundamental en el numeral 16) del artículo 2° de la Carta¹⁹. El artículo 70° de la Constitución²⁰ consagran el derecho a la propiedad como garantía institucional a través de la cual el Estado reconoce, protege y garantiza el libre ejercicio de este derecho. Esto supone, que los inversionistas privados que adquieren propiedades en el país (ya sea accionaria, de bienes muebles, inmuebles, títulos, o de cualquier otro tipo) no pueden verse afectadas por disposiciones que afecten su derecho a la propiedad.

Sin embargo, la propia Carta establece determinadas limitaciones, restricciones y regulaciones para el ejercicio del derecho a la propiedad. Dichas limitaciones suponen que el derecho a la propiedad debe ejercitarse respetando el bien común, así como las disposiciones fijadas por ley en materia de orden y seguridad pública. El artículo 70° de la Norma Fundamental dispone que nadie pueda ser privado de su propiedad, salvo por causa de seguridad nacional o necesidad pública. Esta restricción al derecho de propiedad, que no sería otra cosa que una expropiación, la Carta establece que la misma debe ser declarada previamente por ley y que, además, debe mediar una valorización del bien y un pago en efectivo por concepto de indemnización por los perjuicios causados al propietario²¹.

¹⁸ ÁVILA CABRERA, Víctor. “Igualdad de trato entre inversión extranjera y nacional. Solución de controversias”. *La Constitución Comentada*. Lima: Gaceta Jurídica, 2005, Tomo I. Páginas 882 a 883.

¹⁹ Artículo 2° de la Constitución.- “*Toda persona tiene derecho: (...)*
16. A la propiedad (...).”

²⁰ Artículo 70° de la Constitución.- “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.”

²¹ A través de la Ley General de Expropiaciones – Ley N° 27117, se fijan las pautas del procedimiento expropiatorio. Dentro de las previsiones más resaltantes de la presente ley se encuentra la posibilidad de cuestionar el monto indemnizatorio que fije el Estado a través de la decisión de un tribunal arbitral.

De otro lado, en relación al ejercicio del derecho a la propiedad por parte de extranjeros, el artículo 71° de la Constitución²² establece un tratamiento igualitario y bajo las mismas condiciones con los nacionales. Jorge Avendaño Valdéz²³, señala que “(...) 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. (...). Por esta razón, no son conformes con la Constitución aquellas normas de menor rango que excluyen a los extranjeros de determinadas actividades económicas o que restringen el porcentaje de su titularidad”.

Al respecto, si debe precisarse que el artículo 71° *in comento* –por cuestiones de seguridad nacional- prevé determinadas restricciones para el ejercicio del derecho a la propiedad por parte de extranjeros. Estas limitaciones se refieren al establecimiento de propiedad dentro de los cincuenta kilómetros de zonas de frontera. Sin embargo, dicha limitación no es absoluta toda vez que el Estado mediante Decreto Supremo y ante una situación de necesidad pública, puede exceptuar a los extranjeros de esta limitación.

B. El régimen legal de promoción y protección de la inversión privada

El régimen legal para la promoción y protección de la inversión privada se rige fundamentalmente²⁴ por el Decreto Legislativo N° 662, que aprueba la Ley que otorga un régimen de estabilidad jurídica a las inversiones extranjeras mediante el reconocimiento de ciertas garantías; el Decreto Legislativo N° 757, que aprueba la Ley Marco para el crecimiento de la Inversión Privada; y la Ley N° 28059, que aprueba la Ley Marco de Promoción de la Inversión Privada Descentralizada. A través de dichas normas marco, el Estado Peruano ha establecido un régimen de promoción y protección de las inversiones privadas, otorgando a garantías específicas, así como la posibilidad de gozar, entre otros, de regímenes de estabilización jurídica.

La normatividad sobre promoción y protección de la inversión privada garantiza el derecho de los inversionistas privados (nacionales o extranjeros) y de las empresas en las que éstos participan a realizar inversiones nuevas en proyectos de inversión o a adquirir acciones, participaciones o derechos de propiedad. Asimismo, dentro de los principales instrumentos a través de los cuales se protege y otorga seguridades a los inversionistas privados, tenemos el de los convenios de estabilidad jurídica o también

²² Artículo 71° de la Constitución.- “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.”

²³ AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. “Igualdad y límites a extranjeros en cuanto a la propiedad”. En: *La Constitución Comentada*. Lima: Gaceta Jurídica, 2005, Tomo I, p. 947.

²⁴ Evidentemente, dichas normas no son las únicas en materia de promoción y protección de la inversión privada, pero si constituyen las principales normas marco dadas sobre esta materia.

conocidos como “contratos-ley” que son suscritos entre los inversionistas privados y el Estado.

1. *Naturaleza de los convenios de estabilidad jurídica o “contratos-ley” que suscribe el Estado con los inversionistas privados*

Se entiende por convenio de estabilidad jurídica o “contrato-ley” aquel acuerdo celebrado entre un Estado y un inversionista privado en condiciones de igualdad, destinado a otorgar seguridades y garantías especiales e intangibles a favor del inversionista, y que somete las diferencias relativas a la interpretación y aplicación del mismo a una instancia arbitral. A decir de Víctor García Toma²⁵, “(...) los contratos ley se caracterizan por ser acuerdos contractuales suscritos entre el Estado y los inversionistas privados –nacionales o extranjeros- otorgándoseles a estos últimos garantías específicas, generalmente de naturaleza político-económica”.

Son así, contratos por los cuales el Estado otorga a un particular garantías o seguridades que no pueden ser modificadas legislativamente. Se trata de fórmulas contractuales por la cual el Estado unilateralmente otorga a un particular determinadas seguridades jurídicas, lo que implica reconocerle un estatuto jurídico particular y anticipado que hace inalterables las reglas jurídicas del momento de celebración del contrato en el transcurso de su ejecución, salvo modificación sustentada en el acuerdo entre las partes. Consecuentemente, aún cuando fueren modificadas dichas reglas en lo general, esto es, por acto del Estado durante la vigencia del contrato, al contratante no le será aplicable tal modificación. Se considera entonces que los convenios de estabilidad jurídica o “contratos-ley” otorgan a lo pactado un blindaje jurídico que hace impenetrable a la vida del contrato las leyes y normas que se dicten posteriormente y que puedan contravenir el contrato.

En ese sentido, la principal consecuencia de este precepto resulta la absoluta imposibilidad de modificación legislativa de los convenios de estabilidad jurídica o “contratos-ley”, así como su consagración en todas las esferas de la economía. En este caso el Estado, en ejercicio del *ius imperium*, se obliga a no modificar los términos contractuales por ley a efectos de brindar seguridad jurídica a los particulares. En efecto, se impide la dación de normas imperativas que modifiquen los términos de los convenios de estabilidad jurídica o “contratos-ley”. Es decir, nos encontramos ante un contrato en el que ninguna de las partes puede modificar unilateralmente los términos pactados.

Gracias a las seguridades y garantías que otorgan dichos contratos, los inversionistas privados logran eliminar la inestabilidad de las políticas económicas y la variabilidad de las normas jurídicas, lo que se conoce como *riesgo político*. La figura de los convenios de estabilidad jurídica o “contratos-ley” se constituye, de acuerdo a nuestra legislación, como un cuerpo legal por medio del cual se otorga un blindaje jurídico a los acuerdos que los inversionistas suscriben con el Estado²⁶. Su finalidad es la de revestir

²⁵ GARCIA TOMA, Víctor. *Análisis Sistemático de la Constitución Política de 1993*. Lima: Fondo de Desarrollo Editorial Universidad de Lima, 1988. Página 129.

²⁶ Ver. Sentencia recaída en el Expediente N° 005-2003-AI/TC de fecha 03 de octubre de 2003 sobre Acción de inconstitucionalidad interpuesta por sesenta y cuatro Congresistas de la República, representados por el Congresista Jonhy Lescano Ancieta, contra los artículos 1°, 2°, 3°, y la Primera y Segunda Disposición Final y Transitoria de la Ley N° 26285 y, acumulativamente, contra el contrato-ley

constitucionalmente de inmodificación los contratos que celebre el Estado con los inversionistas privados, otorgándole a dichos contratos fuerza de ley²⁷.

La celebración de estos contratos, supone la existencia un régimen jurídico tridimensional consistente en:

- La inmodificación de los términos contractuales, salvo acuerdo entre las partes, excluyendo para el Estado la posibilidad de hacerlo mediante normas con rango de ley. Ello que supone admitir que es jurídicamente imposible introducir modificaciones a través de normas de cualquier jerarquía, permitiéndose entonces que tales contratos gocen de un blindaje constitucional que convierte en inoponibles e inaplicables a los “contratos-ley” las normas que las autoridades dicten contradiciendo su contenido con posterioridad a su suscripción;
- La aplicación, en su ejecución, de las normas del Código Civil, según disposición expresa de la ley de la materia, lo que supone que la actividad administrativa en relación con dichos contratos debe responder a los postulados de la contratación privada; y
- El sometimiento de las controversias que de ellos se derivan al arbitraje, excluyéndose así que los conflictos jurídicos sean resueltos en la jurisdicción común, es decir ante el Poder Judicial²⁸.

2. *La intangibilidad de los convenios de estabilidad o “contratos-ley”*

Uno de los riesgos que corre un inversionista privado que contrata con el Estado y somete dicho contrato al régimen del derecho interno de dicho Estado, es el del cambio unilateral del marco normativo. El Estado podría efectivamente intentar alterar los términos del contrato mediante la modificación de su legislación interna. La forma de que el inversionista privado pueda evitar este tipo de riesgos es a través de la celebración de convenios de estabilidad jurídica o “contratos-ley”.

Mediante este tipo de acuerdos contractuales se pretende que el Estado contratante no varíe su ordenamiento normativo interno en contra de los intereses del inversionista privado, y si lo modificase, que los efectos de esta nueva regulación no se apliquen al convenio de estabilidad jurídica preexistente, que debe continuar siendo regido por las normas vigentes en el momento de su firma y por las cláusulas ahí acordadas. En otras

de concesión celebrado entre la Compañía Peruana de Teléfonos, hoy Telefónica del Perú S.A.A., y el Estado peruano. *Fundamento 16.*

²⁷ Artículo 39° del Decreto Legislativo N° 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 manera que no pueden ser modificados o dejados sin efecto unilateralmente por el Estado. Tales contratos tienen carácter civil y no administrativo, y sólo podrán modificarse o dejarse sin efecto por acuerdo entre las partes.”

²⁸ Artículo 48° del Decreto Legislativo N° 757.- “*En sus relaciones con particulares el Estado, sus dependencias, el Gobierno Central, los Gobiernos Regionales y Municipales y otras personas de derecho público, así como las empresas comprendidas en la actividad empresarial del Estado, podrán someter a arbitraje nacional o internacional, de acuerdo a la legislación nacional e internacional, de los cuales el Perú es parte, toda controversia referida a sus bienes y obligaciones, siempre que deriven de una relación jurídica patrimonial de derecho privado o de naturaleza contractual.*”

palabras, las modificaciones legislativas que puedan darse no penetrarán la vida del convenio de estabilidad jurídica o “contrato-ley”.

Líneas arriba ya hemos señalado que el carácter intangible de los convenios de estabilidad jurídica o “contratos-ley” ha sido expresamente consagrado en el segundo párrafo del artículo 62° de la Constitución. Esta disposición tiene como antecedente inmediato el artículo 1357° del Código Civil²⁹ que sirvió de base a su posterior consagración constitucional. No obstante, es a partir de la Constitución que se consagra la posibilidad de establecer esta figura en todas las actividades económicas en que se pueda desenvolver la actividad privada³⁰. Es decir, que la Constitución establece un marco de protección del inversionista dentro de un contexto en el que el Estado comienza a cumplir un rol subsidiario, mediante un proceso complejo de privatización y desregulación normativa. En otras palabras, el Estado no puede variar los acuerdos contractuales de manera unilateral³¹, toda vez que ha asumido válidamente determinados compromisos contractuales que está obligado a respetar³².

II. Promoción y protección de la inversión privada en el marco del derecho internacional

El marco internacional para la promoción y protección de la inversión privada está regulado por el Derecho Internacional de las Inversiones. Este derecho es una rama del Derecho Internacional Económico que se encarga de regular el flujo internacional de las inversiones a través del establecimiento de normas destinadas a promover y proteger dichas inversiones. Estas reglas se encuentran fundamentalmente contenidas en cuatro fuentes:

- La normatividad interna de los países receptores de inversión;
- Los acuerdos internacionales de promoción y protección de las inversiones (que pueden ser bilaterales como multilaterales) y que son interpretados conforme al derecho consuetudinario internacional.
- La dogmática especializada.
- Otros instrumentos internacionales sobre la materia.

²⁹ Artículo 1357° del Código Civil.- “Por ley, sustentada en razones de interés social, nacional o público, pueden establecerse garantías y seguridades otorgadas por el Estado mediante contrato”.

³⁰ KRESALJA ROSELLÓ, Baldo. “El rol del Estado y la gestión de los servicios públicos”. *Themis*, N° 39. Página 27.

³¹ En opinión de Enrique Bernales Ballesteros, “(...) los contratos-ley no pueden ser modificados legislativamente porque en ellos el Estado ha comprometido su voluntad de mantener un tratamiento fijo por el plazo establecido”. BERNALES BALLESTEROS, Enrique. *La Constitución de 1993. Análisis comparado*. Lima: ICS Editores, 1996. Página 318.

³² Manuel De La Puente y Lavallo afirma que “(...) si la personalidad jurídica del Estado es una sola, respecto de lo cual hay unanimidad en la doctrina moderna, no es posible que actúe de una manera como contratante y de otra distinta como autoridad, desde que no puede partirse en dos ni quitar con una mano lo que legítimamente ha dado con la otra. Es el sometimiento voluntario del Estado a la relación contractual [...] la que determina que haya renunciado implícitamente a ocupar su rol de autoridad, y por consiguiente a ejercitar irrestrictamente su *ius imperium*, en lo que es materia del contrato. No olvidemos que todo contratante, aún el Estado, por el hecho de celebrar el contrato pierde su libertad de desobligarse unilateral e injustificadamente de la relación jurídica”. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El Contrato en General*. Parte I, Tomo I. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1991. Página 370.

A. Los instrumentos internacionales que fomentan la inversión privada

El crecimiento del flujo de inversión privada en el Perú y, en general, en toda la región de América Latina, sin lugar a dudas, se viene logrando gracias a la proliferación a nivel mundial de los Acuerdos de Promoción Comercial (APC's), también conocidos como Tratados de Libre Comercio (TLC's), así como de los Acuerdos de Promoción y Protección de las Inversiones (APPI's)³³ que sin duda se han constituido en garantía suficiente para que los inversionistas privados inviertan en países distintos a los de su nacionalidad o domicilio³⁴.

Los APC's o TLC's³⁵ y los APPI's son instrumentos de carácter internacional que permiten a los países atraer a la inversión privada extranjera. A través de dichas inversiones –en su mayoría provenientes de países exportadores de capital³⁶– se permite, entre otros, el impulso de nuevas tecnologías, la construcción de obras de infraestructura, el mejoramiento o implementación de servicios públicos eficientes, así como otros proyectos de inversión destinados al desarrollo de los países receptores de inversión extranjera.

Sin embargo, la función de los APPI's no es únicamente la de atraer la inversión privada extranjera, sino que –partiendo de la concepción amplia de la noción de la protección a las inversiones extranjeras que encierran los mismos– la funcionalidad de dichos acuerdos va mucho más allá. La protección que otorgan los APPI's alcanza no solamente a las garantías y seguridades que los Estados le ofrecen a la inversión privada extranjera que recién se establece, sino que también en muchos casos se extiende al otorgamiento de garantías y seguridades a la inversión extranjera ya afincada y establecida en el Estado receptor antes de la suscripción del APPI³⁷.

³³ Como parte de estas políticas de promoción y atracción de inversiones, durante los últimos quince años los países latinoamericanos han concluido cerca de 400 APPI's con la finalidad de generar un clima amigable a las inversiones.

³⁴ BLACKABY, Nigel. "El arbitraje según los tratados bilaterales de inversión y tratados de libre comercio en América Latina". *Revista Internacional de Arbitraje*. N° 1, Junio – Diciembre 2004, Bogotá: Legis. Página 24. Agrega además que "(...) estos instrumentos tienen como propósito promover un ambiente favorable para las inversiones, ya que el inversionista extranjero tendrá que tener en cuenta la existencia de este tipo de tratados al valorar los riesgos políticos y jurídicos de los posibles negocios que pretenda realizar en la región.". Páginas 17 a 18.

³⁵ Los TLC's o APC's que vienen siendo suscritos últimamente, como es el caso del celebrado entre los Estados Unidos de Norteamérica y la República del Perú, incorporan dentro de su cuerpo un capítulo específico en materia de inversiones, que constituyen –en la práctica– verdaderos APPI's.

³⁶ Decimos "en su mayoría" porque en la práctica los APPI's no solo se suscriben entre países desarrollados o exportadores de capital y los países en desarrollo, sino que también hay muchos APPI's suscritos entre países desarrollados (los cuales también son conocidos como "Acuerdos Norte-Norte") y otros suscritos entre países en desarrollo (o también conocidos como "Acuerdos Sur-Sur").

³⁷ A modo de ejemplo, traemos a colación lo dispuesto en el numeral 1) del artículo 1° del Convenio suscrito entre la República del Perú y el Gobierno de la República Italiana sobre Promoción y Protección de Inversiones en el que se señala: "1. El término "inversiones" significará cualquier tipo de propiedad invertida, antes o después de la entrada en vigencia de este convenio, por una persona natural o jurídica de una Parte Contratante en el territorio de la otra Parte Contratante, de conformidad con las leyes y reglamentaciones de esa parte, independientemente de la forma legal escogida, así como del marco legal. (...)" (énfasis añadido).

En esta línea de pensamiento, resulta claro entonces que los países que suscriben estos acuerdos internacionales deben preocuparse no solo en asegurar que sus propios inversionistas nacionales reciban un tratamiento acorde con los estándares que consagra el derecho internacional, cuando tales inversionistas invierten en Estados con los que aquél país haya suscrito un APPI, sino que también deben preocuparse en otorgar dicho tratamiento a los inversionistas extranjeros que son nacionales de aquellos Estados co-contratantes a fin de salvaguardar la inversión extranjera y cumplir con las obligaciones asumidas.

Fijada esta premisa, corresponde indicar que en el marco del Derecho Internacional de las Inversiones, tanto la doctrina especializada como las decisiones de los tribunales arbitrales internacionales que se han pronunciado sobre la materia (cuyas decisiones no constituyen precedentes vinculantes u obligatorios, pero que en definitiva incorporan una clara vocación de costumbre propia del derecho internacional consuetudinario) han venido estableciendo patrones generales de tratamiento o, en otras palabras, determinadas pautas que los Estados receptores de inversión extranjera se deben comprometer a respetar. En la actualidad, estas pautas han evolucionado hasta verse convertidas en verdaderos estándares de conducta que deben asumir los Estados cuando se trata de velar por el cumplimiento de los compromisos de seguridades y garantías ofrecidos a dicha inversión. En palabras de Rubén Eduardo Tempone³⁸, “*Los tratados contienen un conjunto de normas jurídicas destinadas a ser cumplidas por los Estados y cuyos beneficiarios directos son los inversores de un u otro Estado Parte. En ese sentido existe una especie de reciprocidad negativa en las relaciones interestatales, en tanto genera obligaciones para los Estados y derechos para los inversores extranjeros (...).*”

Dentro de las garantías que normalmente otorgan los APPI's, tenemos que los Estados contratantes se obligan fundamentalmente a cumplir estrictamente con los principios y estándares consagrados por el derecho internacional consuetudinario para la promoción y protección de las inversiones. Ello supone, que dichos Estados deberán adecuar su comportamiento frente al inversionista extranjero dentro del marco del tratamiento no menos favorable que el acordado para los inversores locales (también conocido como el estándar del *trato nacional*); así como el tratamiento acordado a los inversores de la *nación más favorecida*, es decir, que el Estado receptor no podrá otorgar a terceros de otra nacionalidad condiciones más favorables. A ello se suman los estándares de: *protección y seguridades plenas; trato justo y equitativo; y la justa, efectiva y pronta compensación en caso de expropiación.*

Adicionalmente a los estándares internacionales referidos en el párrafo anterior, los países que forman parte del Convenio de Washington³⁹ suscriben APPI's con cláusulas en las que se prevé la opción de un inversionista privado que se vea afectado, de llevar al Estado en cuestión a que resuelva toda posible controversia o conflicto que pueda surgir entre las partes mediante arbitraje llevado a cabo ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI).

³⁸ TEMPONE, Rubén Eduardo. *Protección de Inversiones Extranjeras*. Buenos Aires - Madrid: Ciudad Argentina, 2003. Página 50.

³⁹ Nos referimos al Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados de 1965. También conocido como Convenio del CIADI.

Este sometimiento a la jurisdicción del CIADI implica que los inversionistas extranjeros podrán reclamar sus pretensiones ante el Estado receptor directamente, vía un arbitraje, sin tener que acudir a la protección diplomática de sus respectivos Estados para que, a través de ellos, el Estado infractor atienda lo que el inversionista le reclama. Esta garantía -que el Estado receptor de la inversión renuncie a su inmunidad de jurisdicción y se someta a un proceso arbitral ante una institución independiente y especializada como el CIADI llevado por el inversionista extranjero- contiene un beneficio adicional, la posibilidad de que el laudo que obtenga sea automáticamente reconocido por el Estado receptor. Así lo prevé el artículo 54(1) del Convenio CIADI⁴⁰.

B. Los estándares de tratamiento consagrados por el derecho internacional consuetudinario

Como hemos señalado, la costumbre que rige al derecho internacional ha venido moldeando y fijando los parámetros dentro de los cuales los Estados receptores de inversión deben actuar a fin de respetar los compromisos asumidos frente a la inversión privada extranjera. En consecuencia, es a través de la costumbre internacional (el derecho internacional consuetudinario) que se vienen delimitando los estándares de tratamiento que los Estados deben otorgar a la inversión extranjera. Dichos estándares han sido desarrollados a través de la doctrina, pero fundamentalmente mediante decisiones de tribunales arbitrales que se han encargado de interpretar los distintos acuerdos internacionales que han suscrito los Estados (dentro de los cuales se encuentran no solo los APPI's suscritos entre los Estados, sino también convenios suscritos entre los Estados y los inversionistas extranjeros).

1. *El estándar del trato nacional*

El estándar del *trato nacional* supone que el Estado receptor de la inversión debe conceder a los inversionistas nacionales del otro Estado contratante, un trato no menos favorable que aquél otorgado sus nacionales. A través de este compromiso, los Estados receptores de la inversión se obligan a no imponer medidas discriminatorias o tratar a los inversionistas extranjeros de una manera menos favorable que a los nacionales sin que medie justificación alguna para dicho tratamiento diferenciado⁴¹.

Existe un sector de la doctrina⁴² que sostiene que el estándar del *trato nacional* es un "estándar relativo", toda vez que -según afirman- dicha regla no es absoluta debido a que el Estado receptor podría:

⁴⁰ Artículo 54° del Convenio CIADI.- "(1) Todo Estado Contratante reconocerá al laudo dictado conforme a este Convenio carácter obligatorio y hará ejecutar dentro de sus territorios las obligaciones pecuniarias impuestas por el laudo como si se tratara de una sentencia firme dictada por un tribunal existente en dicho Estado. (...)."

⁴¹ Ver. DOLZER, Rudolph y SCHREUER, Christoph. *Principles of International Investment Law*. Nueva York: Oxford University Press, 2008. Página. 178-186.

⁴² TAWIL, Guido S. "Los Tratados de Protección y Promoción Recíproca de Inversiones, la Responsabilidad del Estado y el Arbitraje Internacional". *Servicios Públicos. Varios Autores*. Mendoza: Instituto de Estudios de Derecho Administrativo, 2001. Página 347.; e YZMAZ VIDELA, Esteban M. *Protección de Inversiones Extranjeras. Tratados Bilaterales. Sus efectos en las contrataciones administrativas*. Buenos Aires: Fondo Editorial de Derecho y Economía, La Ley, 1999. Página 28.

- (i) otorgar incentivos especiales a inversiones nacionales o limitar el tratamiento que brinda a inversionistas extranjeros en función de aspectos como, por ejemplo, la seguridad nacional; o
- (ii) asegurar un tratamiento privilegiado para los inversionistas del país de origen que suscribió el acuerdo de promoción y protección de inversiones debido a que se habla de un trato “no menos favorable” que el otorgado a los nacionales.

Sin embargo, debemos precisar que en el Perú, como lo hemos señalado líneas arriba, el estándar del *trato nacional* debe ser considerado como un “estándar absoluto”, debido a que, por disposición constitucional, la inversión nacional y extranjera se sujetan a las mismas condiciones.

2. *El estándar de la nación más favorecida*

El estándar de la *nación más favorecida* incorporado en los APPI's⁴³ es plenamente reconocido por el derecho internacional. Dicho estándar supone que el Estado receptor de la inversión debe otorgar al inversionista extranjero nacional del otro Estado parte, un trato no menos favorable que aquél otorgado a los inversionistas extranjeros nacionales de un tercer Estado. Al respecto, la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD)⁴⁴ ha definido este estándar de la siguiente manera: “*Se entiende por trato de la nación más favorecida el trato que no es menos favorable que el concedido a otros inversionistas extranjeros que se dedican a la misma clase de operaciones. Con la norma NMF se consigue que las condiciones más favorables de inversión concedidas a los inversionistas de un país de origen se hagan extensivas automáticamente a los inversionistas de otro país de origen.*”.

Lo anterior supone, que a través del estándar de la *nación más favorecida* los Estados receptores se obligan a no discriminar a los inversionistas extranjeros por cuestión de su procedencia, debido otorgar un mismo tratamiento para todos los inversionistas extranjeros que se afinquen en dicho Estado, siempre y cuando existan APPI's suscritos que soporten este derecho de los inversionistas.

3. *El estándar del trato justo y equitativo*

El estándar del *trato justo y equitativo* implica que el estado receptor de la inversión debe otorgar al inversionista extranjero un nivel mínimo de trato de acuerdo a los

⁴³ Nuevamente a modo de referencia, observamos que el numeral 2 del artículo IV del APPI suscrito entre la República Argentina y el Reino de España prevé que, “*En todas las materias regidas por el presente Acuerdo, este tratamiento no será menos favorable que el otorgado por cada Parte a las inversiones realizadas en su territorio por inversores de un tercer país.*”. Asimismo, el numeral (1) del artículo 3° del APPI suscrito entre la República del Perú y la República de Corea establece que “*(1) Las inversiones de una Parte Contratante en el territorio de la otra Parte Contratante, así como los ingresos obtenidos por las mismas, recibirán un tratamiento justo y equitativo y que no sea menos favorable que aquél que sea acordado con respecto a las inversiones e ingresos de los inversionistas de esta última Parte Contratante o de cualquier tercer Estado.*”

⁴⁴ Ver. “Admisión y Establecimiento, Publicaciones de la UNCTAD sobre temas relacionados con los acuerdos internacionales en materia de inversión UNCTAD/ITE/IIT/10 (Vol. II)”. Dicha publicación puede ser descargada desde: www.unctad.org

estándares que establece el derecho consuetudinario internacional. Según Rubén Eduardo Tempone⁴⁵, su contenido “(...) *depende de un juicio de valor que se emite en el caso concreto, por las propias partes en consulta o por un tercero encargado de dirimir un conflicto.*” Este estándar es, en consecuencia, la plasmación en un determinado caso de una serie de normas básicas universales en el tratamiento que un Estado está obligado a brindarle a todo inversionista extranjero que se encuentre protegido por un APPI suscrito por dicho Estado con el Estado del cual es nacional el inversionista.

El estándar del *trato justo y equitativo* ha sido ampliamente desarrollado por números tribunales CIADI. Así, a modo de referencia, nos permitimos el laudo de caso iniciado por *Waste Management* contra México⁴⁶ que creemos grafica de manera clara el contenido de este estándar: “(...) *el nivel mínimo de trato justo y equitativo es quebrantado por una conducta atribuible al Estado y es perjudicial para la demandante si dicha conducta es arbitraria, notoriamente injusta, antijurídica o idiosincrática, y discriminatoria si la demandante es objeto de prejuicios raciales o regionales o si involucra ausencia de debido proceso que lleva a un resultado que ofende la discrecionalidad judicial, como podría ocurrir con un fracaso manifiesto de la justicia natural en los procedimientos judiciales o una falta total de transparencia e imparcialidad en un proceso administrativo. Al aplicar este criterio es pertinente que el trato sea contrario y violatorio de las declaraciones hechas por el Estado receptor sobre las que la demandante se basó en forma razonable (...).*”

De acuerdo al estándar del *trato justo y equitativo*, el Estado receptor de la inversión debe cumplir con una serie de condiciones que rijan su proceder, es decir, debe actuar de manera justa, razonable, imparcial, previsible, transparente y de manera no errónea.

4. *El estándar de protección y seguridades plenas*

Los APPI's contienen no solo la obligación del Estado receptor de la inversión a proveer *trato justo y equitativo* a la inversión extranjera protegida, sino que el Estado receptor también se obliga a otorgar *protección y seguridades plenas* como un estándar que recoge el derecho internacional consuetudinario para asegurar el normal desenvolvimiento de las actividades económicas que realiza el inversionista. El estándar de *protección y seguridades plenas*, va de la mano con el *trato justo y equitativo* y supone que el Estado firmante asume la obligación de ofrecer al inversionista extranjero la protección física necesaria, de carácter policial y administrativo, para que la inversión realizada se desarrolle normalmente en el país receptor. En consecuencia, es un estándar internacional que impone una obligación de hacer por parte del Estado.

Muthucumaraswamy Sornarajah nos señala que, de acuerdo a lo dispuesto por los estándares internacionales que protegen la inversión extranjera, aquellos Estados que reconocen el estándar de *protección y seguridades plenas*, se comprometen a:

⁴⁵ TEMPONE, Rubén Eduardo. *Ob. Cit.* Página 55.

⁴⁶ *Waste Management, Inc. contra Estados Unidos Mexicanos* (Caso CIADI N° ARB(AF)/3). Laudo de fecha 30 de abril de 2004. *Fundamento N° 98.*

- (i) a no utilizar sus fuerzas públicas contra la propiedad de la inversión extranjera protegida; y
- (ii) a otorgar protección contra la violencia que pudiera generarse contra dicha propiedad, siempre y cuando dichos actos de violencia hayan podido anticiparse⁴⁷.

En el caso CIADI Wena Hotels contra la República Árabe de Egipto, el Tribunal Arbitral a cargo de dirimir la controversia determinó que el Estado receptor (Egipto) no había otorgado al inversionista la *protección y seguridades plenas* que reconoce el derecho internacional consuetudinario y que el propio Estado receptor se comprometió a otorgar al amparo del APPI suscrito entre dicho país y el Reino Unido (país de origen del inversionista)⁴⁸.

5. *Interdicción de la expropiación sin compensación*

Otros de los estándares reconocidos por el derecho internacional consuetudinario es el de la interdicción de la expropiación sin compensación. Como hemos visto, los inversionistas gozan del derecho a la propiedad. Sin embargo, ello no impide que el Estado quede privado del uso de sus potestades y atribuciones regulatorias. Dichas atribuciones deben ser ejercitadas únicamente por razones de utilidad o interés público y los demás requisitos que impone la Constitución.

En otras palabras, cuando el Estado expropia debe hacerlo sobre la base de la seguridad nacional o necesidad pública, siguiendo un debido procedimiento y compensando al privado por los posibles daños que se le causen⁴⁹. La figura de la compensación por parte del Estado cuando expropia, es una manera de no perjudicar las expectativas del inversionista extranjero. Esta previsión no rige únicamente para aquellos casos en los que el Estado expropia de manera directa, es decir, aquellos casos en los que hay una desposesión física de los bienes del privado, sino que también lo debe hacer cuando se determina que a través de imposiciones y regulaciones el Estado expropia de manera indirecta⁵⁰.

⁴⁷ SORNARAJAH, Muthucumaraswamy. *The International Law on Foreign Investment*. Cambridge: University Press, 2004. Página 237.

⁴⁸ El Tribunal Arbitral concluyó que de las pruebas aportadas por las partes habían suficientes pruebas que Egipto estaba al tanto de las intenciones de la EHC (“Egyptian Hotels Company”, empresa pública adscrita al Ministerio de Turismo de Egipto) de tomar los hoteles de Wena y no realizó acción alguna para prevenir dicha toma. Una vez producida la toma por parte de la EHC, la policía y el Ministerio de Turismo no tomaron ninguna acción inmediata para restablecer el control de los hoteles a favor de Wena. Ver. Laudo CIADI Wena Hotels contra la República Árabe de Egipto de fecha 8 de diciembre de 2000. *Fundamentos* 82-85.

⁴⁹ Durante la década de los años sesenta y setenta se forjó la denominada “Fórmula Hull” que estableció que las compensaciones deben hacer de manera pronta, justa y efectiva.

⁵⁰ En el caso de la figura de la expropiación indirecta, la misma no supone que el Estado retira de la esfera jurídica del privado determinado bien, por el contrario, el bien permanece en poder del privado. Lo que ocurre es que debido a la acción regulatoria del Estado, el derecho de propiedad del inversionista sobre dicho bien puede haber sido vaciado de contenido. Para mayor amplitud sobre este concepto, ver PASQUEL, Enrique. “Tomando la propiedad en serio: Las expropiaciones regulatorias o indirectas”. *Ius et veritas*, N° 31, Lima, 2006. Páginas 114 a 126.

C. Solución de controversias relativas a la inversión

Dentro de las seguridades y garantías que brinda el Estado a los inversionistas privados tenemos la posibilidad de someter a arbitraje nacional o internacional las controversias que se deriven de la ejecución de los contratos nacionales que suscriben los inversionistas privados con el Estado y/o de los APPI's. A ello se añaden las pautas o normas de tratamiento que el Estado se obliga a adoptar frente a la inversión privada que pueden estar previstas en la legislación aplicable a los contratos nacionales, en dichos contratos mismos o en convenios internacionales en materia de inversión, como los mencionados APPI's.

Las controversias sobre inversiones que se sujetan a la protección de los APPI's u otros acuerdos similares o las controversias derivadas de los convenios de estabilidad jurídica u otro título habilitante mediante el cual el Estado haya aceptado someterse a la vía arbitral también podrán ser sometidas a tribunales arbitrales nacionales o internacionales de acuerdo al derecho interno vigente, así como a las normas del derecho internacional y a los tratados de los cuales el Perú es parte, dentro de los cuales se reconoce el sometimiento a la jurisdicción del CIADI⁵¹.

III. Conclusiones

Primera.- En el Perú la inversión privada, tanto nacional como extranjera, goza de un marco jurídico de promoción y protección sólido debido a que la regulación de garantías y seguridades se encuentra contenida no solo a nivel de normas legales, sino que además ha sido elevado a rango constitucional lo que ha permitido el fortalecimiento de dicho campo.

Segunda.- La Constitución Política del Perú de 1993 consagra en su capítulo económico, el régimen bajo el cual se rige el marco de promoción y protección de la inversión privada. Dicho régimen se desarrolla dentro de una economía social de mercado y establece que el Estado cumple un rol subsidiario y promotor, consagrando la libre iniciativa privada, la libertad de empresa, libertad de contratación, el respeto al derecho de propiedad de los extranjeros, el sujetamiento de la inversión nacional y extranjera a las mismas condiciones, el otorgamiento de garantías y seguridades por parte del Estado a los inversionistas privados a través de "contratos-ley" y la posibilidad de someter las controversias que surjan de los contratos y tratados que suscriba el Estado a arbitraje nacional o internacional.

Tercera.- El régimen legal de promoción y protección de la inversión privada recoge como principal instrumento la figura de los convenios de estabilidad jurídica o también conocidos como "contratos-ley". Estos convenios no pueden ser modificados, ni

⁵¹ Artículo 25(1) de la Convención de Washington.- *"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. (...)."*

alterados directa o indirectamente, por las variaciones legislativas que eventualmente efectúe el Estado. Lo anterior no supone que el Estado pierde sus atribuciones regulatorias, todo lo contrario. Lo que estos convenios otorgan es un blindaje jurídico al contrato que implica que las variaciones legislativas que efectúe el Estado no penetran a la vida del contrato y a las condiciones pactadas con el inversionista privado que puede establecer regímenes estabilizados a fin de llevar a cabo su inversión de manera previsible.

Cuarta.- En el marco del orden internacional los Acuerdos de Promoción y Protección de las Inversiones (APPI's) y los capítulos de inversión contenidos en los Acuerdos de Promoción de Comercio (APC's) o Tratados de libre Comercio (TLC's), constituyen instrumentos suscritos por los Estados que promueven y protegen la inversión extranjera a través de normas y estándares de tratamiento (*trato nacional, nación más favorecida, protección y seguridades plenas, trato justo y equitativo e interdicción de la expropiación sin compensación*) que los Estados Contratantes asumen y se comprometen a respetar frente a los inversionistas extranjeros nacionales del otro Estado Contratante. Los APPIs no solamente contienen dichos estándares de tratamiento, sino que además prevén mecanismos arbitrales para resolver las controversias que puedan surgir entre el Estado Contratante y el inversionista extranjero cuya inversión protege el APPI. Normalmente, esta vía de solución de disputas conduce a las partes a la jurisdicción del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI).