

La garantía patrimonial del administrado en el ordenamiento peruano y la necesidad de un régimen eficaz de responsabilidad del Estado en el marco de un derecho público globalizado¹

Lucio Andrés Sánchez Povis ^{2 3}

SUMARIO

1. Introducción; 2. Brevemente, el desarrollo de los conceptos de “inversión” y “expropiación” en el Derecho internacional de inversiones; 3. Algunas particularidades de los conceptos de inversión y expropiación indirecta en el arbitraje internacional; 4. El ordenamiento jurídico-administrativo peruano. Los regímenes de expropiación y responsabilidad patrimonial de la Administración pública resultan insuficientes o carecen de aplicación; 5. Una propuesta desde el Derecho público económico: el (re)enfoque de la Teoría de Responsabilidad Patrimonial del Estado en el Perú. En especial, la reforma necesaria del régimen de expropiación y responsabilidad patrimonial de la Administración; 6. A modo de conclusión: la (postergada) tarea de estudiar y efectivizar la responsabilidad del Estado-Juez desde el Derecho público peruano y la conveniencia de tener un “Estado responsable”.

PALABRAS CLAVE

Garantía patrimonial, expropiación, responsabilidad patrimonial de la Administración, responsabilidad patrimonial del Estado, Derecho internacional de inversiones, expropiación indirecta.

KEYWORDS

Property guarantee, expropriation, liability of the Administration, State liability, international investment law, indirect expropriation.

RESUMEN

El autor estudia los regímenes de protección patrimonial que ofrece tradicionalmente el Derecho administrativo, a partir de los institutos de la expropiación forzosa y la responsabilidad patrimonial de la Administración pública. En este contexto, advierte las falencias de dichos regímenes y propone una adecuación de los mismos a la luz de los avances que ofrece el Derecho internacional de inversiones. Finalmente, el autor advierte que, desde el Derecho pú-

¹ A mis padres.

² Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Adjunto de docencia del curso de Derecho Administrativo Económico en la Facultad de Derecho de la misma casa de estudios. Miembro del área regulatoria de Santiváñez Abogados. Lucio.sanchez@santivanez.com.pe

³ Ex Director de la Comisión de Investigaciones y Publicaciones y Ex miembro de Consejo Directivo del Círculo de Derecho Administrativo (CDA).

blico económico, es necesario abordar un estudio que rescate una efectiva responsabilidad patrimonial del Estado, en la que éste responda por los daños que produce a los particulares no sólo como Administración pública, sino también como Estado-Legislator y Estado-Juez.

ABSTRACT

The author studies the property protection regimes that administrative law traditionally offers by applying the institutes of eminent domain and the liability of public administration. In this context, he notes the shortcomings of such regimes and proposes Peruvian legislation must change in order to overcome its differences with international law. Finally, the author notes that it is necessary to address a study to rescue the State liability regime in Peru by which State be responsible for all damage it produces against private property.

1. Introducción

En una sociedad crecientemente globalizada, pocos pueden negar el especial impacto que cumplen las construcciones doctrinarias y jurisprudenciales que, sobre materias antes consideradas exclusivas del ordenamiento público interno, desarrollan actualmente los tribunales internacionales. Tal vez las que más han merecido atención y estudio han sido aquellas emitidas en el marco de tratados internacionales sobre derechos humanos –precisamente por el rango constitucional del que estos gozan⁴– y respecto de las cuales puede advertirse un impacto singular en el Derecho administrativo⁵.

Sin embargo, en las últimas dos décadas, la suscripción de Tratados de Libre Comercio (FTA) y Acuerdos Bilaterales de Inversión (BIT) por parte del Estado peruano ha despertado la atención sobre el impacto que los estándares de protección de la inversión extranjera –extensamente desarrollados en el Derecho internacional de inversiones⁶– pueden tener sobre el ordenamiento público interno, particularmente, sobre instituciones y regímenes propios del Derecho administrativo. Esta preocupación no ha sido exclusiva de la doctrina⁷, sino también de la jurisprudencia constitucional⁸ y administrativa⁹ peruanas,

⁴ Véase por todos la posición sentada por el Tribunal Constitucional en su sentencia recaída en los Expedientes N° 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC del 25 de abril de 2006.

⁵ Cfr. DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge. *Los tratados internacionales y la jurisprudencia como fuentes del Derecho administrativo en el ordenamiento jurídico-administrativo peruano*. En: ZEGARRA VALDIVIA, Diego y Víctor BACA ONETO (Coord.). *La Ley del procedimiento administrativo general. Diez años después*. Lima: Palestra Editores S.A.C. 2011. pp. 71-90.

⁶ Para un estudio particular de los estándares de protección de la inversión extranjera, resultan de importancia: SORNARAJAH, M. *The International Law on foreign investment*. Cambridge: Cambridge University Press. 2010; REINISCH, August (Editor). *Standards of investment protection*. Oxford University Press. 2008.

⁷ Véanse, en el caso peruano, las posiciones de: PASQUEL, Enrique. *Tomando la propiedad en serio. Las expropiaciones regulatorias o indirectas*. En: *Ius et Veritas*. Lima: Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la PUCP. N° 31. 2005. pp. 120-126; AMADO, José y Bruno AMIEL. *La expropiación indirecta y la protección de las inversiones extranjeras*. En: *Revista Themis*. Lima: Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la PUCP. N° 50. 2005. 59-68; y, VELÁSQUEZ MELÉNDEZ, Raffo. *Tutela contra las expropiaciones indirectas. Nuestra jurisprudencia constitucional e internacional*. En: PRIORI POSADA, Giovanni (Coord.). *Proceso y Constitución. Las garantías del justo proceso. Ponencias del Tercer Seminario Internacional Proceso y Constitución*. Lima: Palestra Editores. 2013.

⁸ Cfr. Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 01735-2008-AA/TC; Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 00834-2010-PA/TC; y, Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 00239-2010-PA/TC.

⁹ Cfr. Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual. Resolución N° 1535-2010/SC1-INDECOPI.

por lo que su discusión ya se encuentra en agenda y sugiere estudios que la aborden y desarrollen.

En este contexto, el presente artículo pretende resumir únicamente las repercusiones del Derecho internacional de inversiones sobre las garantías patrimoniales del administrado en el ordenamiento público interno (expropiación y responsabilidad patrimonial de la Administración pública), partiendo de los desarrollos que ha merecido el estándar de protección contra la expropiación y, en estricto, contra la expropiación indirecta o regulatoria, en las disputas originadas principalmente bajo el ámbito del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (NAFTA)¹⁰ y, en menor número, en algunos laudos del Centro Internacional de Arreglo de Disputas Relativas a Inversiones (CIADI) en controversias suscitadas bajo el ámbito de ciertos BIT's. Evidentemente, lo que aquí se exponga no pretende agotar una discusión que, por su complejidad, está envuelta de posiciones de todo tipo; pero sí busca enfatizar la trascendencia que estos postulados internacionales tienen actualmente en el Derecho administrativo peruano¹¹.

2. Brevemente, el desarrollo de los conceptos de “inversión” y “expropiación” en el derecho internacional de inversiones

II. a. La definición de “inversión” en el Derecho internacional y su relación con el concepto de propiedad desarrollado en el ordenamiento público interno.

Contrariamente a lo habituado en los ordenamientos internos de cada Estado, en el ámbito del Derecho internacional de inversiones no es precisamente el concepto de propiedad el empleado como objeto de protección bajo los BIT's y FTA's, ni es precisamente sobre dicho término sobre el cual se han emitido las decisiones arbitrales internacionales. Más bien, el concepto que han recogido estos tratados ha sido el de “inversión”, y alrededor de éste se han construido los estándares de protección del inversionista, así como las decisiones arbitrales en materia de regulación expropiatoria.

A la fecha, luego de una larga evolución de este concepto –de referirse exclusivamente al despojo de bienes tangibles, a abarcar luego un extenso bagaje de bienes intangibles– y pese a ser un acápite central del Derecho internacional económico, el concepto

¹⁰ El recurso a los casos surgidos bajo este Tratado no es arbitraria, sino que tiene crucial importancia al ser el tratado más influyente en los actuales FTA's celebrados por el Perú. Considérese, además, que el NAFTA es el primer FTA celebrado en el continente.

¹¹ La adecuación y construcción de instituciones de Derecho administrativo a la luz de los desarrollos en el Derecho internacional ha dado lugar, hoy en día, al denominado “Derecho administrativo global”. En la posición del presente estudio, el Derecho administrativo peruano no es ajeno a este “evento” global, tan sólo se requiere prestar atención a lo que dicha “globalización” está trayendo consigo. Sobre la globalización del Derecho administrativo véanse: ROBALINO-ORELLANA, Javier y Jaime RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ (Editores). *Global administrative law. Towards a Lex Administrativa*. London: CMP Publishing Ltd. 2010; REINISCH, August (Editor). *Standards of investment protection*. Oxford University Press. 2008 CASSESE, Sabino. *Global standards for national administrative procedure*. En: *The Emergence of Global Administrative Law*. New York: Institute for International Law and Justice y New York University School of Law. Vol. 68. N° 3-4. 2005. pp. 109-126; GORDILLO, Agustín. *Hacia la unidad del orden jurídico mundial*. En: *El nuevo Derecho administrativo global en América Latina*. Buenos Aires: Ediciones RAP. 2009. pp. 83-134; KINGSBURY, Benedict; Nico KRISCH y Richard STEWART. *El surgimiento del Derecho administrativo global*. En: *El nuevo Derecho administrativo global en América Latina*. Buenos Aires: Ediciones RAP. 2009. pp. 21-81; TAWIL, Guido. *Sobre Don Miguel, la globalización y la pasión por el Derecho administrativo*. En: *Revista de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot. Año 20. 2008. pp. 1029-1053.

de “inversión” permanece indefinido aún. Incluso, vale advertir que la Convención CIADI –un tratado multilateral clave en este campo– no desarrolla ninguna definición de dicho término, tal vez con la finalidad de que sean los mismos estados los que acuerden lo que debe entenderse por “inversión” para efectos de un tratado de inversión en particular¹².

Sin embargo, la mayoría de los tratados no sigue alguna teoría económica o financiera en particular cuando define el concepto de “inversión” y opta más bien por enumerar un conjunto de nociones que deben ser consideradas como tales. Por lo general, esta enumeración se realiza con gran amplitud, maximizándose el ámbito de aplicación de la protección a la inversión extranjera. Dos ejemplos representativos pueden graficar la amplitud con la que se define en algunas ocasiones a la “inversión”. Primero, el modelo BIT alemán de 2008, en el cual se define a la “inversión” del siguiente modo:

“1. El término “inversión” comprende todo tipo de activo que es directa o indirectamente invertido por un inversionista de un país contratante en el territorio de otro país contratante. Las inversiones incluyen en particular:

- (a) propiedad mueble e inmueble, así como cualquier otro derecho real, como hipotecas, prendas y garantías;
- (b) acciones de compañías y otros tipos de intereses en ellas;
- (c) reclamaciones de dinero empleado para crear valor económico, o reclamos de toda pretensión que tenga valor económico;
- (d) derechos de propiedad intelectual, en particular los derechos de autor y derechos relativos, patentes, diseños industriales, marcas comerciales, derechos sobre obtenciones vegetales;
- (e) nombres comerciales, secretos comerciales y de negocios procesos técnicos, know-how, y goodwill;
- (f) concesiones de derecho público, incluyendo concesiones de exploración, extracción o explotación de recursos naturales”.

Y, segundo, más recientemente, el modelo BIT de los Estados Unidos de 2012, que define a la inversión como se cita a continuación:

“Inversión” significa todo activo que un inversionista posee o controla, directa o indirectamente, que tiene las características de una inversión, incluyendo características tales como el compromiso de capitales u otros recursos, la expectativa de obtener ganancias o utilidades, o la asunción de riesgos. Las formas que la inversión puede tomar incluye:

- (a) una empresa;
- (b) acciones, y otros tipos de participación en una empresa;
- (c) bonos, obligaciones, otros instrumentos de deuda y préstamos;
- (d) bienes futuros, opciones y otros derivados;
- (e) contratos “llave en mano”, de construcción, administración, producción, concesión, participación y otros similares;
- (f) derechos de propiedad intelectual;
- (g) licencias, autorizaciones, permisos y derechos similares conferidos bajo el derecho doméstico; y

¹² HEISKANEN, Veijo. *Of capital import: the definition of “investment” in international investment law*. En: HOFFMANN, Anne (Editor). *Protection of foreign investment through Modern Treaty Arbitration*. Suiza: Asociación Suiza de Arbitraje. N° 34. 2010. pp. 51.

(h) cualquier otra propiedad tangible o intangible, mueble o inmueble y tros derechos de propiedad como alquileres, hipotecas, prendas y garantías.

Con todo ello, la evolución del concepto de “inversión” ha demostrado que la práctica común en el Derecho internacional de inversiones ha tenido la finalidad de resguardar tres objetos cruciales: primero, la propiedad física del inversionista extranjero; segundo, extender esta protección a los derechos intangibles considerados como propiedad y que merecen tutela como tales; y, tercero, incluir dentro de la inversión extranjera los derechos obtenidos por medio de títulos administrativos que son necesarios para la operación del proyecto de inversión. Esta definición amplia de “inversión” que recogen los BIT’s y FTA’s ha generado, a su vez, que las garantías de protección a la inversión extranjera se desarrollen y amplíen en función a la evolución de este concepto. Entre estos estándares destaca el referido a la protección contra la expropiación, el cual se desarrolla a continuación.

II. b. El estándar de protección de la inversión extranjera contra la expropiación en el Derecho internacional.

Al unísono del desarrollo del concepto de inversión, el de expropiación, como estándar de protección del inversionista extranjero, ha exigido también una amplia construcción casuística y de especial importancia en la negociación de los tratados y acuerdos de inversión. Este estándar de protección tuvo que adecuarse, primero, al proceso evolutivo del concepto de “inversión” y, luego, a los distintos métodos por los cuales los gobiernos optaron para modificar o interferir en una inversión extranjera –como es el caso, actualmente, del rol regulador del Estado–.

Como resultado, todos los tratados de inversión incluyen a la fecha disposiciones referidas a la expropiación de inversiones, no obstante, el ámbito de cobertura y los supuestos de limitación varían en todos ellos. Como muestra de ello, valga señalar que todos los tratados usan similares términos para referirse a un mismo fenómeno de interferencia o intervención estatal sobre las titularidades del inversionista extranjero: expropiación, nacionalización, desposesión o algunas combinaciones cercanas. Sin embargo, la mayoría de tratados opta por emplear frecuentemente los términos “expropiación” y “nacionalización”¹³ para referirse a un mismo estándar de protección, y coinciden en considerar dentro de su ámbito de aplicación hasta tres tipos de expropiación:

- a) La expropiación directa, en la cual el elemento esencial es el despojo por parte del Estado de la propiedad del inversionista. Es la manifestación “clásica” de la expropiación, según la cual la acción del Estado priva al inversionista de su título legal sobre su propiedad. Reconocer una expropiación directa es relativamente sencillo y es, actualmente, el supuesto menos frecuente.
- b) La expropiación indirecta, en la cual los Estados invocan su poder regulatorio para aprobar medidas que inciden sustancialmente sobre la propiedad del inversionista, pero que, a pesar de ello, no los despoja de la titularidad sobre su inversión. La expropiación indirecta ha sido recogida como objeto de protección en instrumentos internacionales como resultado e influencia de lo que supuso la teoría de la “regulatory

¹³ Así lo considera, por ejemplo, el artículo 1110 del NAFTA, al señalar que “no Partly may directly or indirectly nationalize or expropriate an investment of an investor of another Party in its territory”.

takings” en los Estados Unidos¹⁴. El análisis de un supuesto de expropiación indirecta será principalmente casuístico y enfocado en los efectos producidos por determinada medida estatal, antes que en la medida misma.

- c) Medidas equivalentes a la expropiación. Si bien la mayoría de acuerdos comerciales considera a las medidas equivalentes a expropiación como supuesto distinto de expropiación, la distinción entre este concepto y el de expropiación indirecta no ha sido precisado por los tribunales arbitrales y ningún caso ha ventilado un supuesto en el que una medida equivalente a expropiación no suponga, a su vez, una expropiación indirecta¹⁵. En realidad, y tal como se entenderá en este artículo, ambos conceptos aluden a lo mismo.
- d) Expropiación constructiva o *creeping expropriation*. Puede que una medida regulatoria aislada no califique como expropiatoria, pero que en conjunto con otras, sí tenga dicha calificación. Este supuesto expropiatorio ha sido denominado como *creeping expropriation*¹⁶ en el Derecho internacional de inversiones, es decir, una expropiación constructiva que tiene lugar no en un acto estatal particular, sino en un conjunto de varios de ellos, los cuales tienen lugar durante un periodo de tiempo con el consiguiente efecto expropiatorio, en conjunto, sobre la inversión del particular¹⁷.

En este contexto, el estándar de protección de la inversión extranjera contra las expropiaciones ha evolucionado no sólo a la par que el concepto de “inversión” ha ganado

¹⁴ No es materia del presente artículo desarrollar la evolución de este concepto en el Derecho norteamericano. Para ello, valga la remisión a SAX, Joseph. *Takings, Private Property and Public Rights*. En: *The Yale Law Journal*. Vol. 81. N° 2. 1971. pp. 149-186; y, BRAUNEIS, Robert. *The Foundation of our “regulatory takings” jurisprudence: the myth and meaning of Justice Holme’s Opinion in Pennsylvania Coal Co. v Mahon*. En: *The Yale Law Journal Company, Inc.* Vol. 106. N° 3. 1996. Se considera que el origen de la teoría de la “regulatory takings” se encuentra en el caso resuelto en *Pennsylvania Coal Co. v. Mahon*. 260 U.S. 393, 414 (1922). En el Perú, algunos casos posteriores a éste son mencionados brevemente en VELÁSQUEZ MELÉNDEZ, Raffo. *Tutela contra las expropiaciones indirectas. Nuestra jurisprudencia constitucional e internacional*. En: PRIORI POSADA, Giovanni (Coord.). *Proceso y Constitución. Las garantías del justo proceso. Ponencias del Tercer Seminario Internacional Proceso y Constitución*. Lima: Palestra Editores. 2013.

¹⁵ Cfr. SALACUSE, Jeswald. *The Law of Investment Treaties*. Oxford: Oxford University Press. 2010. pp. 299-300. En el mismo sentido lo señaló el Tribunal Arbitral en el caso *Pope & Talbot*, al señalar que “a measure tantamount to nationalization or expropriation” no significaba nada más que “a measure equivalent to nationalization or expropriation”. Cfr. *Pope & Talbot Inc. v. Government of Canada*. Interim Award on Merits. Phase One. F. 96 y 104. Emitido el 26 de junio de 2000.

¹⁶ Cfr. GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. *Medidas equivalentes a expropiación en arbitrajes de inversión*. En: RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, Sonia y Herfried WOSS (Coord.). *Arbitraje en materia de inversiones*. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México. 2010. pp. 36-40.

¹⁷ Como lo señaló el Tribunal arbitral en el caso *Técnicas Medioambientales TECMED S.A. v. Estados Unidos Mexicanos*. ICSID Caso N° ARB (AF)/00/2. Laudo Final. Emitido el 29 de mayo de 2003. Fj. 114: “(...) No necesariamente una expropiación de esta naturaleza tiene que manifestarse de forma gradual o creciente —en ese sentido el término *creeping* alude a un solo tipo de expropiación indirecta— y puede manifestarse a través de un solo y único acto, o a través de actos muy próximos en el tiempo o simultáneos. Por ese motivo, deben diferenciarse los conceptos de *creeping expropriation* y expropiación de facto, por más que corrientemente se los englobe bajo la noción más amplia de ‘expropiación indirecta’, y que ambas formas de expropiación puedan configurarse a través de una amplia variedad de actos o medidas cuyo examen circunstanciado en cada caso concreto sólo permitirá concluir si alguna de tales formas se encuentra o no presente”. En el mismo sentido, en los laudos emitidos en los casos *Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. v. The Republic of Costa Rica*. ICSID Caso N° ARB/96.1. Final Award. Emitido el 17 de febrero de 2000; *Generation Ukraine Inc. v. Ukraine*. ICSID Caso N° ARB/00/9. Award. Emitido el 16 de septiembre de 2003. Fj. 20.22; y, *Fireman’s Fund Insurance Company v. Estados Unidos Mexicanos*. ICSID Caso N° ARB(AF)/02/01. Laudo. Emitido el 17 de julio de 2006. Fj. 176.

mayor amplitud, sino que también ha introducido por sí mismo nuevos supuestos expropiatorios que no han sido recogidos del mismo modo por el Derecho administrativo peruano. Sobre estas particularidades corresponde detenerse en el punto siguiente.

3. Algunas particularidades de los conceptos de inversión y expropiación indirecta en el arbitraje internacional.

Los conceptos de inversión y expropiación indirecta han sufrido conjuntamente una dinámica evolutiva que ha ampliado sus ámbitos de tutela, moldeándose a las necesidades de protección de los inversionistas extranjeros y a las formas de actuación adoptadas por los Estados para limitar las titularidades de aquellos. En medio de este desarrollo, se ha advertido una serie de particularidades que es preciso tener en consideración, de modo tal que se pueda delimitar en mayor o menor medida las diferencias entre la tutela que se ofrece a la inversión en sede arbitral internacional –a partir del estándar de protección contra expropiaciones– y aquella que se ofrece en el ordenamiento jurídico-administrativo peruano –a partir de los regímenes de expropiación y responsabilidad patrimonial de la Administración pública¹⁸–.

III.a. Los tribunales arbitrales internacionales han considerado que la limitación a un atributo singular de la propiedad puede calificar como expropiatorio.

La protección contra la intervención o limitación sobre la inversión de los extranjeros en el Derecho internacional de inversiones es verdaderamente amplia. Una muestra de ello es lo resuelto en el caso *Pope & Talbot Inc. contra el Gobierno de Canadá*¹⁹. En esta controversia, *Pope & Talbot* era una empresa norteamericana que hasta el año 2000 había tenido control de otra empresa denominada *Harmac Pacific Inc.*, la cual estaba constituida de acuerdo con la legislación de la provincia de British Columbia (Canadá) y que, a partir de dicho año, pasó a ser una subsidiaria de *Pope & Talbot*. *Harmac* tenía como objeto la tala con fines de producción papelera y de otros productos madereros. Esta empresa contaba con otras tres ubicadas en el sur de British Columbia y su principal mercado lo constituía la libre exportación de sus productos a los Estados Unidos, la cual significaba la venta del 90% de su producción. A inicios de 1996, sin embargo, Canadá y los Estados Unidos celebraron un acuerdo bilateral, el *Softwood Lumber Agreement* (SLA), el cual limitó la libre exportación de productos madereros provenientes de, entre otros, la provincia de British Columbia. Conforme a ello, Canadá se obligó a fijar montos máximos de exportación de estos productos, siendo que los montos superiores debían pagar determinados derechos.

Pope & Talbot, entre otros extremos, demandó a Canadá por haberle privado de su poder de alienar o disponer de sus productos en su mercado tradicional y natural²⁰,

¹⁸ No se consideran otros medios o instancias de Derecho público, como es el caso de los procesos constitucionales, entre los que destacan el proceso de amparo y de inconstitucionalidad.

¹⁹ Las decisiones y demás documentos emitidos en el marco de dicho arbitraje se encuentran disponibles en: http://www.naftaclaims.com/disputes_canada_pope.htm. Para una revisión de dicho caso: Cfr. BEEN, Vicki. NAFTA's Investment Protections and the Division of Authority for Land Use and Environmental Controls. En: *Pace Environmental Law Review*. 2002. N° 20. Vol. 1. pp. 30-33.

²⁰ "The investor claims that Canada's Export Control Regime implementing the SLA 'has deprived the Investment of its ordinary ability to alienate its product to its traditional and natural market' ". *Pope & Talbot Inc. v. Government of Canada*. Interim Award on Merits. Phase One. F. 81. Emitido el 26 de junio de 2000.

lo cual suponía una vulneración de lo dispuesto en el artículo 1110 del NAFTA²¹. El Gobierno de Canadá rechazó dicha pretensión, señalando que la propiedad que se alegaba como expropiada no era considerada una inversión toda vez que la facultad de alienar o vender sus productos en el mercado norteamericano no era un derecho de propiedad en sí mismo²².

Al respecto, el Tribunal Arbitral de dicho caso consideró en su argumentación lo siguiente:

*"[...] the Tribunal concludes that the Investment's access to the U.S. market is a property interest subject to protection under Article 1110 and that the scope of that article does cover nondiscriminatory regulation that might be said to fall within an exercise of a state's so-called police powers"*²³. (Subrayado agregado)

²¹ Tratado de Libre Comercio de América del Norte
Quinta Parte: Inversión, Servicios y Asuntos Relacionados
Capítulo XI: Inversión
Sección A - Inversión
Artículo 1110: Expropiación y compensación

1. Ninguna de las Partes podrá nacionalizar ni expropiar, directa o indirectamente, una inversión de un inversionista de otra Parte en su territorio, ni adoptar ninguna medida equivalente a la expropiación o nacionalización de esa inversión (expropiación), salvo que sea:

(a) por causa de utilidad pública;

(b) sobre bases no discriminatorias;

(c) con apego al principio de legalidad y al Artículo 1105(1); y

(d) mediante indemnización conforme a los párrafos 2 a 6.

2. La indemnización será equivalente al valor justo de mercado que tenga la inversión expropiada inmediatamente antes de que la medida expropiatoria se haya llevado a cabo (fecha de expropiación), y no reflejará ningún cambio en el valor debido a que la intención de expropiar se conoció con antelación a la fecha de expropiación. Los criterios de valuación incluirán el valor corriente, el valor del activo (incluyendo el valor fiscal declarado de bienes tangibles), así como otros criterios que resulten apropiados para determinar el valor justo de mercado.

3. El pago de la indemnización se hará sin demora y será completamente liquidable.

4. En caso de que la indemnización sea pagada en la moneda de un país miembro del Grupo de los Siete, la indemnización incluirá intereses a una tasa comercial razonable para la moneda en que dicho pago se realice, a partir de la fecha de la expropiación hasta la fecha de pago.

5. Si una Parte elige pagar en una moneda distinta a la del Grupo de los Siete, la cantidad pagada no será inferior a la equivalente que por indemnización se hubiera pagado en la divisa de alguno de los países miembros del Grupo de los Siete en la fecha de expropiación y esta divisa se hubiese convertido a la cotización de mercado vigente en la fecha de expropiación, más los intereses que hubiese generado a una tasa comercial razonable para dicha divisa hasta la fecha del pago.

6. Una vez pagada, la indemnización podrá transferirse libremente de conformidad con el Artículo 1109.

7. Este artículo no se aplica a la expedición de licencias obligatorias otorgadas en relación a derechos de propiedad intelectual, o a la revocación, limitación o creación de dichos derechos en la medida que dicha expedición, revocación, limitación o creación sea conforme con el Capítulo XVII, "Propiedad intelectual".

8. Para los efectos de este artículo y para mayor certeza, no se considerará que una medida no discriminatoria de aplicación general es una medida equivalente a la expropiación de un valor de deuda o un préstamo cubiertos por este capítulo, sólo porque dicha medida imponga costos a un deudor cuyo resultado sea la falta de pago del adeudo.

²² "(...) the property claimed to have been expropriated is not an 'investment of an Investor of another Party' (...) since the 'ability to alienate its product to [the U.S.] market' is not a property right". Pope & Talbot Inc. v. Government of Canada. Interim Award on Merits. Phase One. F. 87. Emitido el 26 de junio de 2000.

²³ Pope & Talbot Inc. v. Government of Canada. Interim Award on Merits. Phase One. F. 96. Emitido el 26 de junio de 2000. Disponible en: <http://www.naftaclaims.com/Disputes/Canada/Pope/PopelInterimMeritsAward.pdf>. "(...) el Tribunal concluye que el acceso al mercado norteamericano de la Inversión es un interés contenido en el derecho de propiedad sujeto a la protección bajo el Artículo 1110 y que el ámbito de aplicación de dicho artículo incluye la regulación no discriminatoria que pueda decirse cae dentro del ejercicio del tantas veces mencionado poder de policía del Estado". (Traducción propia)

Es decir, el Tribunal dejó sentada la posición de que atributos o facultades singulares de la propiedad como la venta de productos en un mercado específico constitúan en sí mismo una propiedad separada de la totalidad de los negocios del inversionista y, por tanto, estaba sujeta a la protección del artículo 1110 del NAFTA. No evaluó en conjunto si las limitaciones impuestas podían ser soportadas por el inversionista. Una posición, sin duda, que grafica los amplios supuestos de protección que el concepto de “inversión” puede tener al amparo del estándar de protección contra la expropiación²⁴.

Efectivamente, la práctica arbitral puede elaborar un criterio interpretativo distinto de aquello que califica como inversión y como expropiación indirecta en función al caso; sin embargo, lo cierto es que la definición amplia de “inversión” –como la que ofrece el artículo 1139 del NAFTA en particular y muchos BIT’s en general– amplía a su vez los supuestos en los cuales una intervención pública o regulatoria del Estado puede calificar como expropiatoria. Más allá de que esto sea acertado o equivocado, lo concreto es que esta protección existe.

III.b. Los tribunales arbitrales han calificado de expropiatorias las afectaciones sufridas en las expectativas de retorno de inversiones.

En la controversia de S.D. Myers Inc. contra el Gobierno de Canadá²⁵, el señor Stanley Myers constituyó un negocio en Tallmadge, Estados Unidos, en 1965. En aquel entonces, la empresa se dedicaba al mantenimiento y reparación de equipos eléctricos industriales. Con el tiempo el negocio creció y llegó a ser uno de los dos más grandes que daban trabajo en dicha localidad. Más tarde, el señor Myers dejó la propiedad de su negocio a sus cuatro hijos, recibiendo, el mayor de ellos, el 51% de las acciones de la compañía principal.

En 1990, la empresa S.D. Myers incursionó en el mercado canadiense mediante sus negocios de remediación de bifenilos policlorados (PCB)²⁶. Si bien no constituyó formalmente la empresa en Canadá (Myers Canada) como su subsidiaria, el control de las acciones de la misma sí correspondía a los cuatro hermanos Myers que tenían el control de la empresa en los Estados Unidos. S.D. Myers pretendía importar de Canadá a Estados Unidos PCB para procesarlos en su planta de Ohio, y realizó gestiones para obtener de los funcionarios estadounidenses y canadienses los permisos correspondientes. En esa época la legislación canadiense favorecía el tratamiento y eliminación de los PCB en territorio canadiense. No obstante, una reglamentación de dicho país en 1990, la PCB Waste Export Regulation, habilitó las exportaciones a Estados Unidos, siempre y cuando éstas fuesen previamente aprobadas por la United States Environmental Protection Agency (US EPA)²⁷.

²⁴ De hecho, y es necesario precisarlo, esta sobredimensión de los supuestos de expropiación indirecta no obedece a una mera opción arbitral, sino que es consecuencia también de la amplia definición de “inversión” que recoge el artículo 1139 del NAFTA.

²⁵ S.D. Myers v. Government of Canada. Partial Award. Emitido el 13 de noviembre de 2000. Para una revisión de dicho caso: Cfr. BEEN, Vicki. *NAFTA's Investment Protections and the Division of Authority for Land Use and Environmental Controls*. En: Pace Environmental Law Review. 2002. N° 20. Vol. 1. pp. 33-36.

²⁶ Desde 1970, dicha sustancia había llegado a ser considerada como altamente tóxica y con altos daños a la salud de los seres humanos y animales. Por ello, desde entonces, el PCB había sido objeto de estrictos regímenes regulatorios. En febrero de 1973, la Organización para el Desarrollo y la Cooperación Económica (OECD), de la cual Canadá forma parte, adoptó una decisión para limitar el uso de PCB, por lo que desde entonces los Estados Unidos y Canadá, entre otros países, prohibieron la producción de PCB.

²⁷ En el caso canadiense, en 1977 se consideró al PCB como sustancia tóxica bajo la *Environmental Contaminants Act* y se prohibió su uso en nuevos productos manufacturados en Canadá o importados a dicho país. Esta

En los Estados Unidos, la Toxic Controlled Substances Act de 1976 prohibía la importación a dicho país de PCB, excepto en algunos casos muy especiales, tales como importaciones procedentes de bases militares estadounidenses en el exterior. Sin embargo, en octubre de 1995, la US EPA decidió autorizar a S.D. Myers y otras nueve empresas a importar PCB para su procesamiento y eliminación en los Estados Unidos. En 1996, la US EPA emitió un “Reglamento de Importación de Desechos para Eliminación”, que abrió las fronteras estadounidenses a la importación de PCB para su procesamiento y eliminación en dicho país.

En noviembre de 1995, Canadá emitió una Interim Order prohibiendo las exportaciones de PCB. Canadá manifestó que necesitaba tiempo para estudiar la situación legal contradictoria que imperaba en Estados Unidos (una ley que prohibía las importaciones y un reglamento que las habilitaba) y revisar sus compromisos y obligaciones internacionales con respecto al comercio de PCB²⁸.

Una vez realizada la evaluación, Canadá aprobó las exportaciones de PCB a Estados Unidos bajo determinadas condiciones. La nueva reglamentación canadiense entró en vigor el 4 de febrero de 1997, y S.D. Myers pudo exportar a los Estados Unidos siete cargamentos de desechos de PCB canadienses. Sin embargo, el 20 de julio de 1997, un juzgado estadounidense cerró permanentemente la frontera norteamericana para el comercio de PCB, después que la organización ambientalista estadounidense “Sierra Club” impugnara el “Reglamento de Importación de Desechos para Eliminación” como transgresora de la Toxic Controlled Substances Act.

S.D. Myers demandó a Canadá por los daños que se le habían producido durante los meses en que, pese a que Estados Unidos permitía la importación de PCB para su procesamiento y eliminación, este país le había cerrado sus fronteras (aproximadamente 16 meses). Entre otros argumentos, S.D. Myers consideró haber sufrido una expropiación o medida equivalente a expropiación²⁹.

Para resolver la controversia, los árbitros no cuestionaron la razonabilidad de las expectativas de dicha empresa sustentadas en la posibilidad de que Canadá abriera sus fronteras para la libre exportación de PCB. Asimismo, no tomaron en cuenta la evidente ilegalidad del “Reglamento de Importación de Desechos para Eliminación” aprobado en Estados Unidos en 1996, contrario a la *Toxic Controlled Substances Act* de 1976 que pro-

legislación fue luego sustituida por la *Canadian Environmental Protection Act*, vigente desde 1988, y luego complementada por la *PCB Waste Export Regulation* de 1990, norma que prohibió definitivamente la exportación de residuos de PCB de Canadá a cualquier otro país con excepción de los Estados Unidos. Bajo esta regulación, la exportación a dicho país era permitida con una aprobación previa del órgano correspondiente.

²⁸ Canadá es signatario de la Convención de Basilea, un acuerdo multilateral sobre medioambiente que regula el comercio transfronterizo de desechos tóxicos, abogando por el procesamiento de desechos tóxicos tan cerca como sea posible del lugar donde se los genera, y minimizar así el transporte de esos materiales.

²⁹ S.D. Myers reclamó que había sufrido e iba a sufrir pérdidas en las ventas e ingresos desde la fecha de introducción de las medidas normativas, así como estaba asumiendo los costos de la reducción de las operaciones de su empresa en Canadá y los honorarios y gastos por servicios para la defensa de su reclamo. Por su parte, el Gobierno de Canadá consideró que el *Interim Order* no era una medida referida a un inversionista o inversión en dicho país y, aún así lo fuera, dicha medida no suponía incumplimiento de las obligaciones asumidas en el capítulo 11 del NAFTA. Canadá agregó que la medida fue tomada por considerar que PCB introducía un peligro significativo a la salud y al medioambiente cuando es exportado sin las garantías apropiadas de seguridad en su transporte y destrucción. *S.D. Myers Inc. v. Government of Canada*. Partial Award. F. 152. Emitido el 13 de noviembre de 2000.

hibía la importación de PCB y, por tanto, negaba toda expectativa excesiva de parte de las empresas que se dedicaban al tratamiento de dicha sustancia. Finalmente, los árbitros no consideraron que el tratamiento de PCB había sido objeto de regulación mediante la *Basel Convention* de 1989, la cual limitó el movimiento transnacional de PCB y otros residuos, habiendo Canadá formado parte de ella.

Pese a que el sector en el cual ejercía su actividad era altamente regulado y que, comúnmente, se consideraría que los riesgos regulatorios deberían ser asumidos por el inversionista, el tribunal arbitral consideró que las expectativas de S.D. Myers eran razonables y, a pesar de que no tuvo lugar una expropiación, confirmó un criterio amplio de protección de las expectativas de retorno sobre las inversiones –considerando que se habían incumplido los estándares de trato nacional y nivel mínimo de trato–, al sostener que el Gobierno de Canadá pudo adoptar otras medidas acorde al NAFTA.

III.c. Una decisión judicial puede calificar como expropiación indirecta en sede arbitral internacional.

Las decisiones que se están adoptando a nivel del Derecho internacional de inversiones destacan también por la amplitud de actos estatales que podrían considerarse como expropiatorios. Así se tiene que la expropiación indirecta que se ventila en sede internacional puede tener lugar no sólo con ocasión del dictado de medidas legislativas y administrativas, sino también de la aprobación de decisiones judiciales³⁰.

Esto se desprende de algunos casos arbitrales resueltos bajo el ámbito del NAFTA. Uno de ellos es el referido a la controversia entre Robert Azinian, Kenneth Davitian y Ellen Baca v. Estados Unidos Mexicanos, en el cual el demandante cuestionó la decisión del Ayuntamiento de Naucalpan de anular un Contrato de Concesión para el servicio de recolección de residuos comerciales e industriales. En dicho caso, el demandante, antes de acudir al arbitraje, cuestionó tal decisión ante las autoridades judiciales de México, sin obtener un pronunciamiento a su favor.

Llevada la controversia a arbitraje en virtud del NAFTA, el tribunal arbitral señaló lo siguiente:

“[...] El hecho de que los demandantes tomaran la iniciativa ante los tribunales mexicanos no excluye tampoco la jurisdicción de este Tribunal Arbitral.

(...) Una autoridad pública no puede ser inculpada por realizar un acto respaldado por sus tribunales a menos que los propios tribunales sean desautorizados en el plano internacional. Por cuanto los tribunales mexicanos consideraron que la decisión del Ayuntamiento de anular el Contrato de concesión era acorde a la ley mexicana reguladora de las concesiones de servicios públicos, la cuestión es si las decisiones mismas de los tribunales mexicanos infringen las obligaciones de México con arreglo al Capítulo Once.

³⁰ Este supuesto, incluso en Estados Unidos –país que influyó en el desarrollo de la expropiación indirecta a nivel internacional– es arduamente discutida en la doctrina. Para una revisión de lo desarrollado sobre expropiaciones mediante decisiones judiciales, es valiosa la consulta de THOMPSON, Barton H. *Judicial Takings*. En: *Virginia Law Review*. Vol. 76. N° 8. 1990. pp. 1449-1544. El autor realiza un resumen de las posturas a favor y en contra, llegando a la conclusión que nada impide que puedan realizarse expropiaciones mediante decisiones judiciales que incumplan o contradigan las normas de *Property Law*.

(...) un tribunal internacional, a quien se solicite una decisión sobre el cumplimiento de un tratado internacional por parte de un gobierno, no queda paralizado por el hecho de que los tribunales nacionales hayan aprobado los actos en cuestión de las autoridades públicas”³¹. (Subrayado agregado)

De acuerdo con lo señalado por el tribunal arbitral del caso, el hecho de que una controversia hubiere agotado la vía judicial en el país receptor, no impide que dicha decisión judicial califique, en sí misma, como una medida expropiatoria de acuerdo con el artículo 1110 del NAFTA. Sobre ello, el tribunal agregó que:

“[...] Lo que debe demostrarse es que la propia decisión judicial constituye una infracción del tratado. Aún si los demandantes convencieran a este Tribunal Arbitral de que los tribunales mexicanos actuaron incorrectamente con respecto a la nulidad del Contrato de concesión, esto no constituiría per se una infracción del TLCAN. Se necesita más; los demandantes deben acreditar una denegación de justicia o una pretensión de forma para conseguir un fin internacionalmente ilícito. [...] Podría alegarse una denegación de justicia si los tribunales competentes se negaran a conocer del asunto, si éste sufriera una demora indebida o si administraran la justicia de modo seriamente inadecuado [...]

Hay un cuarto tipo de denegación de justicia, el de aplicación incorrecta de la ley en una forma clara y maliciosa. Este tipo de ilícito sin duda se sobrepone a la noción de ‘pretensión de forma’ [...].”³² (Subrayado agregado).

Como puede advertirse, una decisión judicial puede infringir el artículo 1110 del NAFTA y, por tanto, podría calificar como expropiatoria en supuestos de denegación de justicia. Posteriormente, la posición adoptada en el caso Azinian fue recogida por el tribunal arbitral del caso Loewen. En este arbitraje, cuando dicha empresa reclamó que las limitaciones que se le habían impuesto para ejercer su derecho de apelación –el juicio excesivo y la discriminación sufrida de parte del jurado– constituían una expropiación bajo el artículo 1110 del NAFTA, los Estados Unidos objetaron la jurisdicción del tribunal arbitral sobre la base de que una decisión judicial no podía ser calificada como una “medida” (measure) bajo el NAFTA y, por tanto, no podía violar el Capítulo 11 del mismo³³. En aquella ocasión, el tribunal arbitral rechazó la posición norteamericana señalando que las acciones judiciales sí podían constituir medidas de expropiación bajo el Capítulo 11 del NAFTA³⁴.

Definitivamente, la posición de que una decisión judicial pueda calificar como expropiatoria es un tema delicado, aun más si se considera que las medidas que califican como expropiatorias en el Derecho administrativo europeo continental –aunque no sin discusión– son aquellas que obedecen tan solo al ejercicio de funciones legislativas o administrativas del Estado –principalmente en ejercicio y ejecución del poder de policía o regulatorio–, y no jurisdiccionales.

³¹ Robert Azinian, Kenneth Davitian y Ellen Baca v. Estados Unidos Mexicanos. ICSID Caso N° ARB(AF)/97/2. Laudo Arbitral. Emitido el 1 de noviembre de 1999. Fj. 86, 97 y 98.

³² Robert Azinian, Kenneth Davitian y Ellen Baca v. Estados Unidos Mexicanos. ICSID Caso N° ARB(AF)/97/2. Laudo Arbitral. Emitido el 1 de noviembre de 1999. Fj. 99, 102 y 103.

³³ Cfr. *The Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States of America*. ICSID Case N° ARB(AF)/98/3. Decision on hearing of Respondent’s objection to competence and jurisdiction. Fj. 32. Emitido el 9 de enero de 2001.

³⁴ Cfr. *The Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States of America*. ICSID Case N° ARB(AF)/98/3. Decision on hearing of Respondent’s objection to competence and jurisdiction. Fj. 47-60. Emitido el 9 de enero de 2001.

No obstante, la posibilidad de que esta tutela se pueda extender también a decisiones judiciales ya está reconocida, por lo que no deberá pasar desapercibida al analizar el caso peruano.

III.d. Otras particularidades que advertir a partir del caso Metalclad.

En 1990, el gobierno de México autorizó a la empresa mexicana Coterin a operar una estación de trasbordo de desechos peligrosos en el estado mexicano de San Luis Potosí. Coterin quería ampliar las operaciones de su estación y transformarla en un relleno sanitario de desechos peligrosos, pero la municipalidad de Guadalcázar le denegó el permiso municipal de construcción en 1991 y 1992. En 1993, la empresa californiana Metalclad adquirió Coterin y su estación de trasbordo.

Durante 30 años, la actividad principal de Metalclad fue retirar el asbesto e instalar sustitivamente otros materiales aislantes para sus clientes en la industria, el comercio y las agencias públicas de la costa oeste de los Estados Unidos. En México, Metalclad retomó rápidamente los esfuerzos de ampliación de Coterin para transformar la estación de trasbordo en vertedero y planta procesadora de desechos peligrosos. Para ello, Metalclad consiguió en un primer momento los permisos nacionales y estatales requeridos –con el ánimo del gobierno federal que le había indicado que los permisos federales eran suficientes–, pero no logró obtener, luego, el permiso municipal de construcción –el mismo que la empresa mexicana Coterin tampoco había logrado conseguir–.

Bajo la administración de Coterin, el sitio de la estación fue contaminado con 55,000 barriles o 20,000 toneladas de desechos tóxicos y potencialmente explosivos. La geología de esa zona presentaba una hidrología compleja con pozos activos y arroyos subterráneos. Los estudios indicaban que los suelos de ese sitio eran muy inestables, motivo por el cual los desechos tóxicos podían filtrarse hacia el subsuelo y propagar la contaminación a través de fuentes de agua más profundas, así como a través de los arroyos ocasionales que se formaban en la región en la época de lluvias.

En 1991, la comunidad local se movilizó para frenar el arribo de más desechos, bloquearon el acceso a los camiones, llamaron la atención de las autoridades nacionales y consiguieron que la estación fuera clausurada. Varios años después de esa acción exitosa, la comunidad local todavía se preocupaba por la amenaza ambiental que suponía la estación y se oponía decididamente a que se reabriera.

En 1994, las autoridades locales del municipio de Guadalcázar conminaron a Metalclad a detener la construcción de nuevas instalaciones para desechos tóxicos en ese predio, debido a que la obra carecía de permiso municipal de construcción. Metalclad, aunque solicitó el permiso requerido, continuó con las obras en tanto su solicitud era tramitada. Así, la obra fue concluida en marzo de 1995 sin contar con el permiso municipal requerido, pero el vertedero no pudo ser puesto en funcionamiento debido a la oposición de los pobladores. Ya a fines de 1995, el gobierno municipal rechazó la solicitud de permiso de construcción de Metalclad y cuestionó la obra culminada sin la debida autorización.

Finalmente, meses después de que Metalclad notificara al gobierno mexicano su intención de entablarle una demanda arbitral de acuerdo conl Capítulo 11 del NAFTA, el gobierno de San Luis Potosí dictó un Decreto de Reserva Ecológica por el cual declaró el sitio involucrado como parte de un área ecológica especial para la conservación de la

singular diversidad biológica de la zona y varias especies raras de cactus. De esta forma, San Luis Potosí salvó su interés en evitar todo proyecto similar en dicha zona y, Metalclad, se vio impedido de explotar las obras que había llevado a cabo.

El Tribunal Arbitral que evaluó dicho caso consideró que el gobierno mexicano no había sido transparente y había expresado a Metalclad la seguridad de que su inversión se concretaría al no requerir mayores permisos que los que le competían al gobierno nacional³⁵. Asimismo, el tribunal ordenó a México el pago de una indemnización a favor de Metalclad al sostener que la denegación del permiso municipal de construcción y la declaratoria del sitio como reserva ecológica constituían expropiaciones indirectas violatorias del Capítulo 11 del NAFTA. El tribunal consideró que:

“(...) el Municipio actuó fuera de su autoridad. Como se indicó anteriormente, la negativa del Municipio respecto al permiso de construcción sin base alguna en la construcción material propuesta y sin deficiencias en el sitio, conjuntamente con sus acciones administrativas y judiciales subsecuentes respecto al Convenio, impidieron de manera efectiva e ilegalmente la operación por parte de la Demandante del confinamiento.

Estas medidas, consideradas conjuntamente con las afirmaciones del gobierno federal mexicano, en las cuales Metalclad se basó, y en la ausencia de una negativa del Municipio emitida a tiempo, en orden o con alguna base sustantiva respecto al permiso local de construcción, equivalen a una expropiación indirecta”³⁶.

Para ello, el tribunal consideró, ampliamente, que:

“la expropiación en el NAFTA incluye [...] también una interferencia disimulada o incidental del uso de la propiedad que tenga el efecto de privar, totalmente o en parte significativa, al propietario del uso o del beneficio económico que razonablemente se esperaría de la propiedad, aunque no necesariamente en beneficio obvio del Estado receptor”³⁷.

La definición antes citada ha sido arduamente criticada³⁸ y la decisión tomada llevó incluso al gobierno mexicano a solicitar la anulación del Laudo ante la Suprema Corte de British Columbia (la sede del arbitraje era Vancouver). El Gobierno Mexicano argumentó que el tribunal arbitral había excedido sus competencias y, aunque la Corte de British Columbia le dio la razón en parte, consideró finalmente que el Decreto de Reserva Ecológica dictado por el Estado de San Luis de Potosí sí era equivalente a una expropiación.

³⁵ Cfr. *Metalclad Corporation v. Estados Unidos Mexicanos*. ICSID Caso N° ARB(AF)/97/1. Laudo. Emitido el 30 de agosto de 2000. Fj. 76.

³⁶ *Metalclad Corporation v. Estados Unidos Mexicanos*. ICSID Caso N° ARB(AF)/97/1. Laudo. Emitido el 30 de agosto de 2000. Fj. 106-107.

³⁷ *Metalclad Corporation v. Estados Unidos Mexicanos*. ICSID Caso N° ARB(AF)/97/1. Laudo. Emitido el 30 de agosto de 2000. Fj. 103.

³⁸ Baste por todos señalar que, en un laudo posterior, un tribunal arbitral calificó de “demasiado amplia” la definición de expropiación presentada en el caso *Metalclad*. Cfr. *Fireman’s Fund Insurance Company v. Estados Unidos Mexicanos*. Caso ICSID N° ARB(AF)/02/01. Fj. 177.

Como se aprecia, la decisión final adoptada en *Metalclad*, más allá de lo controvertido³⁹, advierte la amplitud de supuestos que pueden calificar como expropiatorios en el Derecho internacional de inversiones.

4. El ordenamiento jurídico-administrativo peruano. Los regímenes de expropiación y responsabilidad patrimonial de la administración pública resultan insuficientes o carecen de aplicación.

A diferencia del desarrollo que reciben los estándares de protección en sede arbitral internacional, desde el Derecho administrativo europeo continental se han desarrollado tradicionalmente dos garantías sustantivas del patrimonio del administrado: la expropiación forzosa y la responsabilidad patrimonial de la Administración. No es el objetivo de este artículo agotar el estudio de ambos institutos, pero sí advertir brevemente de qué carecen ambos, al punto de que urge adecuar dichos regímenes de Derecho público interno a los desarrollos (adecuados y no excesivos) que ofrece el Derecho internacional de inversiones.

IV.a. El régimen peruano de expropiación forzosa ofrece protección únicamente frente a despojos de bienes inmuebles.

La expropiación forzosa en el Perú se encuentra regulada a nivel constitucional en el artículo 70 de la Constitución de 1993. De acuerdo con lo que esta disposición señala, para llevar a cabo una expropiación forzosa: i) es necesario fundamentar las causales de seguridad nacional o de necesidad pública; ii) estas causales deben ser declaradas por Ley del Congreso; iii) se deberá pagar previamente un justiprecio y podrá incluirse la compensación por el eventual perjuicio; y, iv) el afectado deberá contar con la posibilidad de accionar ante el Poder Judicial para contestar el valor de la propiedad que haya fijado el Estado en el procedimiento expropiatorio.

A nivel legislativo, el régimen de expropiación forzosa se encuentra regulado en la Ley N° 27117, Ley General de Expropiaciones⁴⁰, la cual ha dedicado su Título II a desarrollar aquellos bienes que pueden ser objeto de expropiación. Así, el numeral 12.1 del artículo 12 de la Ley N° 27117, dispone lo siguiente:

“Artículo 12.- Del objeto

12.1 Todos los bienes inmuebles de dominio privado pueden ser objeto de expropiación

[...].” (Subrayado agregado).

³⁹ Sobre todo, debe advertirse que la presunta propiedad afectada de *Metalclad* consistía en una construcción que había sido desarrollada sin antes haber obtenido el título o aprobación correspondiente del gobierno de San Luis Potosí, es decir, consistía en una edificación ilegal. Por tanto, en modo alguno podía recibir tutela en sede de arbitraje internacional.

⁴⁰ Un estudio breve sobre este régimen en MARTIN TIRADO, Richard. *Aplicación de la nueva Ley General de Expropiaciones al régimen de concesiones sobre obras públicas de infraestructura y de servicios públicos*. En: Revista Themis. Lima: Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la PUCP. N° 39. 1999. Actualmente, junto con la Ley N° 27117, convive un régimen especial de expropiación aprobado por la Ley N° 30025, Ley que facilita la adquisición, expropiación y posesión de bienes inmuebles para obras de infraestructura y declara de necesidad pública la adquisición o expropiación de bienes inmuebles afectados para la ejecución de diversas obras de infraestructura.

La Ley N° 27117 ha sido clara al señalar que en el ordenamiento público peruano se entiende como objeto de la expropiación únicamente a todos los bienes inmuebles de dominio privado⁴¹. De esta forma, la mencionada ley ha marcado distancia de la concepción amplia que sobre la noción de inversión y de expropiación tiene el Derecho internacional económico; e, incluso, de la “evolución expansiva” que el concepto de expropiación ha experimentado desde el Derecho administrativo europeo continental⁴² con el objetivo de brindar protección frente a privaciones de todo bien, derecho e interés patrimonial legítimo⁴³.

Tal parece que con esta decisión el legislador creyó estar brindando mayor protección a los administrados, en tanto que no les podrían ser despojados más que sus bienes inmuebles. Sin embargo, bajo el rol garante que cumple actualmente el Estado y su participación en el mercado mediante el ejercicio de su función regulatoria⁴⁴, la omisión advertida en la Ley 27117, no hace más que dejar desprotegidos un conjunto de lesiones patrimoniales que, pese a no implicar un despojo de bienes inmuebles o una pérdida de titularidad sobre bienes, pueden tener un trasfondo expropiatorio en virtud a los perjuicios sustanciales que pueden ocasionar en la esfera patrimonial del administrado. Con esto, precisamente, se está aludiendo a los supuestos de expropiación regulatoria o indirecta.

Sin embargo, antes de concluir que estos supuestos expropiatorios no se encuentran tutelados en el ordenamiento, es necesario analizar si el régimen peruano de responsabilidad patrimonial de la Administración pública –la segunda garantía patrimonial del administrado al que se hizo referencia– ofrece una tutela que pueda suplir esta falencia del régimen de expropiación forzosa. Debe tenerse presente, pues, que el régimen de responsabilidad de la Administración tiene por función complementar el ámbito objetivo

⁴¹ Lo dispuesto por el artículo 13 de la Ley N° 27117, reafirma lo aquí señalado sobre el objeto de la expropiación. Así, de acuerdo a dicha disposición, pueden ser materia (objeto) de expropiación el subsuelo y el sobresuelo, independientemente del suelo, salvo que por ello, la propiedad del bien no pueda ser usada o explotada parcial o totalmente o que el valor comercial se deprecie significativamente, luego de lo cual el Estado podrá optar por expropiar la totalidad del predio o pactar un derecho de superficie. De acuerdo con ello, el objeto de expropiación sigue estando referido a bienes inmuebles, pero con el atrevido supuesto de expropiar únicamente el subsuelo o el sobresuelo.

⁴² Esta expresión le pertenece a NIETO, Alejandro. *Evolución expansiva del Concepto de la Expropiación Forzosa*. En: Revista de Administración Pública. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. N° 38. Año 1962. pp. 67-124. También fue empleado por MARIENHOFF, Miguel. *Tratado de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot. 5ta Edición. 1992. Tomo IV, pp. 123-125.

⁴³ El ejemplo más cercano es el de España y lo dispuesto por el artículo 1 de su Ley de 16 de diciembre de 1954, de Expropiación Forzosa, el cual señala que: “Es objeto de la presente Ley la expropiación forzosa por causa de utilidad pública o interés social a que se refiere el artículo 32 del Fuero de los Españoles, en la que se entenderá comprendida cualquier forma de privación singular de la propiedad privada o de derechos o intereses patrimoniales legítimos, cualesquiera que fueren las personas o entidades a que pertenezcan, acordada imperativamente, ya implique venta, permuta, censo, arrendamiento, ocupación temporal o mera cesación de su ejercicio”.

⁴⁴ Así lo denomina la reciente doctrina administrativista. Cfr. MUÑOZ MACHADO, Santiago. *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*. Madrid: Iustel. 2011. Tomo IV. pp. 487-899, y MUÑOZ MACHADO, Santiago. *Hacia un nuevo Derecho administrativo*. En: BLASCO ESTEVE, Avelino (Coord.). *El Derecho público de la crisis económica. Transparencia y sector público. Hacia un nuevo Derecho administrativo. Actas del VI Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública. 2012. pp. 191-237. También, Cfr. ESTEVE PARDO, José. *El encuadre de la regulación de la economía en la sistemática del Derecho público*. En: MUÑOZ MACHADO, Santiago y José ESTEVE PARDO (Directores). *Derecho de la Regulación Económica*. Madrid: Iustel. 2009. Tomo I. pp. 387-405, y DESCALZO GONZÁLEZ, Antonio. *Organización y acción administrativa en la economía*. En: PAREJO ALFONSO, Luciano (Director). *Lecciones de Derecho administrativo. Orden económico y sectores de referencia*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2010. pp. 59-99

de tutela que escapa a los supuestos protegidos por la expropiación forzosa. Con gran razón señala la doctrina que el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración está llamado a cubrir, de manera ex post, los daños patrimoniales no contemplados en el instituto de la expropiación –de aplicación ex ante, es decir, la responsabilidad de la Administración está llamada a actuar en defecto de aquel otro⁴⁵.

Por tanto, a describir los alcances de protección de la responsabilidad patrimonial de la Administración pública y a analizar su posible aplicación frente a supuestos de expropiación indirecta, se enfoca el siguiente punto.

IV.b. La responsabilidad patrimonial de la Administración pública en el Perú. Un régimen sustantivo carente de aplicación procesal⁴⁶.

El régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración ha sido desarrollado únicamente en el artículo 238 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General. De acuerdo con el numeral 238.1 de dicho artículo, la Administración responde patrimonialmente por los daños directos e inmediatos causados por los actos de la administración o los servicios públicos directamente prestados por ella.

Con esta disposición, el artículo 238 ha hecho referencia a toda actuación administrativa, lo cual no se resume a los actos administrativos, sino que también abarca las demás actuaciones administrativas como son las actividades materiales de las entidades e, incluso, como la doctrina ha desarrollado, la omisión. Por su parte, la mención a los servicios públicos directamente prestados por la Administración no hace referencia en estricto a los servicios públicos económicos que se encuentran en titularidad de la Administración, sino genéricamente equívoco para el concepto de servicio público al despliegue de la función administrativa.

Esta “amplitud” es tal que se extiende no sólo a los actos lícitos, sino también a los actos ilícitos de la Administración pública. En efecto, la doctrina en el ordenamiento peruano concuerda en sostener que los daños tutelados por la responsabilidad patrimonial de la Administración pueden originarse tanto en actos lícitos como en actos ilícitos⁴⁷.

En ese sentido, en el ordenamiento público peruano, toda omisión y actuación –formal o material– desplegada por la Administración, está sujeta, en tanto cause una lesión

⁴⁵ En este sentido, Cfr. Oriol Mir. Cfr. MIR PUIGPELAT. *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema*. Madrid: Civitas Ediciones. 2002.

⁴⁶ Valiosos son los estudios en el Perú, sobre esta materia, desarrollados por: MORÓN URBINA, Juan Carlos. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Lima: Gaceta Jurídica S.A. 8va Edición. 2009. pp. 750-760. BACA ONETO, Víctor. *¿Es objetiva la responsabilidad patrimonial de la Administración pública en el Derecho peruano? Razones para una respuesta negativa*. En: *Revista de Derecho Administrativo*. Lima: Círculo de Derecho Administrativo. N° 9. 2010. 233-248. MARTIN TIRADO, Richard. *La responsabilidad de la Administración Pública y del personal a su servicio*. En: AAVV. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General - Ley N° 27444*. Lima: ARA Editores. 1ra parte. 2001. pp. 307-323. GUZMÁN NAPURÍ, Christian. *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública*. En: AAVV. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General - Ley N° 27444*. Lima: ARA Editores. 2da parte. 2003. pp. 561-599.

⁴⁷ Cfr. MORÓN URBINA, Juan Carlos. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Lima: Gaceta Jurídica S.A. 8va Edición. 2009. pp. 750-760. MARTIN TIRADO, Richard. *La responsabilidad de la Administración Pública y del personal a su servicio*. En: AAVV. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General - Ley N° 27444*. Lima: ARA Editores. 1ra parte. 2001. pp. 307-323. GUZMÁN NAPURÍ, Christian. *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública*. En: AAVV. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General - Ley N° 27444*. Lima: ARA Editores. 2da parte. 2003. pp. 561-599.

al administrado, al régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración. Esta parece ser una conclusión promisorio, si se trae nuevamente a colación los vacíos que advierte el régimen de expropiación forzosa. Pareciera, pues, que en defecto de la tutela ofrecida por el régimen de expropiación forzosa, la responsabilidad patrimonial de la Administración en el Perú podría operar frente a todo daño no contemplado en aquél, incluso aquellos asimilables a una expropiación material o indirecta (en los términos del Derecho internacional de inversiones).

Sin embargo, esto se desdibuja una vez que se identifican las limitaciones, tanto sustantivas como procesales, de las que padece esta institución. Así pues, adviértase que el régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración no ofrece tutela sustantiva contra daños patrimoniales “asimilables a la expropiación” que se derivan de la aprobación, modificación o derogación de normas con rango legal. De igual modo, parece limitar su tutela a actuaciones singulares y no generales de la Administración, con lo que, por ejemplo, los daños patrimoniales derivados de la aprobación o modificación de reglamentos no podrían ser tutelados bajo esta vía.

Por su parte, la aplicación procesal de este régimen ha sido cuando menos lamentable. El artículo 5 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27584, Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo, aprobado por Decreto Supremo N° 013-2008-JUS (TUO), regula las pretensiones que podrán ser formuladas por el administrado ante esta sede contencioso-administrativa. Expresamente, este artículo prevé las siguientes pretensiones:

“Artículo 5.- Pretensiones

En el proceso contencioso administrativo podrán plantearse pretensiones con el objeto de obtener lo siguiente:

- 1. La declaración de nulidad, total o parcial o ineficacia de actos administrativos.*
- 2. El reconocimiento o restablecimiento del derecho o interés jurídicamente tutelado y la adopción de las medidas o actos necesarios para tales fines.*
- 3. La declaración de contraria a derecho y el cese de una actuación material que no se sustente en acto administrativo.*
- 4. Se ordene a la administración pública la realización de una determinada actuación a la que se encuentre obligada por mandato de la ley o en virtud de acto administrativo firme.*
- 5. La indemnización por el daño causado con alguna actuación impugnada, conforme al artículo 238 de la Ley N° 27444, siempre y cuando se plantee acumulativamente a alguna de las pretensiones anteriores”. (Subrayado agregado)*

De las pretensiones anteriores, es el numeral 5 el dispositivo que regula la pretensión indemnizatoria por responsabilidad patrimonial de la Administración, el cual prevé que el daño susceptible de indemnización por responsabilidad patrimonial de la Administración es únicamente producido por una “actuación impugnada”, valga decir, todas las actuaciones a las que hace referencia el artículo 4 del TUO⁴⁸, las

⁴⁸ Artículo 4 del TUO de la Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo:
[...]

- 1. Los actos administrativos y cualquier otra declaración administrativa.*
- 2. El silencio administrativo, la inercia y cualquier otra omisión de la administración pública.*
- 3. La actuación material que no se sustenta en acto administrativo.*

cuales hacen referencia, aparentemente, a toda actuación material o formal de la Administración.

Sin embargo, el artículo 5 del TUO concluye señalando que la presentación de la pretensión indemnizatoria deberá realizarse de modo acumulado a otra de las pretensiones previstas por el mismo artículo. Con ello, y en atención a lo que disponen las pretensiones restantes, la indemnización únicamente podría solicitarse como resultado del cuestionamiento de una actuación –formal o material– que es ilegal⁴⁹. Es decir, sólo podría reclamarse la efectiva responsabilidad patrimonial de la Administración por daños derivados de actuaciones ilegales, pese a que, como se señalara antes, la responsabilidad puede derivar también de actuaciones legales.

¿Se podría acumular la pretensión indemnizatoria con la denominada “pretensión de plena jurisdicción” contenida en el numeral 2 del artículo 5 de la Ley del Proceso Contencioso Administrativo y reclamar el reconocimiento o restablecimiento del derecho o interés jurídicamente tutelado y la adopción de las medidas o actos necesarios para tales fines? Sí se podría. Sin embargo, la necesidad de que medie una actuación ilegal califica de inservible la pretensión indemnizatoria, dejando sin tutela los daños patrimoniales provenientes de las demás actuaciones administrativas lícitas.

En resumidas cuentas, son graves las deficiencias del TUO de la Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo, por lo que los daños susceptibles de indemnización, en realidad, sólo lo son en el plano sustantivo, más no procesal.

5. Una propuesta desde el derecho público económico: el (RE) enfoque de la teoría de responsabilidad patrimonial del estado en el Perú. En especial, la reforma necesaria del régimen de expropiación y responsabilidad patrimonial de la administración.

La protección de la garantía patrimonial del administrado, con claros cimientos en el artículo 70 de la Constitución Política de 1993, requiere de una nueva y especial atención a la luz de los estándares de protección que ofrece el Derecho internacional de inversiones. De lo expuesto hasta aquí, se han identificado los supuestos de tutela amplia que la sede arbitral internacional ofrece a los inversionistas extranjeros; y también las limitadas garantías patrimoniales que ofrece el Derecho administrativo peruano. En concreto, aunque el Derecho administrativo peruano ofrece un régimen de expropiación forzosa limitado al despojo de bienes inmuebles y un régimen de responsabilidad patrimonial tan sólo aplicable a daños ocasionados por actuaciones ilícitas, descuida gravemente otros supuestos de afectación patrimonial, como son los ocasionados con actuaciones lícitas, los derivados de la aprobación de normas legales y reglamentarias e, incluso, aquellos producidos por decisiones judiciales.

4. La actuación material de ejecución de actos administrativos que transgrede principios o normas del ordenamiento jurídico.

5. Las actuaciones u omisiones de la administración pública respecto de la validez, eficacia, ejecución o interpretación de los contratos de la administración pública, con excepción de los casos en que es obligatorio o se decida, conforme a ley, someter a conciliación o arbitraje la controversia.

6. Las actuaciones administrativas sobre el personal dependiente al servicio de la administración pública

⁴⁹ Con la salvedad de la pretensión del numeral 4, referida a daños por omisión, en la cual el daño sólo puede derivarse de una actuación ilegal (la Administración no realiza aquello que por ley está obligado a hacer).

Precisamente, estos daños que no tutela el ordenamiento peruano, se ha podido advertir en los puntos anteriores, sí cuentan con tutela amplia en el Derecho internacional de inversiones. Lo concreto, pues, es reconocer que a la fecha conviven en el Perú administrados nacionales y extranjeros, que no cuentan con idénticos regímenes de protección patrimonial. Los extranjeros, cuyos países han celebrados TLC's o BIT's con el Perú, tienen un respaldo internacional más amplio que el que tendrían acudiendo a los regímenes de expropiación y responsabilidad patrimonial de la Administración que ofrece el ordenamiento interno. Ya no es cuestión tan sólo de "imitar" un desarrollo internacional, sino de salvaguardar también el principio/derecho de igualdad⁵⁰.

En esta senda parece ubicarse el Tribunal Constitucional peruano, el cual en su jurisprudencia ha tratado de desarrollar algunos supuestos de expropiación indirecta⁵¹. No obstante, recuérdese que la tutela de este tribunal es tan solo restitutoria o de reposición, y no es resarcitoria o indemnizatoria. Lo que busca un administrado o inversionista es precisamente que se le indemnice por el daño ocasionado, no solo que se anule o deje sin efecto la medida que lo afectó.

Ante esta situación, la posición de este estudio es desentrañar las herramientas jurídico-administrativas que el Derecho público europeo continental ofrece y, a partir de ellas, (re)construir una teoría general de responsabilidad patrimonial del Estado que ofrezca una tutela efectiva frente a los daños derivados de toda actuación estatal (derivada de toda función: legislativa, judicial y administrativa). Desde luego, un propósito como el antes señalado, excede las limitaciones de este estudio; sin embargo, las propuestas que a continuación se exponen aspiran a superar las deficiencias de los regímenes de expropiación forzosa y responsabilidad patrimonial de la administración, las tradicionales garantías ofrecidas por el derecho administrativo que ahora ocupan este estudio.

V.a. Las reformas requeridas en el actual régimen de expropiación forzosa de la Ley 27117.

Como se sabe, el régimen de expropiaciones peruano regula únicamente el procedimiento en torno a la pérdida del dominio privado de un bien inmueble a favor del Estado. La Ley 27117, Ley General de Expropiaciones, prevé como único objeto de expropiación a los bienes inmuebles, en estricto, a los predios.

Sin embargo, el objeto expropiable previsto en la Ley 27117 se encuentra a la fecha largamente superado, no sólo por el desarrollo que se ha brindado a la expropiación en el Derecho internacional económico, sino también por el Derecho administrativo europeo continental que

⁵⁰ Del mismo modo lo advierten HIGA SILVA, César y Jorge TUDELA PYE. Analyzing the impact of the Clauses on Expropriation and Fair and Equitable Treatment contained in the Free Trade Agreement signed between Peru and United States in the Peruvian Administrative Law. Suiza: World Trade Institute. Academic Cooperation Project. Working Paper Series N° 6, 2012. Disponible en: http://www.wti.org/fileadmin/user_upload/wti.org/7_SECOWTI_Project/Publications/Higa%20Silva_Tudela%20Pye.pdf. También Cfr. PASQUEL, Enrique. Tomando la propiedad en serio. Las expropiaciones regulatorias o indirectas. En: *Ius et Veritas*. Lima: Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la PUCP N° 31. 2005. pp. 120-126. Un estudio plenamente aplicable al caso peruano se puede encontrar también en MONTT OYARZÚN, Santiago. Aplicación de los Tratados Bilaterales de Protección de Inversiones por tribunales chilenos. Responsabilidad del Estado y expropiaciones regulatorias en un mundo crecientemente globalizado. En: *Revista Chilena de Derecho*. Santiago de Chile: Pontificia Universidad Católica de Chile. Vol. 32. N° 1.

⁵¹ Véase *supra* referencia 7.

ha propugnado su evolución expansiva. Desde luego, esta situación del régimen peruano de expropiación forzosa se ha vuelto más notoria a la luz de la globalización de instituciones antes propias del Derecho público interno (propiedad-inversión y expropiación), y que actualmente se han fortalecido sobre la base de conceptos y principios del Derecho internacional.

Esta globalización del instituto de expropiación forzosa, si bien se desarrolla en un ámbito internacional, no debe serle ajena al Derecho interno peruano, toda vez que dicho fenómeno ha desatado una situación de desigualdad entre los administrados sujetos únicamente al Derecho administrativo interno y aquellos particulares que, sobre la base de acuerdos comerciales celebrados por sus países con el Perú, pueden acceder a mecanismos de tutela más efectivos de su inversión en el plano internacional.

Ante ello, este estudio propone introducir dentro de los alcances de la Ley 27117, una tutela resarcitoria contra todo supuesto de privación singular de la propiedad privada o de derechos o intereses patrimoniales legítimos, muy cercanamente a lo que hace su par española. Esta reforma ampliaría el ámbito objetivo de tutela del régimen de expropiación forzosa, excediendo el único supuesto que hoy contempla la Ley 27117 (despojo de titularidad sobre bienes inmuebles).

Nótese, así mismo, que la reforma planteada sugiere brindar tutela frente a privaciones singulares y deliberadas, es decir, deja de lado aquellas privaciones o situaciones materialmente expropiatorias (como se las denomina en el Derecho internacional) derivadas de medidas generales (normas) y no deliberadas. Esto, sin embargo, no implica desconocer que en estos últimos casos también puedan darse casos que ameriten ser compensados patrimonialmente, sólo que, en todo caso, deberían ser atendidos por otros institutos también ofrecidos por el Derecho público económico, pero que no son ahora materia de estudio, como es el caso de la denominada responsabilidad del Estado Legislador⁵².

La posición antes sostenida no debe sonar atrevida, si se considera que los daños producidos por normas generales ya son materia de protección en sede internacional bajo los supuestos de regulación expropiatoria, expropiación indirecta o medidas equivalentes a la expropiación. Esta situación es la que debe llevar al ordenamiento peruano a ofrecer la misma protección, a fin de que los administrados sujetos únicamente al ordenamiento interno puedan obtener la misma tutela resarcitoria que recibirían los inversionistas extranjeros en arbitrajes internacionales.

⁵² Por todos véase GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La responsabilidad patrimonial del Estado legislador en el Derecho español*. Navarra: Editorial Aranzadi S.A. 2da Edición. 2007. La teoría de la responsabilidad del Estado Legislador ha dado lugar a una importante discusión, la que puede recogerse principalmente en SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *La teoría de la responsabilidad del Estado Legislador*. En: Revista de Administración Pública. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. N° 69. Año 1972. pp. 57-136; GARRIDO FALLA, Fernando. *Sobre la responsabilidad del Estado Legislador*. En: Revista de Administración Pública. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. N° 118 Año 1989. pp. 35-56; QUINTANA LÓPEZ, Tomás. *La responsabilidad del Estado Legislador*. En: Revista de Administración Pública. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. N° 135. Año 1994. pp. 103-147; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Las expropiaciones legislativas desde la perspectiva constitucional. En particular, el caso de la Ley de Costas*. En: Revista de Administración Pública. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. N° 141. Año 1996. pp. 131-152; GALÁN VIOQUE, Roberto. *De la teoría a la realidad de la responsabilidad del Estado Legislador*. En: Revista de Administración Pública. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. N° 155. Año 2001. pp. 285-329; SORIANO, José Eugenio. *Expropiación y competencia: coincidencias y diferencias. La ruptura retroactiva de contratos lícitamente celebrados*. En: Revista de Administración Pública. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. N° 159. Año 2002. pp. 45-86.

V.b. La reforma requerida en el actual régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración pública: la posibilidad de plantear la pretensión indemnizatoria de forma autónoma.

Como se señaló en su momento, el TUO de la Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo únicamente prevé pretensiones destinadas a requerir una indemnización por los daños producidos por actuaciones administrativas ilícitas, dejando procesalmente sin efecto los reclamos por daños producidos por actuaciones administrativas.

Esta problemática se deriva, básicamente, de la necesidad de plantear la pretensión indemnizatoria de manera acumulada a alguna de las otras pretensiones previstas en el TUO, cuyos presupuestos son la ilicitud de la actividad administrativa. Ante esta situación, se propone suprimir dicha condición y permitir que la pretensión opere de manera autónoma.

Con esta modificación, la pretensión indemnizatoria tendría efectividad contra todo daño producido por la actuación –lícita o ilícita– u omisión de la Administración, cubriéndose ampliamente, en términos adjetivos, el universo de daños patrimoniales que la actuación administrativa puede producir y que el régimen sustantivo de responsabilidad patrimonial de la Administración contenido en el artículo 238 de la Ley 27444 reconoce que deben ser compensados.

Esta acción de reforma deberá concretarse en una iniciativa legislativa que modifique las actuales redacciones de los artículos 238 de la Ley 27444 y 5 del TUO de la Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo.

6. A modo de conclusión: la (postergada) tarea de estudiar y efectivizar la responsabilidad del estado-juez desde el derecho público peruano y la conveniencia de tener un “estado responsable”.

Al finalizar este estudio, importa enfatizar que la posición aquí sentada no es la de importar ciegamente instituciones propias de otros ordenamientos o de instancias internacionales. Este no es un estudio que aboga por una alienación del Derecho público interno, pero tampoco es partidario de una suerte de chauvinismo jurídico-administrativo. La globalización del Derecho público no es ajena al ordenamiento peruano y las instituciones que antes se creían exclusivas del Derecho administrativo europeo continental, ahora se entrelazan, comparan y relacionan con institutos gestados fuera de dichas fronteras. Téngase en cuenta, pues, que los tratados internacionales –como los acuerdos internacionales de inversión– forman parte del Derecho nacional (artículo 55 de la Constitución) y que, excepto los tratados referidos a derechos humanos, tienen rango de ley (numeral 4 del artículo 200 de la Constitución).

Del mismo modo, no se propone hacer responsable al Estado por toda actuación, limitación o daño que genere en la esfera patrimonial del particular. De modo alguno este estudio sostiene ello, por el contrario, se reconoce y acepta la intervención estatal sobre los derechos de los particulares, pero se advierte que existirán supuestos en los cuales el particular se expondrá a daños que no tiene el deber jurídico de soportar o que contravienen el principio de igualdad ante las cargas públicas o de confianza legítima, entre otros, en cuyos casos el Estado deberá responder.

Ahora bien, la propuesta aquí planteada no cubre todos los supuestos de daño patrimonial que puede sufrir el particular en manos de actuaciones estatales y que sí son materia de tutela en el

Derecho internacional de inversiones. Así pues, al igual que el necesario estudio que merece la responsabilidad patrimonial del Estado-Legislador a la que antes se hizo mención (con la que se podría tutelar los daños asimilables a una expropiación derivados de una norma legal), urge la propuesta de rescatar una descuidada teoría de responsabilidad patrimonial del Estado-Juez, es decir, aquella que cubre los daños derivados del ejercicio de la función jurisdiccional en los supuestos de error judicial y funcionamiento anormal de la administración de justicia⁵³.

En el Perú, a nivel constitucional, únicamente se recoge esta responsabilidad en el numeral 7 del artículo 139 de la Constitución, limitándola a los errores judiciales en los procesos penales y por las detenciones arbitrarias –omitiendo la responsabilidad surgida en otras materias judiciales y desconociendo la responsabilidad por el funcionamiento anormal de la administración de justicia–. Mientras que su desarrollo legislativo por medio de la Ley 24973 ha significado una mera enunciación sin mayor aplicación práctica. Esta situación requiere revivir la discusión y el estudio académico de una institución tal vez olvidada, con la finalidad de que la misma cumpla el rol al que está llamado.

Finalmente, contar con un Estado patrimonialmente responsable –responsabilidad patrimonial de la Administración pública, del Estado-Legislador y del Estado-Juez– superaría la situación de desigualdad que impera entre administrados e inversionistas extranjeros y efectivizaría una plena protección de la garantía patrimonial en el ordenamiento peruano, trayendo consigo los siguientes beneficios:

a) Se aseguraría al particular el riesgo de sufrir privaciones por causas de bien común.

La realidad muestra un escenario en el que una limitación justificada en el bien común puede suponer un daño que, pese a ser producido por una medida lícita del Estado, demandará el pago de una indemnización⁵⁴. El asunto es reconocer que algunas limitaciones lícitas, bajo la premisa de limitar la propiedad por causas de bien común, podrán tener efectos materialmente expropiatorios y, consiguientemente, deberán compensar los daños que produzcan al administrado (ya sea bajo la responsabilidad del Estado-Legislador, del Estado-Juez, o por medio de la responsabilidad patrimonial de la Administración).

Al superar las limitaciones de la teoría de la Responsabilidad del Estado en el Perú, el particular vería protegida su garantía patrimonial frente a toda actuación estatal que, pese a justificarse en el bien común, produce daños que trasgreden principios básicos del Derecho público, como la igualdad ante las cargas públicas, el principio de confianza legítima y el deber jurídico de soportar.

b) Se incentiva la realización de actividades socialmente valiosas.

Una efectiva garantía patrimonial del particular incentiva a que los propietarios realicen mayores inversiones, bajo el entendido que el Estado respeta su esfera patrimo-

⁵³ Véase por todos a GALLI BASUALDO, Martín. Responsabilidad del Estado por su actividad judicial. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, S.L. 2006.

⁵⁴ Cfr. BARNÉS, Javier. El derecho de propiedad en la Constitución española de 1978. En: BARNÉS, Javier (Coord.). Propiedad, Expropiación y Responsabilidad. La garantía indemnizatoria en el Derecho europeo y comparado. Madrid: Editorial Tecnos S.A. 1995. p. 42. Así también, WEBER, Albrecht. La protección de la propiedad en el Derecho comparado. En: Revista Española de Derecho Administrativo. Madrid: Editorial Civitas S.A. N° 72, 1991, pp. 477 y ss.

nial. En tal sentido, los administrados tendrán mayores estímulos para dinamizar su capital y hacerse titulares de actividades socialmente valiosas.

Si el ordenamiento jurídico no asegurara a los administrados la propiedad de los frutos de sus inversiones, los esfuerzos destinados a conservar y mejorar las mismas no alcanzarían un punto óptimo o rentable⁵⁵. Consiguientemente, los servicios y bienes que presten en el mercado no satisfacerían a los consumidores del mismo modo que lo haría una empresa cuya propiedad está íntegramente protegida.

- c) Se reduce el riesgo de que el Estado adopte medidas ineficientes y perjudiciales para los intereses generales.

Si la actuación del Estado está sujeta a control, éste se preocupará por adoptar las medidas convenientes que no generen daños sustanciales en la propiedad de los administrados ni afecten el principio de igualdad ante las cargas públicas, salvo en aquellos casos en los cuales sea necesario y a cambio de la correspondiente indemnización.

De este modo, indirectamente se consigue que el Estado apruebe medidas pertinentes y eficientes en beneficio de la sociedad y reserve únicamente las medidas que exceden ello para supuestos excepcionales, en los cuales deberá respetar siempre la garantía por el valor de la propiedad del administrado.

- d) Se promueve un clima adecuado para la inversión privada.

Contar con un régimen efectivo de protección patrimonial del particular fortalece la propiedad privada y genera un clima de seguridad que favorece y atrae la inversión, tanto de capitales nacionales como de capitales extranjeros. Esto sin duda dinamiza la economía nacional, beneficia a los consumidores y usuarios, y genera mayores fuentes de trabajo.

⁵⁵ Cfr. DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel. Cómo distinguir entre una expropiación y una delimitación de la propiedad no indemnizable. En: Revista para el análisis del Derecho. Indret. Barcelona: 2012. pp. 24-28. Disponible en: http://www.indret.com/pdf/877_es.pdf.