

# Las Expropiaciones Indirectas en Materia de Inversiones Como Consecuencia del Ejercicio de la Potestad Regulatoria y su Relación con la Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública

## Análisis a Tomar en Cuenta en los Contratos de Concesión, APP's y en Materia de Regulación Ambiental a Propósito de los Pronunciamientos de Tribunales Arbitrales Internacionales en Materia de Inversiones\*

Juana Rosa Terrazos Poves\*\*  
Enrique Jesús Cabrera Gómez\*\*\*

### Resumen:

En el presente artículo, se destaca el fomento de la participación del sector privado en el desarrollo de infraestructura para la prestación de servicios públicos, a través de instrumentos ideados para una actuación conjunta de los sectores privado y público. Bajo ese contexto, toman como punto de partida a la *gobernanza corporativa* como una actuación eficiente del Estado, en tanto implica una variación de la concepción de los roles estatales y no estatales en materia de inversión en la prestación de servicios públicos, considerando a los actores públicos y privados como una conjunción cooperante con la formulación y la ejecución de políticas públicas.

En ese contexto, los autores desarrollan y analizan tareas pendientes en materia del ejercicio de la potestad reguladora y su relación con la responsabilidad patrimonial del Estado que, desde su perspectiva, deben también tenerse en cuenta para la efectividad de la gobernanza corporativa.

\* Las reflexiones expuestas en el presente trabajo reflejan únicamente opiniones personales de los autores. Parte del presente trabajo fue materia de una ponencia en el VI Congreso Nacional de Derecho Administrativo en la PUCP (Junio de 2014).

\*\* Licenciada en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú, Máster en Contratación Pública por la Universidad Castilla La Mancha – España. Post Título en Derecho de la Energía por el Centro de Educación Continua de la PUCP y cursos de capacitación afines a la rama y especialización de energía y servicios públicos. Expositora en Programas de Especialización y Diplomados en materia de Actividad Empresarial del Estado en la Escuela Nacional de Control de la Contraloría General de la República y en la Academia de la Magistratura. Fue Directora de la Comisión de Publicaciones de la Asociación Civil Derecho & Sociedad de la Facultad de Derecho de la PUCP. Actualmente se desempeña como Asesor Legal del Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado – FONAFE, tiene a su cargo en materia legal a empresas del Holding de los sectores financiero, saneamiento, transporte e infraestructura.

\*\*\* Bachiller por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Alumno de la Maestría en Derecho Internacional Económico de la PUCP. Con estudios de especialización en temas de Derecho Financiero, Arbitraje Internacional y las Inversiones en la Escuela de Educación Ejecutiva de la Universidad del Pacífico. Expositor en la Segunda Conferencia Bianual de la Red Latinoamericana de Derecho Internacional Económico, así como adjunto de docencia del curso Introducción al Derecho Internacional Económico de la Facultad de Derecho de la PUCP. Actualmente es parte del equipo de la Gerencia Legal del Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado – FONAFE.

**Palabras clave:**

Servicios públicos – Sector privado – Políticas públicas – Potestad regulatoria – Responsabilidad patrimonial del Estado – Asociaciones Público Privadas – Regulación ambiental – Principio de Sustentabilidad

**Abstract:**

In this article the authors highlight the promotion of private sector participation in infrastructure development for the provision of public services, through joint action designed for the private and public sector instruments. Under that context, they take as a starting point the figure of corporate governance, as an efficient state action, because it involves a change in the conception of the state and non-state roles in investment in public services, considering the actors public and private, as a cooperating conjunction with the formulation and implementation of public policies.

In this context, the authors develop and analyze pending tasks in the exercise of regulatory authority and its relation to the patrimonial liability of the State, which in their view must also be taken into account for the effectiveness of corporate governance.

**Keywords:**

Public services – Private sector – Public policy – Regulatory authority– Patrimonial state liability – Public private partnerships – Environmental regulation – Principle of Sustainability

**Sumario:**

1. Introducción – 2. Contratos de Concesión y las Asociaciones Público Privadas para el desarrollo de infraestructura – 3. Potestad reguladora en materia ambiental y sus principales efectos – 4. Expropiaciones Indirectas en materia de Inversiones – 5. Soberanía y posibilidad de recurrir a un Tribunal Internacional para la solución de una controversia derivada de una inversión – 6. Estándares Internacionales de Protección al inversionista – 7. Potestad del Estado para introducir cambios en el sistema jurídico peruano: poder regulatorio y principio de la responsabilidad de la Administración Pública – 8. A manera de conclusión: Cambios que coadyuvan a la eficacia de los instrumentos de desarrollo de infraestructura

**1. Introducción**

El Estado peruano viene fomentando la participación del sector privado en la prestación de servicios públicos, a través de variados instrumentos ideados para una actuación conjunta de los sectores privado y público.

Bajo ese contexto como punto de partida, en los últimos años vamos advirtiendo cómo la gobernanza peruana va reconociendo que una *gobernanza cooperativa* resulta más eficiente, abriéndose así a una nueva perspectiva que implica una variación de la concepción de los roles de las instituciones estatales y no estatales, los actores públicos y privados, en el sentido que éstos de manera conjunta y participativa cooperan en la formulación y la ejecución de políticas públicas.

No obstante, existe en nuestro sistema jurídico tareas pendientes en materia del ejercicio de la potestad a y su relación con la responsabilidad patrimonial del Estado, que desde nuestra perspectiva deben también tenerse en cuenta para la efectividad de la gobernanza cooperativa. Ello está relacionado a las expropiaciones indirectas en materia de inversiones, las mismas

que se generan por un deficiente ejercicio de las potestades as de las Administraciones Públicas y la no aplicación del principio de responsabilidad patrimonial del Estado. Siendo dicha actuación del Estado susceptible de generar una afectación e ineficiencia a los contratos de concesión y a las Asociaciones Público Privadas (APP's).

En ese sentido, como primer punto abordaremos una breve referencia al marco normativo y cómo se conceptualiza a las concesiones y APP's, seguidamente en segundo acápite se abordará materias relevantes a la potestad reguladora del Estado en materia ambiental que deberían ser consideradas para la prevención de la materialización de la responsabilidad del Estado ante una afectación al inversionista.

Asimismo, en el tercer y cuarto punto se tratará sobre las expropiaciones indirectas, soberanía y posibilidad de recurrir a un Tribunal Internacional para la solución de controversias que tendrían los inversionistas involucrados en un contrato de concesión o una APP's ante una expropiación indirecta. Y seguidamente en el acápite cuarto se expondrán los principales estándares internacionales de protección al inversionista.

En el punto sexto se expondrá con respecto al ejercicio de potestad a del Estado y la aplicación del principio de la responsabilidad patrimonial del Estado, a fin de advertir un inadecuado ejercicio con consecuencias en la esfera patrimonial de los inversionistas, pasibles de configurar expropiaciones indirectas, generándose una desventaja funcional de las concesiones y las APP, cuya eficacia se pretende construir sólo sobre una regulación particular que no considere las otras actuaciones estatales a las que se encuentran potencialmente afectadas las relaciones contractuales en materia de concesión y de APP.

Para así, en el punto séptimo de la presente, a manera de conclusión, proponer consideraciones que coadyuven a la eficacia de los instrumentos de desarrollo de infraestructura (concretamente las concesiones y APP's), así como la prevención de la materialización de la responsabilidad patrimonial del Estado producto de una inadecuada regulación y aplicación de la misma en materia medio ambiental en el marco de las inversiones.

## 2. Contratos de Concesión y las Asociaciones Público Privadas para el desarrollo de infraestructura

La actividad de fomento constituye una actuación de estímulo por la que el Estado no impone sino ofrece a los particulares una ayuda para que éstos realicen actividades de interés público, actuación que se remonta al origen del propio Estado (velar por el bienestar de sus súbditos)<sup>1</sup>, doctrinariamente fue el profesor JORDANA DE POZAS quién identificó esta modalidad de actuación administrativa y la define en los siguientes términos:

*«La acción de fomento es una vía media entre la inhibición y el intervencionismo del Estado, que pretende conciliar la **libertad** con el **bien común** mediante la influencia directa en la voluntad del individuo para que quiera lo que conviene para la satisfacción de la necesidad pública de que se trate.*

*Podríamos definirla como la acción de la Administración encaminada a proteger o promover actividades, establecimientos o riquezas debidos a los particulares y que satisfacen necesidades públicas o se estiman de utilidad general, sin utilizar la coacción ni crear servicios públicos»<sup>2</sup> (el énfasis es nuestro)*

La importancia de dicha actividad de fomento sin duda, es generar grandes ventajas de carácter

económico y social para un Estado, y como toda actividad de la Administración Pública, ésta se encuentra sujeta a diversos principios que trazan una adecuada actuación (legalidad, igualdad, libre competencia, responsabilidad patrimonial, etc.) como pilares para su efectividad. Dicha actuación llega a materializarse en una actual categoría: promoción de la inversión privada, sobre la misma base del fomento, la que también reconoce como su razón de ser a la cooperación del privado que requiere el Estado (como principal gestor) para la prestación de servicios públicos.

Ahora, desde los años 90's y luego de la reforma de la Constitución Política de 1993 que introduce un cambio estructural en el modelo económico, en el Perú se viene efectuando constantes reformas en materia de promoción de la inversión privada –concretamente en lo que se refiere al incremento infraestructura para la prestación de los servicios públicos a través del reconocimiento y regulación de diversos mecanismos de fomento de dicha iniciativa.

En ese sentido, a continuación examinaremos dos de los mecanismos para la promoción de la inversión privada más recurrentes en nuestro sistema jurídico, Concesiones y Asociación Público Privada, para así plantearnos las siguientes interrogantes ¿cómo conducir la reforma normativa en materia de promoción de la inversión privada desde una perspectiva y análisis de la expropiaciones indirectas como consecuencia del ejercicio de la potestad a y su relación con la Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública?; y ¿si ello solo implica una reforma a nivel normativo?

### 2.1 Contratos de Concesión

En economía y en Derecho Administrativo, una concesión es el otorgamiento del derecho de explotación, por un periodo determinado, de bienes y servicios por parte de la Administración Pública a un privado. La concesión tiene por objeto la administración de los bienes públicos mediante el uso, aprovechamiento, explotación de las instalaciones o la construcción de obras. Los objetivos de estos negocios radican en proporcionar servicios esenciales para el público, por ejemplo, la electricidad, el gas, el suministro de agua, la depuración de aguas residuales y las telecomunicaciones<sup>3</sup>.

En el Perú, mediante Decreto Supremo NÚ 059-96-PCM, se emitió el Texto Único Ordenado de las

1 ARIÑO ORTIZ, Gaspar. Principios de Derecho Público Económico, Granada: Comares, 2004, p. 344.

2 JORDANA DE POZAS, Luis. «Ensayo de una teoría en el Derecho Administrativo», en ARIÑO ORTIZ, Gaspar. Principios de Derecho Público Económico, Granada: Comares, 2004, p. 345

3 MENDOZA TORRES, Arnaldo. Los Contratos de Concesión. Revista de Derecho, Universidad del Norte, Colombia, p. 82.

Normas con Rango de Ley que regulan la entrega en Concesión al Sector Privado de las Obras Públicas de Infraestructura y de Servicios Públicos, el cual declara de interés nacional la promoción de la inversión privada en el ámbito de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos.

El referido Decreto Supremo señala que la modalidad bajo la cual se promueve la inversión privada en el ámbito de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos es la concesión. Asimismo, determina que las concesiones, licencias, autorizaciones, permisos, servidumbres y otros que se requieran para la utilización de recursos naturales, la ejecución de obras de infraestructura y la prestación de servicios públicos se rigen por lo establecido en las leyes sectoriales correspondientes.

Debemos tener en cuenta que la palabra concesión se usa con muy diversas connotaciones y con ella se designan diversas instituciones. El empleo de este término ha sido y es tan poco preciso, que con justa razón se ha dicho que desempeña en el derecho actual la misma función que desempeño, en otro tiempo, «la gracia» en el Derecho canónico. La concesión por tanto, no es un acto exclusivo del Derecho Administrativo, la doctrina francesa y la italiana entendió que se asemejaba a un contrato como el que celebraban dos personas. Entonces sencillamente se decía que la naturaleza jurídica de la concesión era la de un contrato.

Desde la perspectiva del Derecho Administrativo español, la concesión presenta una mayor dificultad en su definición habida cuenta de su carácter heterogéneo y diverso en cuanto al objeto. Puede definirse como el medio para obtener la cooperación de sujetos particulares para:

- La ejecución de una obra pública, constituyendo la concesión la forma de retribución.
- La gestión de un servicio público.
- El aprovechamiento de un patrimonio colectivo como es el dominio público.

En ese sentido, en el caso peruano, el Decreto Supremo NÚ 059-96-PCM promueve la inversión privada en obras de infraestructura y/o de servicios públicos, y regula su explotación, para cuyo efecto se puede otorgar concesiones a personas jurídicas, nacionales o extranjeras, para la construcción, reparación, conservación y explotación de obras públicas de infraestructura y de servicios públicos. La concesión de la obra implica la explotación del servicio.

## 2.2 Asociaciones Público Privadas

La Asociación Público Privada (en adelante APP's) se constituye como un mecanismo de política pública, que supone la participación del sector privado conjuntamente con el sector público para llevar a cabo proyectos de infraestructura pública orientada a la prestación de servicios públicos. En ese sentido, las APP's se construyen como mecanismo que presupone la compartición de esfuerzos y riesgos, que a su vez dan origen a un engranaje de intereses (privados y públicos), que apuntan al logro de rentabilidad económica y social, respectivamente.

En el Perú el Decreto Legislativo N° 1012<sup>4</sup> (recientemente modificado por la Ley N°30167), define a las APP's como modalidades de participación de la inversión privada en las que se incorpora experiencia, conocimientos, equipos, tecnología, y se distribuyen riesgos y recursos, preferentemente privados, con el objeto de crear, desarrollar, mejorar, operar o mantener infraestructura pública, proveer servicios públicos y/o prestar los servicios vinculados a éstos que requiera brindar el Estado, así como desarrollar proyectos de investigación aplicada y/o innovación tecnológica. Señalando que participan en una APP el Estado, a través de alguna de las entidades públicas, y uno o más inversionistas privados.

Por su parte el reciente Decreto Supremo N° 127-2014-EF, que aprueba el Reglamento del Decreto Legislativo N° 1012, ha establecido las disposiciones para la aplicación de las modificaciones incorporadas por la Ley N° 30167 y la promoción del desarrollo de la participación privada mediante APP's.

Ahora bien, ambos mecanismos dan origen a una asociación o alianza contractual como mecanismo de la promoción de la inversión privada, para el acortamiento de la brecha de infraestructura para la prestación de servicios públicos. Y ellos han sido materia de múltiples regulaciones, las que con sus debilidades y fortalezas requieren aun ser vistas desde todas las perspectivas para generar un adecuado y fortalecido régimen regulatorio.

Adicionalmente, en el siguiente acápite nos proponemos analizar como punto de partida a las actuaciones en materia de regulación ambiental que pueden dar origen a una expropiación indirecta por parte de las Administraciones Públicas en el marco de una inversión. Ello toda

4 Decreto Legislativo que aprueba la ley marco de asociaciones público - privadas para la generación de empleo productivo y dicta normas para la agilización de los procesos de promoción de la inversión privada, recientemente modificado por la Ley N° 30167.

vez que los mecanismos contractuales antes descritos tienen como regulación externa a la contractual a los mandados y obligaciones que el Estado establezca en materia ambiental para todo aquel que ejecute un proyecto de inversión.

Ahora bien, consideramos necesario señalar que los mecanismos de promoción de la inversión privada tienen como requisito fundamental que el país o Estado cuente con un marco jurídico e institucional sólido, en el cual las actuaciones de las Administraciones Públicas no solo se caractericen por ser acordes a derecho, sino que sean claras, predictibles, transparentes y estén imbuidas de proporcionalidad y razonabilidad, efectuando un análisis del impacto regulatorio ex ante.

Asimismo, se requiere que los organismos cuenten con personal altamente capacitado para que sus actuaciones no causen daño a los inversionistas, evitando interferir más allá de lo previsto contractualmente en el desarrollo de un proyecto de infraestructura. Y puntualmente con respecto a la regulación ambiental y su aplicación ésta debe tener como estricta finalidad el prevenir la generación de daños medioambientales, por lo que la potestad normativa en dicha materia debe también analizar de manera previa su impacto en las inversiones en curso.

Por otro lado, nos queremos referir a que si bien en las APP's – a través de su regulación especial – ha establecido que las actuaciones del regulador no son arbitrables, dichas actuaciones pueden generar (i) drásticos cambios en la relación contractual, afectando el equilibrio patrimonial de la misma, así como, (ii) constituirse como un factor desmotivador de la inversión privada.

De manera puntual, nos referiremos a continuación a las expropiaciones indirectas que genera el Estado respecto a los inversionistas a través del ejercicio de su potestad (a través de los organismos públicos), que si bien de acuerdo al marco jurídico especial de las APP's las actuaciones de un organismo no podrían ser sometidas a un arbitraje, sí pueden generar el incumplimiento contractual del Estado e intentarse por parte del inversionista extranjero la revisión de un órgano supranacional. Ciertamente interpretación o posición bastante discutible, pero nuestra opinión de cara a las ventajas del Derecho Administrativo Globalizado, nos permite sustentar dicha postura en la tesis unitaria del Estado, puesto que para el inversionista resulta indistinto si es una entidad a, un ministerio u otro estamento del Estado quien haya sido titular del contrato, lo que tendrá

importancia para la defensa de sus intereses es la actuación del Estado.

Con respecto a la tesis unitaria del Estado, debemos indicar por ejemplo que el artículo 25° del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (Convenio CIADI), establece que 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.

Por su parte, el profesor BULLARD<sup>5</sup> señala que todo el sustento que utilizan (los que sustentan la tesis de que las decisiones del no son revisables vía arbitraje) es que la Ley de Arbitraje Peruano, en su artículo 2, dice: «*Pueden someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho...*». Entonces, como lo que deciden los es no es de libre disposición porque es de orden público, entonces ese tema no se puede arbitrar. Y efectivamente eso dice la norma. Pero lo importante es lo que se comen en los puntos suspensivos. La norma completa dice: »*Pueden someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho, así como aquellas que la ley o los tratados o acuerdos internacionales autoricen*».

Bajo ese contexto, a continuación se revisará y analizará los principales conceptos e implicancias de las Expropiaciones Indirectas en materia de inversiones, para reflexionar hasta donde alcanza el principio de soberanía y posibilidad de recurrir a un Tribunal Internacional para la solución de una controversia derivada de una inversión.

Asimismo, se revisarán los estándares internacionales de protección al inversionista extranjero (que en cuanto a las razones que los sustentan también deberían considerarse para los inversionistas nacionales) y su relación con el principio de responsabilidad patrimonial del Estado, a fin responder a nuestras dos preguntas planteadas.

### **3. Potestad reguladora en materia ambiental y sus principales efectos**

Los procesos de modernización ambiental potencian las oportunidades de crecimiento

5 Se puede acceder a la fuente a través del siguiente link: <http://semanaeconomica.com/prohibido-prohibir/2011/02/07/el-estado-yo-se-puede-arbitrar-las-decisiones-de-ositrany-de-los-demas-es/>

sostenible de un país. Las medidas de organización medioambiental suelen vincularse con el marco regulador en que se desarrollan, o bien con medidas de organización medioambiental voluntarias (como por ejemplo, los sistemas de gestión medioambiental). En el presente trabajo centraremos el análisis en las primeras.

Ahora, de acuerdo a señalado por Porter la contaminación suele estar asociada con el uso inadecuado de los recursos, con una escasa eficiencia en los factores de producción o con pérdidas energéticas. En consecuencia, la contaminación comporta un despilfarro económico y una explotación innecesaria o incompleta de los recursos. Y si bien reducir la contaminación a menudo coincide con mejoras en la productividad<sup>6</sup>; también tiene una directa relación con la regulación en dicha materia que emita el Estado, por lo que se requiere políticas medioambientales adecuadas y cuyos impactos sean analizados desde una perspectiva de efectividad y eficiencia, que respondan a una adecuada ponderación de intereses.

Ahora, si bien mediante la Constitución Ecológica (formulación terminológica) actualmente usada por el Tribunal Constitucional en la Sentencia 03610-2008-PA/TC, el Derecho al Medio Ambiente se obtiene de una visión en tres dimensiones constitucionales como: (i) principio (que irradia todo el orden jurídico puesto que es obligación del Estado proteger las riquezas naturales de la Nación); (ii) como derecho (de todas las personas a gozar de un ambiente sano, derecho constitucional que es exigible por diversas vías judiciales deducido de dicho principio), así como (iii) como conjunto de obligaciones impuestas a las autoridades y a los particulares, «en su calidad de contribuyentes sociales». Dicha definición no es suficiente, se requiere que las Administraciones Públicas a cargo de la regulación ambiental tengan como eje de su actuación a los principios de prevención y precaución, los cuales tienen como finalidad, ante la materialización de un daño ambiental, la adopción de medidas que permitan la recomposición del daño ocasionado, y su prevención efectiva.

En ese sentido, considerando que actualmente, se viene implementado un mayor número de proyectos de inversión de distinta naturaleza para el desarrollo de infraestructura en materia de servicios públicos, factor que genera desarrollo a nivel de país. Y en muchos casos dichas intervenciones traen consigo potenciales riesgos de generar impactos negativos al medio ambiente, se exige una eficiente regulación ambiental.

Ahora bien, considerando el análisis que se abordará en los siguientes acápite (planteando como desafío el de evitar expropiaciones indirectas), consideramos que la Administración Pública debe considerar que ante actividades riesgosas o eventualmente peligrosas llevadas adelante en el marco de la regulación de un proyecto de inversión se requiere la adopción de medidas especiales *ad intra* y *ex ante*.

Asimismo, se deberá considerar dentro de la regulación ambiental al principio de sustentabilidad, el mismo que trata al desarrollo económico y social y el aprovechamiento de los recursos naturales en el marco de una gestión apropiada del medio ambiente, y el Estado se vale de diversos mecanismos por los cuales procura la consecución de los objetivos previstos, por ejemplo la definición, de estándares de Seguros de Riesgos por Daño Ambiental exigibles (por sector económico en el cual se desarrollan las inversiones).

Por otro, lado se debe contar con una regulación normativa para la realización de estudios de impacto ambiental para identificar los posibles impactos y las acciones a realizar para evitarlos, que contengan las pautas de una estructura y enfoque metodológico adecuado a cada sector económico en el cual se desarrollan las inversiones.

En consecuencia, considerando que durante los últimos años hemos aprendido que no es posible continuar ignorando la necesidad de contar con la cooperación de la inversión privada para el desarrollo de infraestructura para la prestación de servicios públicos, la regulación en materia ambiental que desarrolle el Estado demanda de un mayor perfeccionamiento e innovación –al que consideramos vamos encaminados- respecto a la regulación ambiental *ad intra* y *ex ante*. Ello a fin que la actuación Estatal en atención a dicha regulación no genere daño a legítimas expectativas de los inversionistas, con consecuente desincentivos de las mismas.

Bajo ese orden de ideas, el análisis que se efectúa a continuación tiene como propósito introducir al lector a la reflexión y opinión respecto a una puntual consecuencia a la que se enfrenta una inadecuada regulación estatal, esto es una expropiación indirecta (aquella que produce un daño una legítima expectativa), así como una propuesta de prevención.

#### **4. Expropiaciones Indirectas en materia de inversiones**

Para poder estudiar las Expropiaciones Indirectas, se pasará a abordar primero el concepto de

6 Porter, M. y Van Der Linde, C., «Towards a new conception of environment-competitiveness relationship», *Journal of Economic Perspectives*, 9: 1995, pp. 97-118.

Expropiación Clásica, a fin de poder entender cuáles serían las semejanzas y/o diferencias entre este tipo de expropiaciones.

### a. Expropiación clásica

El derecho de propiedad se encuentra reconocido por el artículo 2, inciso 16 de la Constitución, según el cual: «*Toda persona tiene derecho: 16) A la propiedad (...)*»; así como por su artículo 70, a tenor del cual: «*El derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza*». Sin embargo, hay que tener en cuenta que como cualquier derecho fundamental, el de propiedad no es un derecho absoluto, pues se encuentra limitado por disposiciones constitucionales expresas o por delimitaciones tacitas.<sup>7</sup>

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

Ahora, en materia de expropiación se han dado críticas a la labor que ha venido realizando el Tribunal Constitucional, al momento de resolver este tipo de casos. Se ha señalado que el Tribunal Constitucional, ha mostrado una peligrosa tendencia a considerar la propiedad como un derecho individualista<sup>8</sup>.

Decisiones que se critican por parte de la doctrina, y que califican a éstas como provenientes de una tendencia «neoliberal» de la propiedad y de la expropiación. Señalándose que el Tribunal Constitucional se encontraría defendiendo principalmente el derecho de todo propietario a disponer libremente de los bienes que se encontrarían dentro de su radio de influencia jurídica, tutelándose el mero voluntarismo del dueño en hacer y deshacer. Al respecto GONZALES BARRON ha señalado:

*«Atar de manos al Estado en materia de expropiación es una forma de entender la propiedad desde una perspectiva individualista*

*y no social, que suponíamos superada. Sin embargo, el influjo ideológico de las tendencias neoliberales, que se reducen a la frase «no hay que cambiar el modelo económico porque los inversionistas se corren», empieza también a manifestarse en el ámbito jurídico, y nada menos que en las decisiones del máximo intérprete de la Constitución» (el énfasis es nuestro).<sup>9</sup>*

Sin embargo, a pesar de las críticas que puedan existir en la doctrina, como la mencionada en la cita anterior, hay que tener en claro que desde la perspectiva constitucional, el derecho fundamental a la propiedad, como los demás derechos, posee un doble carácter: de derecho subjetivo y, a su vez, de institución objetiva valorativa (es decir cuentan también con una valoración económica que no se la puede desconocer).

Por lo que, habiendo entendido la expropiación como la vulneración al derecho de propiedad, resulta necesario resaltar lo que debe entenderse por «propiedad». El significado del término «propiedad», ha ido evolucionando en cuanto a su significado, así como en cuanto a su función. Dicha evolución ha ido a la par con todos aquellos cambios sociales dados en la historia, los cambios tecnológicos, y con el reconocimiento universal de los derechos humanos.<sup>10</sup> El Tribunal Constitucional ha definido en varias oportunidades, la concepción clásica del derecho de propiedad, señalando que:

*«43. De acuerdo con el ámbito civil, el derecho de propiedad confiere a su titular cuatro atributos respecto del bien: usar, disfrutar, disponer y reivindicar, cada uno de los cuales permite un ejercicio pleno de este derecho. Asimismo, la doctrina civil analiza los caracteres de la propiedad, en tanto que es un derecho real, absoluto, exclusivo y perpetuo. Así, es un derecho real por excelencia, porque establece una relación directa entre el titular y el bien, ejercitando el propietario sus atributos sin intervención de otra persona. Además, la **propiedad es erga omnes, esto es, se ejercita contra todos**, cualidad denominada «**oponibilidad**». **Es un derecho absoluto porque confiere al titular todas las facultades sobre el bien: usa, disfrute, dispone. Es exclusivo, porque descarta todo otro derecho sobre el bien, salvo que el propietario lo autorice. Y es perpetuo, pues no se extingue por el no uso**»<sup>11</sup> (el énfasis es nuestro).*

7 Sentencia de Tribunal Constitucional peruano en el Expediente. Nro. 0031-2004-AI/TC

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

9 *Ibid.* p. 21.

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

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

Por tanto, se puede advertir que la definición de la propiedad ha ido evolucionando hacia una perspectiva social, lo cual ha ido modificando su contenido, conforme lo reconoce el propio Tribunal Constitucional en una de sus sentencias, a través de la cual señala que:

*«Establecido en los incisos 8 y 16 del artículo 2 de la Constitución, la propiedad es concebida como el poder jurídico que permite a una persona usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Así, la persona propietaria podrá servirse directamente de su bien, percibir sus frutos y productos, y darle destino o condición conveniente a sus intereses, siempre que ejerza tales actividades en armonía con el bien común y dentro de los límites establecidos por la ley; e incluso podrá recuperarlo si alguien se ha apoderado de él sin derecho alguno. (...) Ahora bien, la referencia al bien común establecida en el artículo 70 de la Constitución, es la que permite reconocer la función social que el orden reserva a la propiedad»<sup>12</sup> (el énfasis es nuestro).*

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

Con respecto a las restricciones del derecho de propiedad, estas tienen que estar basadas siempre en razones de seguridad nacional y de interés público, por lo que la afectación de este derecho no puede dejarse a la libre discrecionalidad de las autoridades nacionales.

Ello tiene su correlato en el entendido de que el derecho de propiedad es un derecho fundamental que guarda una estrecha relación con la libertad personal, pues a través de éste se expresa la libertad económica que tiene toda persona en el Estado social y democrático de derecho.

Asimismo, debería de entenderse que todo acto coactivo del Estado, en donde el bien es destinado para fines distintos a los que el propietario hubiera querido darle, será siempre válido, en la medida que el titular del bien haya recibido como compensación el valor de mercado del bien expropiado.

En resumen, puede decirse que el derecho de propiedad otorga las siguientes prerrogativas a su titular: i) Aprovechamiento y disfrute del bien, ii) Poderes de modificación jurídica sobre el derecho (disposición), y iii) Mecanismos de aseguramiento para la protección del derecho, ya sea frente al Estado, como frente a particulares<sup>13</sup>. Por lo que todos los derechos subjetivos o las situaciones jurídicas de ventaja tienen siempre una función determinada. Función que el sistema legal considera valioso.

Y como bien señalamos, el Derecho de Propiedad es un derecho cuyo campo de protección y reconocimiento, se encuentra tanto dentro de la esfera nacional como internacional en ese sentido podemos citar las siguientes:

*a) A nivel supranacional, el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos regula el derecho a la propiedad privada, estipulando que: «Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social (inciso 1).*

*b) A nivel nacional-constitucional, el artículo 2, inciso 16 de la Constitución Política del Perú establece que toda persona tiene derecho «a la propiedad y a la herencia». Asimismo, en su artículo 70 estipula: «El derecho de propiedad es inviolable. El estado lo garantiza. Se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de la ley. A nadie puede privarse de su propiedad sino, exclusivamente, por causa de seguridad nacional o de necesidad pública, declarada por ley y previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio. Hay acción ante el Poder Judicial para contestar el valor de la propiedad que el Estado haya señalada en el procedimiento expropiatorio.*

*c) A nivel nacional-legal, el artículo 923° del Código Civil prescribe: «La propiedad es el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Debe ejercerse en armonía con el interés social y dentro de los límites de la ley.*

Por consiguiente queda claro que ante la Expropiación Clásica, el privado cuenta con mecanismos de protección de su derecho de propiedad, ya sea frente al Estado, como frente a particulares, mecanismos que se sustentan en los conceptos y base jurídica nacional y supranacional que han reconocido limitaciones al ejercicio del Poder del Estado respecto a este derecho.

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

13 ECHAIZ MORENO, Daniel. «La expropiación y la confiscación». En: Gaceta constitucional - Tomo 43 (Jul. 2011), p. 44

No obstante, en materia de expropiaciones indirectas no existe un mecanismo de protección concreto para que los privados o inversionistas salvaguarden su derecho de propiedad ante actos estatales que originen una afectación patrimonial sustancial de sus legítimos intereses. Esto último por varias razones entre las cuales encontramos una tradición de pensamiento respecto a los alcances del derecho de propiedad, el cual se encuentra reflejado en el poco desarrollo doctrinario y jurisprudencial nacional, así como la inexistencia de un análisis de impacto regulatorio ex ante la emisión de regulación estatal.

Sin embargo, nos preguntamos si los conceptos y desarrollo doctrinario y jurisprudencial que justifican la existencia de mecanismos de protección para que los inversionistas salvaguarden sus derechos de propiedad ante una expropiación clásica, constituyen también sustentos para desarrollar un mecanismo de protección en los casos de Expropiación Indirecta, considerando que el solo Principio de Responsabilidad Patrimonial del Estado no es suficiente para esgrimir la potencial afectación a los inversionistas frente a los actos de actuación regulatoria del Estado.

Por tanto, a continuación abordaremos las principales ideas que a nivel internacional, tanto en la doctrina como en los tribunales arbitrales internacionales, se ha venido desarrollando sobre el concepto de expropiación indirecta. Dado que, debemos indicar que la determinación de cuando estamos ante una expropiación indirecta, se da de manera casuística, no existiendo un concepto definido de lo que deberíamos entender por expropiación indirecta, pero si podemos encontrar algunas ideas generales que se han venido exponiendo en varios casos internacionales, las cuales pasaremos a abordar en el siguiente punto, a fin de poder determinar sus semejanzas y diferencias con el concepto de expropiación clásica. A fin de notar que las actuaciones administrativas en materia de regulación ambiental podrían desembocar en una expropiación indirecta.

## b. Expropiación indirecta

Uno de los primeros casos internacionales en el cual se tocó el tema de las Expropiaciones Indirectas, fue el caso de Pope & Talbot<sup>14</sup>, que fue visto en el Tribunal de Reclamaciones Irán – USA. Pope & Talbot Inc. es una empresa constituida en Norteamérica, la cual pertenecía a una empresa Canadiense dedicada a la exportación de madera. En el caso, Pope & Talbot alegaba que la forma en que Canadá había implementado la Softwood Lumber Agreement (SLA) en el año de 1996 con los Estados Unidos, incumplía las obligaciones contraídas en la Sección A del Capítulo 11 del NAFTA (North American Free Trade Agreement). La norma SLA establecía un límite en la libre exportación de madera a los Estados Unidos, desde British Columbia, entre otros lugares.

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

Sin embargo, este alegaba que la frase «medida equivalente a una expropiación» contenida en el párrafo 1, del Artículo 1110<sup>15</sup>, en el Capítulo 11 del NAFTA, no hacía más que ampliar la definición de expropiación en el derecho internacional consuetudinario, pudiendo incluirse también dentro de dicha definición las medidas establecidas dentro del nuevo Régimen de Control de Exportaciones.

En ese sentido, Pope & Talbot Inc. señalaba que esta norma era similar al Párrafo 1, del Artículo 2, de la Declaración de Solución de Reclamaciones<sup>16</sup>,

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

15 Article 1110, para 1, of NAFTA provides: No Party may directly or indirectly nationalize or expropriate an investment of an investor of another Party in its territory or take a measure tantamount to nationalization or expropriation of such an investment («expropriation»), except:

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

16 Article II, para 1, of the Claims Settlement Declaration provides in relevant part:

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

el cual confería al Tribunal de Reclamaciones Irán – Estados Unidos jurisdicción para decidir, en adición a las reclamaciones que surgían de «expropiaciones», las reclamaciones que aparecían de «otras medidas que afectaran los derechos de propiedad». Sin embargo, el Tribunal NAFTA denegó a Pope & Talbot su demanda de expropiación.

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

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

Asimismo, el Tribunal NAFTA ha establecido un tipo de estándar para poder determinar la ocurrencia de una expropiación indirecta<sup>17</sup>:

*«Está reconocido en el derecho internacional que las medidas adoptadas por un Estado pueden interferir con los derechos de propiedad en tal medida que esos derechos terminan no teniendo ningún valor de tal forma que se ha considerado que ellos han sido expropiados, incluso aunque el Estado no ha tenido la intención de expropiarlos y el título legal de propiedad formalmente permanece con el titular original<sup>18</sup>».*

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

*«Teniendo en cuenta que la expropiación podría requerir, al menos, que el Tribunal satisfaga con que ha habido una interferencia gubernamental deliberada con la conducta operacional de Sea-Land, el efecto del cual ha sido privado Sea-Land del uso y beneficio de su inversión<sup>19</sup>».*

A diferencia de este laudo, en el caso Tippetts<sup>20</sup>, el Tribunal estableció lo siguiente, la cual viene siendo la postura actual de la mayoría de tribunales arbitrales, conociéndose como la doctrina del «sole effect»:

*«La intención del Gobierno es menos importante que los efectos de las medidas sobre el propietario, y la forma de las medidas de control o interferencia es menos importante que la realidad de su impacto<sup>21</sup>».*

Finalmente, el Tribunal también ha señalado que el hecho de que un Estado haya actuado legalmente en concordancia con sus propias leyes o que haya sido motivado por problemas financieros, económicos o sociales, no daría bajo el Derecho Internacional Consuetudinario, un argumento de defensa al Estado respecto a una reclamación de expropiación.

## 5. Soberanía y posibilidad de recurrir a un Tribunal Internacional para la solución de una controversia derivada de una inversión

A fin de poder entender la posibilidad que tiene todo inversionista de poder demandar a un Estado ante un Tribunal Arbitral Internacional, es necesario el desarrollo de cuáles son los requisitos que tiene que cumplir un inversionista para poder

17 Charles N. Brower and Jason D. Brueschke, *The Iran-United States Claims Tribunal* 669 (Martinus Nijhoff 1998).

18 Cita original:

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

19 Cita original:

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

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

21 Cita original:

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

acceder a este tipo de Tribunales, como el del CIADI, así como de que su actividad económica sea calificada como Inversión por el país receptor o Host Country.

### 5.1 Definición de inversión

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

- a) Directa y de portafolio  
Tradicionalmente se han distinguido dos tipos de inversiones<sup>22</sup>, la directa y la de portafolio. La directa se efectúa cuando el monto desembolsado por el inversionista es de tal cantidad que la cuota de propiedad que este adquiere le permite tener el control de la empresa. A diferencia de la inversión en portafolios en donde el inversionista no desea obtener el control de la empresa, ya que simplemente invierte para poder incrementar su capital a través de las utilidades que reciba de ésta.
- b) Restringida y amplia  
Las definiciones de inversión que podemos encontrar pueden ser desde las más estrictas hasta las más amplias posibles. Lo cual suele ser muy importante en el comercio internacional, dado que ello le permitirá saber a los inversionistas internacionales el grado de protección ofrecido por el «host country» o «país receptor de inversiones».

Como se ha señalado, se tienen dos conceptos de inversión, una restringida y otra amplia. La primera de ellas, se daría cuando el elemento esencial del concepto es la posesión del control de la empresa por el inversionista, es decir, cuando este haya realizado una inversión directa. Y la definición amplia no solo se enfocaría en la creación de una empresa o en la adquisición de una ya existente, sino que también abarcaría otros bienes de la empresa o inversionista.

Con respecto a nuestro ordenamiento interno, la política del Estado Peruano en materia de promoción de inversiones se encuentra dirigida a tener un concepto amplio de Inversión. Este concepto se ve plasmado en el Decreto Legislativo N° 662 (Otorgan un régimen de estabilidad

jurídica a las inversiones extranjeras mediante el reconocimiento de ciertas garantías), que en su artículo 1, señala lo siguiente:

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

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

*Aportes de propiedad de personas naturales o jurídicas extranjeras, canalizadas a través del Sistema Financiero Nacional, al capital de una empresa nueva o existente en cualquiera de las formas societarias señaladas en la Ley General de Sociedades, en moneda libremente convertible o en bienes físicos o tangibles, tales como plantas industriales, máquinas nuevas y reacondicionadas, equipos nuevos y reacondicionados, repuestos, piezas y partes, materias primas y productos intermedios;*

*Las inversiones en moneda nacional provenientes de recursos con derecho a ser remitidos al exterior*

*La conversión de obligaciones privadas con el exterior en acciones;*

*Las reinversiones que se efectúen de conformidad con la legislación vigente;*

*Las inversiones en bienes ubicados físicamente en el territorio de la República;*

*Las contribuciones tecnológicas intangibles, tales como marcas, modelos industriales, asistencia técnica y conocimientos técnicos patentados o no patentados que puedan presentarse bajo la forma de bienes físicos, documentos técnicos e instrucciones;*

*Las inversiones destinadas a la adquisición de títulos, documentos y papeles financieros cotizados en bolsa de valores o certificados de depósito bancario en moneda nacional o extranjera;*

*Los recursos destinados a contratos de asociación en participación o similares que otorgan al inversionista extranjero una forma de participación en la capacidad de producción de una empresa, sin que ello suponga aporte*

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

de capital y que corresponde a operaciones comerciales de carácter contractual a través de las cuales el inversionista extranjero provee bienes o servicios a la empresa receptora a cambio de una participación en volumen de producción física, en el monto global de las ventas o en las utilidades netas de la referida empresa receptora.

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

Cualquier otra modalidad de inversión extranjera que contribuya al desarrollo del país»

## 5.2 Definición de inversionista

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

### a) En función de personas naturales

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

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

*«Nacional significa una persona natural que tiene la nacionalidad de una Parte de conformidad con el Anexo 1.3 (Definiciones de Aplicación General). Persona natural que posee la nacionalidad de una Parte significa:*

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

**(b) Con respecto a los Estados Unidos,** «national of the United States» según lo definido en las disposiciones existentes de la Immigration and Nationality Act». <sup>23</sup>

### b) En función de la persona jurídica

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

«Para los efectos del presente Acuerdo:

1. El término «Inversionista» designa, para cada una de las Partes, a los siguientes sujetos que hayan efectuado inversiones en el territorio de la otra Parte conforme al presente Acuerdo:
  - a. Las personas jurídicas que, de acuerdo con la legislación de esa Parte, son consideradas nacionales de la misma;
  - b. Las entidades jurídicas, incluyendo sociedades, corporaciones, asociaciones comerciales o de cualquier otra entidad constituida o debidamente organizada de otra manera según la legislación de esa Parte.
  - c. Las personas jurídicas constituidas conforme a la legislación de cualquier país, que fueran controladas, directa o indirectamente, ¿por personas físicas de esa Parte o por personas jurídicas cuya sede se encuentre en el territorio de esa misma Parte, donde la persona jurídica ejerce su actividad económica principal, lo anterior de conformidad a los literales a y b respectivamente»

Como se puede observar, el criterio del lugar de constitución de la empresa o persona jurídica no es el único factor que puede resultar aplicable. Dado que algunos de los vehículos para realizar inversiones, calificados como personas jurídicas en el Acuerdo entre Perú y San Salvador, podrían no tener necesariamente un lugar de constitución,

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

sino que se organizarían bajo las leyes de uno de los Estados Parte. Como pueden ser, por ejemplo, los *trusts* o *fideicomisos*, los fondos y algunos vehículos que son más bien contractuales que corporativos. Señalándose que en esos casos pertenecerían a un Estado parte en la medida en que se hayan creado, y por tanto organizado, válidamente, bajo la ley de uno de los Estados Parte<sup>24</sup>.

Para finalizar, en cuanto a la definición de inversionista, habría que señalar la experiencia del Convenio CIADI<sup>25</sup>, en cuanto a la determinación de la jurisdicción *ratione personae* de dicho Convenio. Habiéndose conformado dentro del CIADI un Grupo de Trabajo, exclusivamente para tratar este tema y alcanzar un consenso entre los delegados, dado que durante las negociaciones, diversos Estados presentaron propuestas y observaciones a fin de buscar fórmulas que pudieran alcanzar un mayor consenso.

El Proyecto Preliminar del Convenio del CIADI señalaba que «la declaración escrita de nacionalidad firmada por el Ministro de Relaciones Exteriores del país cuya nacionalidad reclama la parte, o en su nombre, y emitida a los efectos de dicho procedimiento, hará plena fe respecto de los hechos en ella establecidos». De manera inmediata, diversos Estados expresaron las dificultades que tendría la presentación de una «declaración escrita de nacionalidad» firmada por el Ministerio de Relaciones Exteriores debido, a que en muchos países este trámite no se encuentra ya regulado o está a cargo de una autoridad distinta.<sup>26</sup>

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

## 6. Estándares Internacionales de Protección al inversionista

Las relaciones económicas mundiales actuales han ido expandiéndose cada vez más, debido a que el ámbito jurídico de estas han ido creciendo con la constante celebración de Acuerdos Internacionales de Inversiones (All), sean Acuerdos o Tratados Bilaterales de Inversión o Capítulos de Inversión incluidos en los Tratados de Libre Comercio. Pero debemos de tener en cuenta que, los Acuerdos Internacionales de Inversiones en vigor son instrumentos que forman parte de una

política interna del Estado, por lo que a la pregunta de ¿si las inversiones son buenas o malas? habría que responder, que el tipo de inversiones que tiene cada país depende del tipo de políticas que haya establecido para ello. Por lo que no hay inversionista bueno o malo, simplemente hay buena o mala política de inversiones.

### 6.1 Estándar de Trato Nacional

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

Existen dos etapas en las que este estándar puede ser otorgado, desde el pre – establecimiento, en cuyo caso se busca abrir la economía a nuevas inversiones, o solo en la etapa del post establecimiento, fase en la que se busca la protección. Es por ello que debemos de considerar, qué áreas de la economía desea el Estado proteger en aras de mantener y potenciar su desarrollo económico y la posibilidad que desee reservar algunos sectores o actividades para sus nacionales.

En efecto, cada Estado es totalmente soberano de proteger ciertas áreas de su economía, estableciendo reservas o excepciones, respecto de las obligaciones otorgadas por el estándar de Trato Nacional en los Acuerdos Internacionales de Inversión, incluyendo en cada acuerdo las denominadas «*Listas de Excepciones*», es decir, listados (que usualmente se incluyen en Anexos) en los que los Estados indican si en determinados sectores se otorga o no el estándar ofrecido en el Acuerdo Internacional de Inversión a los inversionistas o sus inversiones.

### 6.2 Estándar Nación Más Favorecida

El Estándar de la Nación más Favorecida (NMF) es un elemento básico de los acuerdos internacionales en materia de inversión, dado

24 TOVAR GIL, Javier. Régimen Aplicable a las Inversiones. En: TLC Perú-Estados Unidos: Contenido y Aplicación, p. 249.

25 *Ibidem.*, p. 130

26 *Ibidem.*, p. 131.

que significa que el *país anfitrión* o *host country*, debe conceder a los inversionistas de un país extranjero un trato no menos favorable que el que otorga a los de cualquier otro país. Lo cual en la práctica representa un tipo de garantía en contra de ciertas formas de discriminación por los países receptores, y es sumamente importante para que exista igualdad de oportunidades de competencia entre los inversionistas de diversos países.

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

Hay que resaltar que una de las disposiciones básicas de los acuerdos internacionales en materia de inversión se refiere al trato de la NMF. De hecho, se podría decir que este estándar es el cimiento para un futuro multilateralismo. Significa que el país anfitrión debe conceder a los inversionistas de un país extranjero un trato que no sea menos favorable que a los de cualquier otro país en circunstancias similares.

En otras palabras, la finalidad de este estándar es impedir la discriminación entre inversionistas de países extranjeros, es decir, evitar la discriminación por razones de nacionalidad. Al mismo tiempo, el estándar de la NMF también fija determinados límites en relación con la política presente y futura de los países receptores en materia de inversiones, dado que se les prohíbe favorecer a los inversionistas de un país extranjero con respecto a los de otro país extranjero.

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

Finalmente, la Nación Más Favorecida no significa que los inversionistas extranjeros deban recibir igual trato independientemente de su actividad concreta en un país receptor. Un trato distinto está justificado con relación a los inversionistas

de diversos países extranjeros si se encuentran en situaciones objetivas diferentes. Por ejemplo el BIT modelo de los Estados Unidos y el NAFTA contiene una disposición expresa al respecto, según la cual solo se aplica el trato NMF a los inversionistas y a las inversiones que se encuentran en «situaciones similares» o en «circunstancias similares».

### 6.3 Prohibición de requisitos de desempeño

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

La prohibición de requisitos de desempeño ha sido considerada como uno de los principios básicos en materia de inversiones. También se ha dicho que dicha prohibición obedece a dos objetivos. El primero, eliminar cualquier tipo de distorsión al comercio que pueda surgir precisamente por la imposición de un requisito de desempeño, ya sea a los nacionales del propio país Parte, o a los inversionistas extranjeros. Y el segundo objetivo consiste en asegurar un grado de autonomía empresarial, ya que tanto la fuente del financiamiento como las decisiones de venta se encuentran sujetas al juicio del inversionista y no con base en los criterios impuestos por el país anfitrión de la inversión.

Se puede decir que, en general, la política sobre inversiones en Perú es liberal, por lo que la aplicación de requisitos de desempeño vendría a ser mínima. Sin embargo, a nivel interno, aun podría haber la posibilidad de que nuevas administraciones políticas del país consideren cambiar este tipo de políticas no intervencionistas, para poder influenciar en las inversiones de los inversionistas extranjeros, o en una mayor medida, en las inversiones de los inversionistas nacionales. Otro tipo de requisitos válidos, sería el poder dar preferencia a la contratación de personal local, o el de fijar y alcanzar un mínimo nivel de participación local en las inversiones, resultando ser este tipo de requisitos muy importante, en

lo referente a temas laborales, en cuanto que los requisitos de desempeño también buscan el respeto de las normas en materia laboral, que no violen las Recomendaciones o las Convenciones de la Organización Internacional del Trabajo, por ejemplo, en materias de libertad sindical, negociación colectiva, trabajo infantil, trabajo forzoso y discriminación contra la mujer o las minorías.

#### **6.4 Libre iniciativa privada y libertad de organización empresarial**

La libre iniciativa privada es considerada como uno de los fundamentos básicos que rigen el sistema económico capitalista, lo cual se contraponen a la iniciativa pública o iniciativa de realizar actividad empresarial del Estado. La libre iniciativa privada, consistiría por tanto en el predominio de la empresa privada, la prevalencia de la economía sobre el sector público y sobre el intervencionismo del Estado; en el predominio de la propiedad privada, sobre cualquier potencial injerencia que pudiera realizar el Estado sobre esta. Por lo que, para que pueda ser ejercida como tal, debe ir acompañada de la libertad económica o libre competencia, donde se dé el libre juego de la oferta y la demanda, donde sean estos los que determinen la actividad de cada agente económico según el principio ya conocido, como es el de la mano invisible definido por Adam Smith. Por ejemplo, ello lo tenemos en el Convenio entre el Gobierno de la República Argentina y el Gobierno de la República del Perú para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones:

**«Artículo 2: Promoción y Protección de Inversiones**

1. Cada parte Contratante promoverá en su territorio, las inversiones de inversores de la otra Parte contratante, y las admitirá de conformidad con sus leyes y reglamentaciones.

2. Las inversiones realizadas por inversores de una de las Partes contratantes en el territorio de la otra Parte contratante de conformidad con las leyes y reglamentaciones de esta última gozaran de la plena protección de este Convenio.

**3. Cada parte Contratante asegurara en todo momento un tratamiento justo y**

**equitativo a las inversiones de inversores de la otra Parte contratante y no perjudicará su gestión, mantenimiento, uso, goce o disposición a través de medidas injustificadas o discriminatorias» (el énfasis es nuestro).**

Por otro lado, debemos resaltar que el hecho de ejercer la libre iniciativa privada, conlleva a su vez la Libre Organización Empresarial, siendo esta el proceso de organización de los recursos, ya sean humanos, financieros y materiales, de los que dispone la empresa, para alcanzar los objetivos planteados por esta. Siendo muchas la formas bajo las cuales una empresa podría organizarse. Y esto es lo que también podemos encontrar en doctrina, como Libertad de Empresa.

La libertad de iniciativa privada, conjuntamente con la libertad de organización empresarial o libertad de empresa, es un derecho fundamental en el marco del desarrollo económico de un Estado, en tanto este es uno de los medios a través de los cuales el Estado organiza la producción, así como también organiza la distribución, permitiendo por tanto que la producción de bienes y servicios que no puede o no debe brindar el Estado, puedan brindarse por los privados.

Esta libertad de iniciativa privada y de organización empresarial, que puede ser también definido como Libertad de Empresa, se encuentra señalada en nuestra Constitución dentro del Rol Económico del Estado, que dispone que el Estado tiene la obligación de garantizar la libertad de empresa, así como en lo referente al Pluralismo Económico<sup>27</sup>.

Finalmente, podemos decir que actualmente existe una obligación del Estado de garantizar la libertad de empresa, coadyuvando a crear los mecanismos jurídicos para lograr tal propósito, dado que de no hacerlo, ello significaría una contravención al texto normativo constitucional, yendo en contra de lo señalado por la Constitución Económica.

#### **6.5 Libre distribución de dividendos**

La distribución de utilidades es un derecho económico fundamental y primordial de todo socio en cualquier tipo de sociedad. Esta garantía a la libre distribución de dividendos, basada en una *legítima expectativa* un derecho económico

27 «Artículo 59.- Rol Económico del Estado

*El estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad pública. El estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad; en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades».*

«Artículo 60.- Pluralismo económico

El estado reconoce el pluralismo económico. La economía nacional se sustenta en la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa.

Solo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional.

La actividad empresarial, pública o no publica, recibe el mismo tratamiento legal».

fundamental a ser ejercido por cualquier inversionista, en cuanto le permite poder recuperar lo invertido en una determinada empresa. Ello resulta primordial en el caso peruano, debido a que el Perú ha ido logrando a lo largo de muchos años la solidez y estabilidad económica necesaria para la recepción de capitales extranjeros deseosos de invertir en nuestro territorio.

Finalmente, debemos señalar que el derecho al dividendo dimana del título accionario que confiere a su titular la calidad de socio, el cual le permite participar en la distribución de las utilidades. Es un derecho incorporado al título accionario que, a diferencia de otros títulos de crédito que otorgan a su poseedor el derecho de exigir una suma determinada, convirtiéndolo en un simple acreedor; la acción confiere la posesión de la calidad de socio, circunstancia que trasciende la relación crediticia, sin eliminarla. El derecho al dividendo derivaría del derecho a las utilidades, el cual es correlativo a la obligación de asumir las pérdidas. Por lo que así como el inversionista puede obtener ganancias, también es posible de sufrir pérdidas.

## 7. Potestad del Estado para introducir cambios en el sistema jurídico peruano: poder regulatorio y principio de la responsabilidad de la Administración Pública

### 7.1 Potestad reguladora

La normativa que conforma el plexo jurídico de los servicios públicos se integra con regulaciones de diversa jerarquía que tratan sobre el mismo objeto, pudiendo establecer derechos y obligaciones de modo general o para cada servicio público en particular. Los creadores y operadores de dichas regulaciones por lo general son los entes es que como máximos responsables en las cuestiones técnicas en la prestación del servicio público. El control que efectúan estos entes se realiza por la regulación (o poder normativo) y por la aplicación de sanciones (o poder sancionador) ante la vulneración del marco regulatorio<sup>28</sup>.

Si bien para el adecuado ejercicio de estas funciones tal como señala el profesor DROMI, es preciso regular con detalle el procedimiento de cada ente, que debe responder a los principios de celeridad y eficiencia, así como, se debe dar publicidad a las sanciones que se aplique. Nos preguntamos qué sucede cuándo el poder normativo de un ente genera daño en el patrimonio de un inversionista, puntualmente una

expropiación indirecta. Simplemente ello no ha sido contemplado, pero debe ser analizado desde el principio de responsabilidad patrimonial del Estado.

### 7.2 Principio de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública

En el Derecho Administrativo la afirmación de una responsabilidad patrimonial del soberano por los daños resultantes de la actuación de sus agentes pugnaba frontalmente con una tradición multisecular, que encontró su expresión clásica en el principio formulado por los juristas ingleses, pero común a todo Occidente, según el cual *the King can do not wrong* (el rey no puede hacer ilícito), para otros como Laferrière «lo propio de la soberanía es imponerse a todos sin compensación». No obstante viejos dogma y prejuicios medievales fueron desterrados con el advenimiento del tiempo y así a través de legislación y jurisprudencia se fue dejando obsoleto la idea de irresponsabilidad del soberano.<sup>29</sup>

Y la situación actual más bien postula que los particulares tienen derecho a ser indemnizados por el Estado ante una lesión que éste les genere en sus bienes o derechos, superándose así una grave imperfección de las potestades del Estado medievales.

En ese sentido, tal como lo señala el maestro GARCIA DE ENTERRIA cuando se refiere a la universalidad de la cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado:

*Está claro también y no es objeto de discusión alguna que la responsabilidad patrimonial de la Administración puede surgir tanto de una actividad jurídica, ya se plasme en un acto administrativo o de un reglamento, como de una actividad puramente material o técnica o, incluso de una simple omisión. Cada uno de estos supuestos puede dar lugar a particularidades y justificar matizaciones de diverso tipo, pero el principio en sí mismo no es discutido<sup>30</sup>(el énfasis es nuestro.*

Por tanto, la responsabilidad del Estado constituye un mecanismo por el cual éste se encuentra obligado a compensar en la medida que haya producido una lesión patrimonial por acción u omisión.

No obstante, consideramos que la sola existencia de este principio actualmente no garantiza la adecuada actuación del Estado, por ende se

28 DROMI, Roberto. Derecho Administrativo, Lima: Gaceta Jurídica, 2004, Tomo II, pp.100-106.

29 GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo y Fernández Tomás Ramón. Curso de Derecho Administrativo, Madrid: Thomson Civitas, 2004, p. 359.

30 *Ibidem*, p. 374.

requeriría -tomando nota de los estándares antes expuestos- reorientar las actuaciones de los es a través de un marco regulatorio en materia de concesiones y APP's más acorde a este principio, a fin de evitar las expropiaciones indirectas en materia de inversiones que poco o nulo desarrollo procedimental de defensa se posee esta materia.

Y con respecto a la materia ambiental, se debe fortalecer la actuación preventiva en materia de regulación por parte del Estado, contando con una regulación que sea revisada de manera constante. A fin de evitar la materialización de la responsabilidad patrimonial del Estado ante una afectación, generada en cambios en la regulación exigible bajo estándares a los inversionistas con proyectos en marcha, que pudieran ser previsibles por el Estado, pero al darse su modificación lesionan de manera considerable las proyecciones económicas del inversionista.

### **8. A manera de conclusión: Cambios que coadyuven a la eficacia de los instrumentos de desarrollo de infraestructura**

- En líneas generales, el concepto que se le debe dar al término inversión, es un concepto que estará siempre en manos de los gobernantes de cada Estado, los cuales tendrán que determinar a través de su ordenamiento jurídico interno, que tipo de inversiones desean atraer a su territorio. Ya que definir exactamente lo que una inversión significa en el ámbito internacional, no es una tarea que pueda darse de manera estática.
- Si bien de acuerdo al marco jurídico especial de las APP's las actuaciones de un organismo no podrían ser sometidas a un arbitraje, sí pueden generar el incumplimiento contractual del Estado e intentarse por parte del inversionista extranjero la revisión de un órgano supranacional.
- Ciertamente consideramos que es una interpretación o posición bastante discutible, pero nuestra opinión de cara a las ventajas del Derecho Administrativo Globalizado, nos permite sustentar dicha postura en la tesis unitaria del Estado, puesto que para el inversionista extranjero resulta indistinto si es una entidad a, un ministerio u otro estamento del Estado quien haya sido titular del contrato, lo que tendrá importancia para la defensa de sus intereses es la actuación del Estado.
- Considerando que no es posible continuar ignorando la necesidad de contar con la cooperación de la inversión privada para el

desarrollo de infraestructura para la prestación de servicios públicos, la regulación en materia ambiental que desarrolle el Estado demanda de un mayor perfeccionamiento e innovación -al que consideramos vamos encaminados- respecto a la regulación ambiental ad intra y ex ante. Ello a fin que la actuación Estatal en atención a dicha regulación no genere daño a legítimas expectativas de los inversionistas (*expropiación indirecta*), con consecuente desincentivos de las mismas.

- En materia de expropiaciones indirectas no existe un mecanismo de protección concreto para que los privados o inversionistas nacionales salvaguarden su derecho de propiedad ante actos estatales que originen una afectación patrimonial sustancial de sus legítimos intereses. Esto último por varias razones entre las cuales encontramos una tradición de pensamiento respecto a los alcances del derecho de propiedad, el cual se encuentra reflejado en el poco desarrollo doctrinario y jurisprudencial nacional, así como la inexistencia de un análisis de impacto regulatorio ex ante la emisión de regulación estatal.
- Sin embargo, se debe tener en cuenta que los conceptos y desarrollo doctrinario y jurisprudencial que justifican la existencia de mecanismos de protección para que los inversionistas salvaguarden sus derechos de propiedad ante una expropiación clásica, constituyen también sustentos para desarrollar un mecanismo de protección en los casos de Expropiación Indirecta, considerando que el solo Principio de Responsabilidad Patrimonial del Estado no es suficiente para esgrimir la potencial afectación a los inversionistas frente a los actos de actuación regulatoria del Estado.
- La responsabilidad patrimonial del Estado constituye un mecanismo por el cual éste se encuentra obligado a compensar en la medida que haya producido una lesión patrimonial por acción u omisión, cabe resaltar que la compensación de acuerdo a lo resuelto en arbitrajes internacionales en materia de expropiaciones indirectas debe darse de manera pronta (en el menor tiempo posible), adecuada (que se realice a valor de mercado) y efectiva (que sea de fácil realización).
- En ese sentido, consideramos que la sola existencia de este principio no garantiza la adecuada actuación del Estado, por ende se requeriría -tomando nota de los estándares expuestos aplicables a los inversionistas extranjeros- reorientar las actuaciones de los es a través de un marco regulatorio en

materia de Concesiones, APP's, a fin de evitar las expropiaciones indirectas en materia de inversiones que poco o nulo desarrollo procedimental de defensa (en comparación a las expropiaciones clásicas) se posee sobre esta materia, ya sea para los inversionistas nacionales o internacionales.

- Asimismo, con respecto a la materia ambiental, se debe fortalecer la actuación preventiva en materia de regulación por parte del Estado, contando con una regulación que sea revisada de manera constante. A fin de evitar la materialización de la responsabilidad patrimonial del Estado ante una afectación, generada en cambios en la regulación exigible bajo estándares a los inversionistas con proyectos en marcha, que pudieran ser previsibles por el Estado, pero al darse su modificación lesionan de manera considerable las proyecciones económicas del inversionista.
- Dicha reorientación puede materializarse en establecer una exigencia a nivel normativo para que los entes efectúen un análisis del impacto regulatorio como instrumento previo al ejercicio de sus actuaciones, considerando que en materia de arbitraje internacional existe un análisis suficiente para que se reconozcan los daños o lesiones sustanciales producidas al inversionista, lo cual debería también ser aplicado a los nacionales, y no solo a sus pares extranjeros.
- Al respecto, cabe indicar que el reciente Anteproyecto de la Ley de Procedimiento Administrativo General incorpora el literal 1.18

al artículo IV del Título Preliminar, que reconoce el principio de responsabilidad, el que señala que la autoridad administrativa está obligada a responder por las lesiones a los derechos o bienes de las personas ocasionados como consecuencia de la actividad administrativa. Las entidades y sus funcionarios o servidores asumirán las consecuencias de sus actuaciones de acuerdo al ordenamiento jurídico.

- A nuestro entender dicha regulación resulta sumamente idónea para promover una adecuada actuación de la Administración Pública respecto a los legítimas expectativas de los inversionistas, sobretodo nacionales, toda vez que éstos no pueden recurrir a los Tribunales Internacionales y por ende obtener una aplicación de los estándares antes mencionados que los protegen o defienden frente a una expropiación indirecta y de alguna manera prevenir este tipo de expropiaciones.
- En ese sentido, considerando que las actuaciones de la Administración pueden generar (i) drásticos cambios en la relación contractual, afectando el equilibrio patrimonial de la misma, así como, (ii) constituirse como un factor desmotivador de la inversión privada, debe prestarse atención no solo a nivel normativo, sino de fortalecimiento institucional la necesidad de una efectiva aplicación del principio de la responsabilidad patrimonial del Estado, a fin de advertir un adecuado ejercicio, generándose un fortalecimiento funcional de las Concesiones y las APP's, cuya eficacia se pretende construir a partir de su regulación particular. ☒