

El Contrato Administrativo Frente al Derecho Internacional y al Derecho de la Integración

Acuerdos de la OMC, Tratados Bilaterales de Protección de Inversiones, Normativa Comunitaria Europea y Sudamericana y Tratados de Libre Comercio*

Mario Linares Jara**

“El presente artículo hace un estudio de los distintos organismos internacionales encargados de regular las negociaciones comerciales entre los diversos sujetos de derecho internacional. Ese estudio desemboca finalmente en el análisis actual que tiene el concepto del contrato administrativo y su vinculación con las normas que rigen las relaciones comerciales a nivel internacional.”

Vivimos lo que se ha denominado como hipermodernidad, es decir la modernidad potenciada, la globalización acentuada por el desarrollo vertiginoso de las telecomunicaciones, la hegemonía del sistema económico liberal, la internacionalización de la economía y la incertidumbre respecto del nacimiento, desarrollo e inclusive extinción de bloques económicos integrados. No existe más un concepto diáfano de soberanía. Esta, por lo contrario, se ha relativizado, habiendo cedido los Estados y sus derechos públicos ante lo internacional, lo supranacional, lo comunitario¹.

Pues bien, la contratación pública no puede escapar a lo indicado, transformándose esta materia sin que prime

la doctrina tradicional francesa y los derechos locales en cuanto a las relaciones de nuestros Estados con el primer mundo preponderantemente y con el capital internacional. En efecto y como veremos a lo largo del artículo, por imperio del Derecho Internacional, teniendo como base o antecedente el Acuerdo Plurilateral de Contratación Pública de la Organización Mundial de Comercio –OMC y mediante los Tratados Bilaterales de Protección de la Inversión Extranjera– TBI, así como por imperio del Derecho de Integración ya sea merced a los muy en boga Tratados de Libre Comercio de segunda generación o por efecto de la normativa comunitaria aplicable, el contrato administrativo en su dimensión procedimental en cuanto a su conjugación

* El presente trabajo fue presentado y expuesto en las VIII Jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo organizada por la Universidad Externado de Colombia en julio de 2007.

** Abogado por la Universidad de Lima. Magister en Derecho y Economía de los Servicios Públicos por las Universidades Carlos III de Madrid y Paris X Nanterre en convenio con la Escuela de Postgrado Ciudad Argentina con sede en Buenos Aires. Estudios de Postgrado en Derecho Administrativo en la Universidad de Salamanca. Profesor de Derecho Administrativo y Contratación Pública en la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima. Profesor de Contratación Pública e Integración Económica en el Programa de Postgrado “Gestión Estratégica de las Adquisiciones Públicas” en la misma universidad. Profesor visitante en las Maestrías de Derecho y Economía de los Servicios Públicos y de Derecho de la Integración en la Escuela de Postgrado Ciudad Argentina - EPOCA, en Buenos Aires. Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Administrativo, Presidente de la Asociación de Estudios en Derecho Administrativo - AEDA y Co Director de la Revista Peruana de Derecho Administrativo Económico. Socio de Linares Consultores.

1 DROMI indica: “Por ello, hablamos de Derecho público como un simultáneo para dos aldeas: la local (más propia de la Nación o de la provincia) y la global (más propia de la comunidad integrada o de la instancia internacional). Este nuevo derecho se encuentra condicionado y determinado por los datos objetivos de la nueva realidad política (Estados integrados), económica (mercados comunes) y social (culturas globales). Por ello es imprescindible que dé, en toda su dimensión científica; respuesta simultánea a los nuevos espectros y escenarios de la contemporaneidad.” Véase: Dromi Roberto, El Derecho Público en la Hipermodernidad, Servicios de Publicaciones - Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Hispania Libros, Madrid - México, 2005, p. 44.

Véase también: Dromi, Roberto, Derecho Administrativo, Hispania Libros, Madrid-Mexico, Buenos Aires, 2006, 11ª Edición, Cap. 1, El Derecho Público en el Siglo XXI, Transformaciones en la Posmodernidad.

con normas de fomento y fundamentalmente en cuanto a lo sustantivo, se ha transformado.

El *ius variandi*, inclusive el *factum principis*, que se percibe como el ejercicio legítimo de la potestad legal y reglamentaria del Estado, no es recibido por el Derecho Internacional y por el de Integración, todo lo contrario, dichas “potestades” son rechazadas y tomadas como acciones por lo regular indemnizables cuando se perjudica a un inversionista o a una inversión extranjera.

En cuanto al aspecto procedimental, si bien es cierto la regla es la realización de procedimientos selectivos o licitaciones genéricamente hablando, se filtran cada vez con más frecuencia la proscripción de normas de fomento resumidas estas en el llamado “compre nacional” o “contrate nacional”, prevaleciendo el “trato nacional” para los capitales foráneos, inclusive multilateralizándose por efecto de la cláusula de la “nación más favorecida”

Expongo a continuación de forma muy básica los principales instrumentos internacionales y de Integración que inciden sobre la contratación pública para luego contrastarlos con la doctrina clásica del contrato administrativo, la cual abordaré como sobre entendida por ser esta tan manida y dado el nivel de los destinatarios de este trabajo.

1. La Contratación Pública y el Derecho Internacional

1.1 La Organización Mundial del Comercio y el Acuerdo Plurilateral de Contratación Pública.

Como es sabido, la OMC es el único organismo internacional que se ocupa del comercio entre los países. Se rige mediante sus acuerdos y constituye formalmente un sistema de normas consagrado al logro de una competencia libre, leal y sin distorsiones entre sus miembros. Los principios de la OMC son: más libertad (menos obstáculos para el comercio), previsibilidad, competitividad, no discriminación, principio este que se divide en: i) trato nacional una vez aplicados los derechos de aduana ii) trato de la nación más favorecida² (se tienen como excepciones las Uniones Aduaneras y los Acuerdos de Libre Comercio).

El sistema de la OMC se sustenta en el hecho de que eliminándose las barreras arancelarias y para arancelarias al libre comercio, se genera desarrollo puesto que se alientan las inversiones, se crean más empleos y se beneficia a los consumidores. El modelo es objetado al margen de concepciones ideológicas en tanto que la aplicación de las recetas de libertad de comercio generaría en los países de economías pequeñas, justamente el efecto contrario, al no poder competir las

empresas nacionales con las extranjeras por razones de índole tecnológica y económica.

La OMC nace como tal en 1994, aunque sus orígenes se remontan a luego de la segunda guerra mundial en donde existía consenso entre buena parte de Europa y los Estados Unidos para impulsar aceleradamente la liberalización del comercio internacional disminuyendo o eliminando barreras arancelarias.

Un primer acuerdo sobre normas de comercio y aranceles fue suscrito en Octubre de 1947, luego de ello, en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Empleo llevada a cabo en La Habana, la Organización de las Naciones Unidas impulsó la creación de la “Organización Internacional del Comercio” OIC, organización que serviría para conseguir acuerdos sobre empleo, productos básicos, prácticas comerciales restrictivas, servicios e inversiones internacionales, etc.. Mientras tanto, en 1948, entran en vigor algunas concesiones arancelarias virtud a un Protocolo de Aplicación Provisional, el denominado Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio - GATT.

Transcurridos 3 años de la Conferencia de la Habana, EEUU anuncia que su Congreso no se pronunciaría respecto de la OIC, quedando vigente por tanto el GATT, en cuyo marco, en la Ronda de Tokio, entre los años 1973 y 1979, se aborda por primera vez lo relacionado a los obstáculos del comercio no consistentes en aranceles.

En la década del 80, el GATT no respondía a la realidad del comercio mundial por constituirse nuevos escenarios: la globalización acentuada, el incremento del comercio de servicios y el incremento de las Inversiones Internacionales. Así pues, en la Ronda de Uruguay (1986-1994), con la participación de 125 países, se negociaron acuerdos sobre servicios (se incluyen obras), servicios financieros, propiedad intelectual, productos biológicos, software, tratamientos del SIDA, entre otros. Finalmente, en Marruecos, se crea la Organización Mundial del Comercio - OMC, arribándose a un nuevo conjunto de acuerdos plurilaterales, entre ellos el de contratación pública.

Si bien es cierto, dentro del GATT y producto de la Ronda de Tokio en 1979 se firmó el primer Acuerdo sobre Compras del Sector Público, estando vigente desde 1981, habiendo sido modificado en 1987 y entrando en vigor la versión modificada en 1988; el Acuerdo Plurilateral que se encuentra dentro de los anexos del documento de creación de la OMC, constituye un instrumento más sólido y difundido que sus predecesores, encontrándose vigente desde 1996 para los 25 Estados miembros de la Unión Europea, Canadá, Corea, EE.UU., Hong Kong, China, Islandia, Israel, Japón, Liechtenstein, Noruega, Países Bajos respecto de Aruba, Singapur y Suiza³.

2 Puede definirse la cláusula del trato de la nación más favorecida como aquella que prescribe la posibilidad de uno de los Estados partes, de acceder a los términos pactados más favorables por dos Estados cuando este sea parte de un tratado con alguno de ellos.

3 Se encuentran negociando su adhesión: Albania, Bulgaria, Georgia, Jordania, Moldova, Omán, Panamá, República Kirguisa, Taipei Chino. Asimismo, tienen la calidad de observadores: Albania, Argentina, Australia, Bulgaria, Camerún, Chile, China, Colombia, Croacia, Eslovenia, Georgia, Jordania, Moldova, Mongolia, Omán, Panamá, República de Armenia, República de Kirguisa, Sri Lanka, Taipei Chino, Turquía.

El acuerdo busca principalmente la liberalización de la contratación pública mediante la eliminación de trabas a las empresas nacionales de los Estados partes siendo exigible de parte de estas, un trato nacional en los procedimientos de selección para el suministro de bienes en general (exceptuando los relativos a defensa), servicios de construcción, consultoría en administración, investigación de mercados, servicios de informática, contabilidad, auditoría, publicidad, limpieza de edificios, editoriales y servicios de imprenta que superen los umbrales mínimos establecidos. Es exigible igualmente la cláusula de la Nación más favorecida.

En cuanto a las disposiciones operacionales, estas consisten en el establecimiento de umbrales de aplicación o niveles de gasto o de inversión a partir de los cuales será de aplicación el Acuerdo; la utilización de procedimientos de selección de contratistas, esto es, licitaciones públicas, licitaciones selectivas (previa calificación) y licitaciones restringidas y; la utilización del principio de adjudicación del contrato a la oferta más baja o a la más ventajosa de acuerdo a criterios selectivos objetivos y pre establecidos, debiendo justificarse la decisión a solicitud del interesado.

Asimismo el Acuerdo en cuestión, establece la existencia de un procedimiento de impugnación que deberá ser resuelto por un órgano independiente, que pueda adoptar medidas provisionales y disponer el pago de una indemnización que puede limitarse a gastos de preparación de la oferta y de la impugnación misma.

Finalizando el punto debe decirse que en 1996, en la Conferencia Ministerial de Singapur, para superar la no afiliación al Acuerdo Plurilateral de Contratación Pública de los países en vías de desarrollo, se decide a mérito del proyecto presentado por EEUU y la Comunidad Europea, constituir un Grupo de Trabajo sobre Transparencia en la Contratación Pública que estudie la conveniencia de un Acuerdo Provisional Multilateral de Contratación Pública. El proyectado Acuerdo Multilateral no impondrá ninguna obligación de fondo sobre el trato de la nación más favorecida o trato nacional, sino que buscará dotar de mayor transparencia todos los aspectos procedimentales de la contratación pública a fin de aumentar la competencia para mejorar la eficiencia de los licitadores y estimular la innovación en el sector público, mejorar la relación calidad-precio y disminuir el gasto presupuestario, promover la colaboración entre empresas nacionales y extranjeras, combatir la corrupción, etc. A la fecha, el informe publicado del Grupo de Trabajo en 2003, da cuenta de que la etapa de estudio se encuentra próxima a finalizar, debiendo comenzar sin plazo

perentorio las negociaciones tendentes a arribarse a un acuerdo que se limitará tan solo a la Transparencia en la Contratación Pública.

“En Latinoamérica, los TBIs fueron inicialmente muy resistidos, siendo incorporados recién en la década del 90 como consecuencia de la consagración del liberalismo económico y político(...)”

1.2 Los Tratados Bilaterales de Protección de Inversiones.

Los Tratados Bilaterales de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (TBIs) o “Bilateral Investment Treaties” (BITs) conforman conjuntamente con los capítulos de Inversión de los Tratados de Libre Comercio (TLCs) de última generación, lo que se ha convenido en denominar como el Sistema Internacional de Protección de Inversiones⁴. Tanto los TBIs como los capítulos de Inversión de los TLCs, tienen como finalidad establecer reglas claras y precisas para promover las inversiones entre los países suscriptores, de manera tal que los inversores de los Estados partes encuentren mecanismos de protección reales y concretos al realizar inversiones. Estas inversiones de acuerdo a la letra de cada tratado pueden provenir de contratos públicos, teniendo los inversionistas la facultad de acudir a la jurisdicción arbitral internacional en caso de la vulneración de las garantías especificadas en el tratado, garantías que adelantamos, están referidas a evitar expropiaciones directas e indirectas sin una adecuada compensación, provengan o no del ejercicio de la “potestas variandi” e inclusive y dependiendo del caso, de potestades legislativas y reglamentarias o como hemos indicado antes, de hechos del príncipe o hechos de Estado.

La existencia de dichos instrumentos surge en la medida que los países exportadores de capital entendieron que el derecho internacional no significaba una protección eficaz para sus nacionales ante hechos, actos u omisiones ilegítimas de los Estados receptores de capital⁵.

En Latinoamérica, los TBIs fueron inicialmente muy resistidos, siendo incorporados recién en la década del 90 como consecuencia de la consagración del

4 Linares Jara, Mario., El Sistema Internacional de Protección de las Inversiones Extranjera y los Contratos Públicos, Asociación de Estudios en Derecho Administrativo - AEDA, Editora Jurídica Grijley, Lima, 2006, p. 31.

5 Tawil, Guido S., “Los Tratados de Protección y Promoción Recíproca de Inversiones, la Responsabilidad del Estado y el Arbitraje Internacional”, en: Servicios Públicos. Varios Autores. Instituto de Estudios de Derecho Administrativo, Mendoza, 2001, p. 344.

liberalismo económico y político en países como Argentina, Bolivia, Venezuela, Chile y Perú⁶.

1.2.1 Cláusulas tipo de los TBIs

a) Trato justo y equitativo.

Constituye un concepto jurídico indeterminado; sin perjuicio de lo cual, se ha considerado que incluye “(...) la no discriminación –en el sentido que el país receptor de la inversión debe abstenerse del obrar discriminatorio contra los extranjeros en general y las naciones de los países específicos– como patrón mínimo internacional y la protección de la propiedad extranjera”⁷.

En ese mismo sentido, Vega sostiene que el trato justo e igualitario abarca los siguientes principios: el de no discriminación (por ejemplo, establecer tipos de cambio diferenciados), el estándar internacional mínimo (que obliga al Estado a respetar ciertos estándares mínimos en el trato que se otorga a los extranjeros y a los nacionales) y el deber de protección de la propiedad extranjera (regla de la debida diligencia)⁸. De cualquier forma, el significado y alcance de esta cláusula deberá interpretarse en cada caso particular.

b) Tratamiento no menos favorable que el acordado a los inversores locales o Trato Nacional.

Este principio, importa que el inversionista extranjero –por regla general–, reciba el mismo trato que el inversionista nacional. Para Tawil, la “(...) aplicación práctica de este principio conlleva evitar la discriminación existente entre diversas normas locales, como puede ser aquellas relacionadas con la propiedad de ciertos bienes o la contratación administrativa”⁹, para más adelante precisar que la importancia de este patrón no es absoluta, habiéndose previsto la posibilidad, a favor del país receptor de la inversión, de que “(...) otorgue incentivos especiales a inversiones domésticas o limite el tratamiento no menos favorable que el acordado a sus propios inversores en función de aspectos tales como la protección de la seguridad nacional”¹⁰.

En efecto, al parecer esta cláusula general puede hallarse sujeta a múltiples excepciones, tales como: la propiedad conjunta, la participación limitada en la propiedad de una empresa, el cumplimiento de requisitos adicionales para la constitución de una empresa, para la realización de inversiones o, inclusive, la prohibición de acceder al crédito local¹¹. Por este motivo, algunos autores consideran a esta cláusula como un “estándar relativo”, en contraposición al trato justo y equitativo, que califica como un “estándar absoluto”¹².

c) Tratamiento acordado a los inversores de la nación más favorecida o cláusula de la nación más favorecida.

Esta cláusula, puede resumirse en la posibilidad de un Estado de acceder a los términos más favorables que puedan pactar o haber pactado dos Estados cuando este tenga un convenio vigente con alguno de ellos (básicamente, los países receptores de capital).

Los supuestos de excepción desde los TBIs, pueden estar vinculados a convenios de doble imposición u otros acuerdos de materia impositiva, o, de ser el caso, a acuerdos de integración regional.

d) Reglas de transferencia de moneda y requisitos de desempeño o “performance requirements”.

Existen también cláusulas de tratamiento específico, tales como la “regla para la transferencia de moneda”, “los requisitos de desempeño”, las “compensaciones por pérdida” y “medidas de expropiación o nacionalización”. Estas últimas se abordarán más adelante cuando se expliquen los criterios de interpretación de un concepto en extremo relevante, el de expropiación indirecta.

e) Solución de controversias. El sistema CIADI.

Uno de los elementos de mayor importancia en el contenido de los TBIs, es el relacionado a los mecanismos previstos para la solución de los conflictos Inversionista

6 A enero de 2006, hay 43 demandas interpuestas por los inversionistas extranjeros contra la Argentina ante el CIADI por más de 13,000 millones de dólares producto de ejecutarse las cláusulas arbitrales previstas en los Tratados Bilaterales de Protección Recíproca de Inversiones TBIs ante la emisión de las leyes de emergencia durante la crisis económica de comienzos de la década y mediante las cuales se facultó al poder ejecutivo para la rescisión de los contratos públicos y la inaplicación de los factores de reajuste o de indexación. Este hecho además de haber desnudado una serie de limitaciones del sistema de CIADI que estaba preparado para resolver solo causas que podrían generar excepcionalmente., entre otras las relativas al nombramiento y recusación de los árbitros, mayor transparencia del proceso, probables laudos contradictorios, etc., ha generado también una contracorriente doctrinaria contra los TBIs basada principalmente alrededor del concepto de soberanía. EL Estado Argentino ha tenido como ventaja en estas confrontaciones su capacidad de negociación en algunos contratos públicos por la dimensión de la inversión ejecutada por los inversores extranjeros, habiendo aceptado muchos de ellos la renegociación de los contratos. Si bien este hecho, que también no fue previsto por el Sistema Internacional de Protección de las Inversiones, rompe un esquema trazado, creo que no podrá repetirse en otras naciones. Habrá que confirmar lo que hoy se dice luego de la experiencia boliviana, ecuatoriana y venezolana, aunque en este último caso, la primera nacionalización de hidrocarburos ha sido mediando una compensación económica aceptada por los capitalistas norteamericanos. Hay que además advertir que la experiencia de desacato al Sistema Internacional de Protección de Inversiones es causa directa del aumento del factor “riesgo país” y de truncar el flujo necesario de inversiones extranjeras, las mismas que emigrarán a destinos más seguros dentro de la región, o, en el peor de los casos, a retirarse definitivamente de esta tal como ha sucedido con la OXI, compañía que luego de la experiencia de revocación de la concesión petrolera otorgada por el Ecuador, decidió retirarse también del Perú.

7 Tawil, Guido S., ob. cit., p. 347.

8 Vega, María del Carmen, Convenios Internacionales de Promoción y Protección de Inversiones, en: Guía legal de negocios, p. 125 y 126.

9 Tawil, Guido S., ob. cit. Pág. 347.

10 Ibid, p. 348.

11 Detalladas por: Vega, María del Carmen, p. 126.

12 Así lo menciona Ymaz Videla, Esteban M., Protección de Inversiones Extranjeras. Tratados Bilaterales, La Ley, Buenos Aires, 1999, p. 28. Lo cual resulta aplicable, también, para la cláusula de la nación más favorecida, que veremos a continuación.

- Estado cuando el primero estime que ha existido una afectación indebida en contra de su inversión.

Si bien no todos los países admiten el sometimiento directo a arbitraje internacional –lo cual significa que puede haberse previsto una etapa de negociaciones amigables así como el requisito del agotamiento de los recursos judiciales y administrativos locales–, aquel constituye el instrumento básico para la composición de dichos conflictos.

Ahora bien, los dos principales tribunales a los cuales se puede recurrir son: a) el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) o b) un tribunal *ad-hoc* establecido de conformidad con las reglas de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI). Sin embargo, debemos tener en cuenta que algunos tratados disponen que las partes decidirán de común acuerdo el tribunal al que concurrirán y una vez transcurrido determinado plazo de la solicitud de la iniciación del procedimiento arbitral, es cuando se somete la controversia al CIADI si ambos estados fueran parte del convenio, de lo contrario, se la someterá a un arbitraje *ad-hoc*.

En otros supuestos se establece un procedimiento similar al reseñado en el párrafo anterior, pero, en el caso de que no existiera acuerdo, se deberá constituir un arbitraje conforme las reglas del CNUDMI; sin perjuicio de la posibilidad de los inversores de hacer prevalecer la cláusula de la nación más favorecida a fin de recurrir al CIADI¹³.

El arbitraje institucional que se desarrolla en el ámbito del CIADI y que funciona en la oficina principal del Banco Mundial, fue creado por el Convenio de Washington de 1965 sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados.

Conocido también como el “*International Center for the Settlement of Investment Disputes*” (ICSID), este Centro fue creado con el objeto de proporcionar un foro para la resolución de conflictos en un marco de equilibrio entre los intereses y las necesidades de las partes involucradas con el propósito particular de “despolitizar” el arreglo de las diferencias en materia de inversiones.

Se debe tener presente que el CIADI solo acepta controversias de naturaleza jurídica (conflictos de derecho) y que para acceder a su jurisdicción, se requiere que la calificación de inversión no solo esté reconocida en el TBI o TLC respectivo, sino además por el Convenio del CIADI.

Ahora bien, las denominadas Reglas de Iniciación, Reglas de Arbitraje y Reglas de Conciliación –conjuntamente con lo dispuesto en el citado Convenio–, regulan la jurisdicción y procedimientos del CIADI, siendo que la

mayor parte de las reglas aplicables en estas instancias son disponibles por las partes.

En cuanto al derecho aplicable a la solución de controversias, el artículo 42° del Convenio en mención, prescribe que el tribunal debe resolver son sujeción a: 1) las normas de derecho acordadas por las partes; y, ante la ausencia de acuerdo, 2) a las normas del Estado receptor de la inversión conjuntamente con las normas del derecho internacional que resulten aplicables.

Un asunto de singular importancia es el referido a la exclusividad del CIADI en atención a lo dispuesto en el artículo 26° del Convenio, el cual indica que: “*Salvo estipulación en contrario, el consentimiento de las partes al procedimiento de arbitraje conforme a este Convenio se considerará como consentimiento a dicho arbitraje con exclusión de cualquier otro recurso*” (subrayado agregado).

Con relación a la obligatoriedad, reconocimiento y ejecución de los laudos emitidos por el CIADI; en principio, tenemos que el artículo 54° de la Convención prescribe a dichos laudos como equiparables a una sentencia firme emitida por los tribunales judiciales del Estado donde es necesario solicitar su reconocimiento.

f) Expropiación directa e indirecta. Criterios establecidos por el CIADI.

En lo que atañe a las “compensaciones” y a las “medidas de expropiación y nacionalización”, el sistema asegura “(...) el derecho del Estado receptor de la inversión a adoptar ciertas medidas que afectan las inversiones, tales como expropiación, nacionalización y otras que en sus efectos equivalgan a dichos conceptos, siempre que cumplan ciertas condiciones básicas”¹⁴; entre ellas: 1) que la medida se adopte por interés público o un concepto equivalente, 2) que la medida no sea discriminatoria y 3) que la medida sea acompañada de una indemnización.

Así, los distintos TBIs prevén que dichas medidas solo serán tomadas en el estricto respeto de un procedimiento legal y sólo por motivos de utilidad pública y mediante una indemnización del valor real del bien, valorado según el precio del mercado. Esto está bien reflejado, por ejemplo, en el artículo VII del Tratado entre Argentina y Canadá:

“Expropiación.- Las inversiones o ganancias de inversores de una Parte Contratante no serán nacionalizadas, expropiadas ni objeto de medidas que tengan un efecto equivalente a una nacionalización o expropiación (en adelante denominadas “expropiación”) en el territorio de la otra parte Contratante, excepto por causa de utilidad pública, de acuerdo con el debido proceso legal, de una manera no discriminatoria y a cambio de una compensación pronta, adecuada y efectiva”

13 Ymaz Videla, Esteban M., Protección de Inversiones Extranjeras. Tratados Bilaterales, La Ley, Buenos Aires, 1999, p. 61.

14 Vega, María del Carmen, ob. cit., p. 129.

Paralelamente a lo anotado, se ha desarrollado el concepto de expropiación indirecta, entendida como las "(...) medidas que si bien formalmente no son expropiaciones, nacionalizaciones o incumplimientos contractuales graves, tienen el mismo efecto de desposesión sobre el inversor"¹⁵. Vale decir, al margen de las decisiones expropiatorias concretas y directas, tramitadas como tales según cada ordenamiento nacional; se reconoce la existencia de medidas de gobierno de diversa índole que, por la gravedad de sus consecuencias –una situación verificable de desposesión–, han sido equiparadas en su tratamiento compensatorio o indemnizatorio a las primeras.

2. La Contratación Pública y el Derecho de la Integración

Luego de la Segunda Guerra Mundial y de la creación de organismos internacionales políticos, económicos y financieros como la Organización Mundial del Comercio, el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional, la economía y la tecnología se ha ido colocando por sobre los Estados, siendo indiscutible la internacionalización financiera y de capitales. Por otro lado, los conocimientos científicos, sobre todo en telecomunicaciones, se desbordan haciéndose asequibles, transformándose la sociedad en una de conocimiento, de aldeas paralelas: la local y la global.

El Estado, no pudiendo escapar de la realidad que se indica, ha comenzado a transformarse adaptándose al mercado global. El concepto de soberanía se ha relativizado cediendo posiciones el trípode de Montesquieu a lo supranacional, en un esquema en donde los Estados ceden a diferentes órganos comunitarios competencias de contenido político, económico, monetario, sobre empleo y seguridad social, medio ambiente, etc. caducando los nacionalismos aislacionistas y menguando la idea de Estado Nación.

La integración de Estados toma forma pues no solo por reivindicaciones de poder frente a hegemonías política económicas, que es un modo de entender el nacimiento de la Unión Europea, sino que hoy también se funda y se potencia en la necesidad apremiante de no quedar fuera del sistema por carecer de fuerza negociadora en el mercado global.

El Derecho de la Integración difiere del Derecho Internacional Público en que no se sustenta por las reglas de reciprocidad y coordinación de soberanías estatales, sino que se rige por las reglas de la solidaridad; constituye una nueva organización política con órganos supranacionales que tienen directo impacto en los gobiernos y habitantes de los Estados parte, Estados que han cedido algo de soberanía a favor de dichos

órganos a los fines del alcance de un objetivo común: la conformación de un espacio, primero económico, luego político y por último, social y cultural sin asimetrías¹⁶. El Derecho de la Integración tiene como manifestaciones las Zonas Preferenciales, que es un nivel de integración en donde los países parte tienen un tarifario arancelario diferencial más favorable que el otorgado a terceros países; las Zonas de Libre Comercio, nivel en donde se establece la inaplicabilidad de aranceles entre los Estados; la Unión Aduanera, que es una zona de libre comercio a la que se le agrega un arancel común externo, implicando por tanto la unificación de políticas comerciales; el Mercado Común, en donde a la libre circulación de bienes y servicios y al arancel externo común, se le agrega la libre circulación de los factores productivos de mano de obra y capital; la Comunidad Económica, en donde se unifica la actividad macroeconómica, y, por último; la Integración Completa, en donde los Estados han cedido a autoridades supranacionales la toma de decisiones de obligatorio cumplimiento sobre aspectos de contenido político y económico para los países partes¹⁷.

“El concepto de soberanía se ha relativizado cediendo posiciones el trípode de Montesquieu a lo supranacional, en un esquema en donde los Estados ceden a diferentes órganos comunitarios competencias(...)”

Ahora bien, un medio de integración han sido y son las políticas de contratación pública en la medida del volumen económico de los contratos que demandan los Estados, existiendo normativa genérica y en su caso específica de obligatorio cumplimiento.

2.1 Normativa comunitaria europea de Contratación Pública.

La Unión Europea es un modelo de integración que se ha ido consolidando paso a paso desde las ideas de unificación de Robert Schuman y Jean Monet luego del desastre económico de Europa tras la Segunda Guerra Mundial. De forma muy sucinta debe decirse que la Unión comienza con el Tratado de París que origina la Comunidad Económica del Carbón y del Acero - CECA (Alemania, Francia, Italia, Bélgica, Holanda y Luxemburgo) y los Tratados de Roma de 1957 que

15 Ymaz Videla, ob. cit., p. 48.

16 Stortoni Gabriela, “Actos Administrativos y Reglamentos Comunitarios”, en: Acto Administrativo y Reglamento, Jornadas Organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2002.

17 Sánchez, Alberto M., Derecho de la Integración, Un recorrido múltiple por las experiencias de la Unión Europea y del MERCOSUR, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2004, p. 85.

Ekmekdjian, Miguel Ángel, Introducción al Derecho Comunitario Latinoamericano, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1996, p. 29.

dan origen a la Comunidad Económica Europea - CEE y al EURATOM. Luego de estos tratados en 1986 doce Estados (a los seis anteriores se les suman Reino Unido, Dinamarca, Irlanda, Grecia, España y Portugal) suscriben el Acta Única Europea en donde entre otros, los firmantes se comprometen a alcanzar en 1993 un mercado interior en el que se integren las cuatro libertades fundamentales: libre circulación de personas, capitales, bienes y servicios.

En 1992 mediante el Tratado de Maastricht surge la Comunidad Europea, consolidándose la unidad económica, monetaria y de política exterior común. Posteriormente se han suscrito mas tratados en donde se han ampliado competencias supranacionales y se han incorporado nuevos países estando conformada la Unión en la actualidad por veintisiete países.

Si bien la marcha de la Unión ha sufrido un traspies con la negativa de Francia y Holanda a suscribir la Constitución Europea en donde se integran todos los tratados suscritos a lo largo de medio siglo, ello no implica sino una revisión de los problemas que se suscitan internamente y que en ningún caso comprometen su consolidación.

En cuanto al funcionamiento de la Unión Europea, esta tiene diversos órganos políticos, con competencias si bien definidas, no determinadas exclusivamente a una sola función. La normativa comunitaria de contratación pública esta compuesta mayormente por Directivas, Reglamentos y Decisiones del Consejo de la Unión Europea y normativa del Parlamento y de la Comisión.

Las Directivas no son disposiciones aplicables directamente en los países de la Unión, sino que mediante las mismas, la normativa nacional procedimental de contratación pública se deberá adecuar a lo dispuesto por estas.

En materia de contratación Pública, existen directivas para ser aplicables en los contratos de servicios, obras (Ejecución, proyecto y ejecución relativos a construcción, ingeniería civil, instalación, decorados y acabados de obra), suministros (compra, arrendamiento financiero, arrendamiento o venta a plazos) y en los inicialmente llamados sectores excluidos, hoy sectores especiales, consistentes en los servicios vinculados al agua, la energía, transportes y comunicaciones. Es de resaltar que en el caso de los contratos públicos vinculados a estos sectores especiales, los procedimientos de selección no son ejecutados por los Estados sino por las empresas privadas que virtud a un título habilitante, prestan los servicios públicos indicados. Las Directivas para este sector son aplicables solo en el caso de que las empresas gocen de derechos especiales o exclusivos concedidos por algún Estado miembro.

Las Directivas de Contratación Pública han sido un instrumento de integración eficaz en tanto han

hecho posible que se ejecute el "trato nacional" en las licitaciones y demás procedimientos de selección de contratistas en toda la Unión Europea. Se ha generado, no sin problemas, un flujo de inversiones que involucra además del capital humano, tecnología y procedimientos entre los países de la unión, habiéndose creado un gran mercado europeo de contrataciones públicas¹⁸.

Dentro de los criterios operacionales de las Directivas se encuentran los umbrales o montos mínimos de aplicación, los mismos que difieren según el tipo contractual. La regla general de adjudicación de los contratos es que deben mediar procedimientos selectivos, los mismos que podrán ser, de acuerdo al cumplimiento de determinadas condiciones, procedimientos abiertos (licitación pública), restringidos (licitación privada o limitada a un determinado grupo de proveedores), fundamentalmente. Las normativas nacionales de los países miembros han tenido pues que adecuarse a la aplicación de estos procedimientos que se constituyen en garantía de transparencia e imparcialidad, condiciones necesarias para favorecer la mayor participación de postores nacionales y comunitarios. Cesaron de aplicarse para algunos países, criterios discrecionales para la elección de contratistas, como es el caso de Francia, que hasta antes de la aplicación de las Directivas, en los contratos públicos de concesión (ajenos a los *marche public*, es decir, a los contratos de suministro, algunos servicios y obras), eran aplicables criterios discrecionales en el entendido que se trataba de un encargo de confianza¹⁹.

Las Directivas también han establecido las excepciones para su aplicación (Acuerdos Internacionales), las normas comunes de participación y los criterios de adjudicación, los que se dividen en exclusivamente el precio y la aplicación conjunta de factores relativos a la calidad, valor técnico, características estéticas y funcionales y precio. Han previsto asimismo criterios de selección cualitativa como la no participación de quebrados, empresas sometidas a liquidación, intervención o en Convenio de Acreedores.

Finalmente debe recalarse que la normativa comunitaria incide en la etapa selectiva de los contratos públicos más no en su fase de ejecución.

2.2 La Contratación Pública en el Mercado Común del Sur - MERCOSUR y en la Comunidad Andina de Naciones - CAN.

El antecedente inmediato del MERCOSUR es el Tratado Bilateral Brasil - Argentina de 1988. Posteriormente en 1991 con el Tratado de Asunción, Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay acuerdan la consolidación de un Mercado Común para 1995. En 1994, mediante el Protocolo de Ouro Preto se determina una vocación de posesión de las 4 libertades pero sin plazo perentorio.

18 García - Andrade Gómez, Jorge, Derecho Administrativo en la contratación entre privados (sociedades, fundaciones, concesionarios y sectores excluidos), Marcial Pons, Madrid, 2005, p. 23.

19 González-Varas Ibáñez, Santiago, El Contrato Administrativo, CIVITAS Ediciones, Madrid, 2003, p. 319.

Finalmente, en julio de 2006 se incorpora Venezuela como Estado miembro, con pleno derechos y deberes.

A la fecha se han consolidado los órganos comunitarios supranacionales siguientes: El Consejo del Mercado Común, de naturaleza legislativa, que emite Decisiones; el Grupo de Mercado Común, de naturaleza ejecutiva que emite Resoluciones y; la Comisión de Comercio del Mercosur de naturaleza ejecutiva, que emite Directivas.

En materia de contratación pública, conforme al Tratado de Asunción y al Protocolo de Ouro Preto, el Consejo del Mercado Común sustituye en junio de 2006, el Anexo de su decisión 27/04 "Protocolo de Contrataciones Públicas del MERCOSUR", por una nueva versión, siendo el objeto inmediato del Protocolo el que los proveedores de bienes, servicios y de obras públicas de los Estados partes, cuenten con un tratamiento no discriminatorio en los procedimientos de selección de contratistas convocados por las Entidades públicas de los Estados partes. Para ello cada Estado parte deberá adecuar su normativa local a las disposiciones del Protocolo.

A diferencia de la normativa comunitaria europea, no se encuentran dentro del marco comunitario de contratación pública del MERCOSUR, los contratos que celebren virtud a delegación, empresas privadas que brinden servicios públicos, sean estas monopólicas o no.

Como es natural, el protocolo contiene el trato de la nación más favorecida y el trato nacional para las empresas de los Estados miembros aunque con una particularidad: cualquiera de los Estados parte podrá denegar los citados beneficios a un prestador de servicios o ejecutor de obras públicas entre la presentación de ofertas y la adjudicación, cuando se demuestre que existe dentro de las ofertas una que provenga de un Estado que no es parte del MERCOSUR o que no realiza actividades comerciales sustantivas en el territorio de ninguno de los Estados partes. Parece ser que la excepción se debe al fomento de nuevas tecnologías que no se poseen dentro del bloque comercial.

El protocolo contiene también reglas relativas al establecimiento de las especificaciones técnicas, las mismas que deberán tender a la libre competencia. En lo que concierne a las controversias que puedan suscitarse (no se especifica en que etapa, si en la selección de contratistas o en la de ejecución del contrato), se determina que cada Estado parte deberá mantener o establecer instancias o procedimientos sean estos judiciales, arbitrales o administrativos, coincidiendo por tanto con la norma modelo de contratación pública de la UNCITRAL y con el Acuerdo Plurilateral de la OMC.

En cuanto a los procedimientos de selección de contratistas, a diferencia de la normativa de la Unión Europea, se establece solo dos modelos o clases de procedimientos, el de licitación pública y el de contratación directa, estando tasadas las causales para ejecutar esta última y que son las usuales: procedimientos fracasados y desiertos en donde la

repetición del procedimiento cause perjuicio a la Entidad licitante, por razones de urgencia o emergencia, contrataciones adicionales del proveedor inicial, por razones relacionadas con la protección de derechos exclusivos, ausencia de competencia por proveedor único, contratos con profesionales o entidades de notoria especialización por desempeño previo, estudios, experiencia, publicaciones u otros, etc.

El protocolo en general contiene los estándares sobre condiciones exigibles a los postores, publicidad y otros, conteniendo singularidad los beneficios para las empresas de los Estados partes respecto de las empresas de los países de extrazona, consistiendo las mismas en la oportunidad de igualar la mejor oferta cuando la diferencia entre la primera y la segunda no supere el 3% y la de preferencia en caso de empate.

"Por el lado de la Comunidad Andina de Naciones no existe un planteamiento general comunitario sobre las Contrataciones Públicas (...)"

Después de todo lo indicado tendría que culminar con referencias al cumplimiento o puesta en marcha del protocolo, sin embargo ello no es posible debido a que lamentablemente sus disposiciones se encuentran múltiplemente condicionadas. No solo el Consejo Común deberá aprobar el mecanismo de conversión y reevaluación de los umbrales, el listado de publicaciones previstas, el glosario de términos, las condiciones para la calificación y el reconocimiento mutuo de documentación y el formato del informe estadístico previsto, sino que también se requiere que por lo menos dos Estados ratifiquen el mismo (regirá respecto de estos) y que además entre en vigencia la Decisión del Consejo de Mercado Común que verse sobre las disposiciones reglamentarias del Protocolo.

Adicionalmente además, Paraguay ha postergado su lista negativa de bienes y su lista positiva de obras públicas, la Argentina igualmente respecto de esta última al igual que Uruguay. En relación con el trato nacional, Argentina ha fijado un trato escalonado diferenciado para el Brasil y los dos países restantes, de cinco años a partir de la vigencia del protocolo. Por su parte Paraguay y Uruguay se reservan la facultad de aplicar la preferencia nacional conforme a la normativa nacional.

En conclusión, el Protocolo existe estérilmente; está, pero todavía no surte efectos.

Por el lado de la Comunidad Andina de Naciones no existe un planteamiento general comunitario sobre las Contrataciones Públicas, sin embargo existen avances concretos que lamentablemente cuando han sido invocados para su aplicación, no han sido reconocidos en cuanto a su funcionamiento debido

quizá y como sostiene Baca²⁰, por desconocimiento de las Administraciones Públicas de los países partes.

Me refiero en concreto a la Decisión 439 del 11 de junio de 1998 que regula el “Marco General de principios y normas para la liberalización del comercio de servicios en la Comunidad Andina”, norma que establece el trato nacional para la adquisición de servicios por parte de los organismos estatales de los países miembros. Me refiero también al caso de inaplicación del Estado peruano, primero a través del Ministerio de Transportes y Comunicaciones y luego por el Tribunal Administrativo del Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, última “instancia” administrativa para resolver controversias suscitadas dentro de los procedimientos de selección de contratistas, Entidad que resolvió en contra de que se le otorgue trato nacional a una empresa colombiana en un concurso de servicios de consultoría vía la aplicación de una bonificación en el puntaje final resultante al amparo de una norma de fomento de las actividades industriales desarrolladas dentro de “territorio nacional”, basándose entre otros en que al carecer de la competencia de ejercer un control difuso de la constitucionalidad de las normas, el Tribunal tiene el deber de aplicar, estando confrontados normativa supranacional con la nacional, esta última.

Superado el caso referido de inaplicación de normativa comunitaria en donde el Estado peruano desestimó erradamente el carácter prevalente y de aplicación directa de esta²¹, debe decirse que a la fecha dado el alejamiento de Venezuela y las opciones ideológicas de los gobiernos de Bolivia y de Ecuador y la petición del primero de ser miembro pleno del MERCOSUR, la integración pareciera inviable. Asimismo, las dificultades que surgen para la negociación de un Tratado de Libre Comercio entre la Comunidad Andina y la Unión Europea no hace sino confirmar el diagnóstico.

2.3 Los Tratados de Libre Comercio.

Los Tratados de Libre Comercio implican un nivel de integración básico. Si bien es cierto ellos no necesariamente tienden a una integración total y se circunscriben solo al ámbito comercial, los llamados Tratados de Libre Comercio de última generación, contienen capítulos especiales referidos a Contratación Pública y a Inversiones. En este último se consideran como inversiones a determinados contratos públicos o administrativos. Los Capítulos de Contratación Pública versan en cambio, fundamentalmente, sobre el trato nacional a las empresas de los Estados partes en los procedimientos de selección de contratistas.

Los capítulos referidos a Inversiones contienen las mismas disposiciones de un TBI: trato justo y equitativo, trato nacional, trato de la nación más favorecida, reglas de transferencia de moneda, requisitos

de desempeño, régimen arbitral internacional de solución de controversias por expropiaciones directas o indirectas sin compensación adecuada. Los capítulos de Contratación Pública, por su parte, contienen las mismas cláusulas básicas del Acuerdo Plurilateral de Contratación Pública de la OMC, esto es, trato nacional y de la nación más favorecida. Entre los principales TLCs tenemos: Tratado de Libre Comercio de América del Norte - TLCAN O NAFTA por sus siglas en Inglés, CAFTA (Tratado de Libre Comercio entre EEUU, Centroamérica y República Dominicana), Tratados de Libre Comercio entre, EE.UU. y Chile, U.E. y Chile, China y Chile, y los Tratados de Libre Comercio entre EE.UU con el Perú y EE.UU. con Colombia, tratados en proceso de ratificación.

2.3.1 Tratado de Libre Comercio ente los Estados Unidos y el Perú. Capítulo de Inversión.

Dentro del Capítulo de Inversión el TLC entre EE.UU. y el Perú, en su Artículo 10.28 determina como inversión los contratos de concesión de servicios públicos relativos a energía, agua, telecomunicaciones, infraestructura y otros:

“Para los efectos de este Capítulo:

Acuerdo de inversión significa un acuerdo escrito entre una autoridad nacional de una Parte y una inversión cubierta o un inversionista de otra Parte, en virtud del cual la inversión cubierta o el inversionista se base para establecer o adquirir una inversión cubierta diferente al acuerdo escrito en sí mismo, que otorga derechos a la inversión cubierta o al inversionista:

- a) Respeto a los recursos naturales que una autoridad nacional controla, como para su explotación, extracción, refinamiento, transporte, distribución o venta;*
- b) Para proveer servicios al público en representación de la Parte, como generación o distribución de energía, tratamiento o distribución de agua o telecomunicaciones; o*
- c) Para realizar proyectos de infraestructura, tales como la construcción de vías, puentes, canales, presas u oleoductos que no sean de uso y beneficio exclusivo o predominante del gobierno;”*

Por otro lado el tratado considera como inversión:

“inversión significa todo activo de propiedad de un inversionista o controlado por el mismo, directa o indirectamente, que tenga 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 sunción de riesgo. Las formas que puede adoptar una inversión incluyen:

- a) Una empresa;*
- b) Acciones, capital y otras formas de participación en el patrimonio de una empresa,*

20 Baca Romero, Mario A., “La importancia de contar con eficientes mecanismos de publicidad y difusión para el adecuado conocimiento de las Decisiones de la Comunidad Andina de Naciones, como garantía de su aplicación”, en: Revista OASIS (Observatorio de Análisis de los Sistemas Internacionales), Nº 12, Período 2006/2007, Universidad Externado de Colombia.

21 Suárez M. Jorge Luis, El Derecho Administrativo en los Procesos de Integración: La Comunidad Andina. CEDEP, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo, Caracas, 2005, p. 194.

- c) Bonos, obligaciones, otros instrumentos de deuda y préstamos;
- d) Futuros, opciones y otros derivados;
- e) Contratos llave en mano, de construcción, de gestión, de producción, de concesión, de participación en los ingresos y otros contratos similares;
- f) Derechos de propiedad intelectual;
- g) Licencias, autorizaciones y permisos y derechos similares otorgados de conformidad con la legislación interna; y
- h) Otros derechos de propiedad tangibles o intangibles, muebles o inmuebles y los derechos relacionados con la propiedad, tales como arrendamientos, hipotecas, gravámenes y garantías en prenda;"

2.3.1.1 Cláusulas tipo.

a) Trato justo y equitativo.

El TLC Perú - Estados Unidos contiene en el artículo 10.5 la cláusula denominada "Nivel Mínimo de Trato", la misma que dispone que "cada parte concederá a las inversiones cubiertas un trato acorde con el derecho internacional consuetudinario, incluido el trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas". Se indica además que "el trato justo y equitativo incluye la obligación de no denegar justicia en procedimientos criminales, civiles o contenciosos administrativos, de acuerdo con el principio de debido proceso incorporado en los principales sistemas legales del mundo"; y que "la protección y seguridad plenas exige a cada parte proveer el nivel de protección policial que es exigido por el derecho internacional consuetudinario".

b) Trato nacional.

El TLC Perú - Estados Unidos, detalla el trato nacional tanto para los "inversionistas" como para "las inversiones" en el artículo 10.3, debiéndonos remitir al anexo de definiciones para establecer los alcances de ambos conceptos. Se establece que "cada parte concederá un trato no menos favorable que el que conceda en circunstancias similares a sus propios inversionistas o a las inversiones en sus territorios de sus propios inversionistas en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación y venta u otra disposición de las inversiones".

c) Trato de la nación más favorecida.

En el TLC Perú - Estados Unidos, el "trato de la nación más favorecida" se encuentra en el artículo 10.4. Al igual que en el caso del trato nacional, los alcances son tanto para "los inversionistas" como para las "inversiones" disponiéndose trato no menos favorable que el que se conceda en circunstancias similares, "en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación y venta u otra forma de disposición de inversiones", multilateralizándose así el tratado.

d) Solución de controversias.

El TLC Perú - Estados Unidos, en el artículo 10.15 ha previsto primero que en caso de controversia relativa a una inversión, las partes deberán tratar de solucionarla mediante consultas y negociación. De darse el arbitraje

este podrá ser de conformidad con el convenio del CIADI y las Reglas de Procedimientos Arbitrales, de conformidad con las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI o si el demandante y el demandado lo acuerdan, ante cualquier otra institución de arbitraje o bajo cualesquiera otras reglas de arbitraje.

e) Expropiación indirecta.

El TLC entre Perú y Estados Unidos dispone en el artículo 10.7 que "Ninguna de las partes puede expropiar ni nacionalizar una inversión cubierta, sea directa o indirectamente mediante medidas equivalentes a la expropiación o nacionalización ("expropiación"), salvo que sea: a) por motivos de propósito público; b) de una manera no discriminatoria; mediante el pago pronto, adecuado y efectivo de la indemnización; y d) con apego al principio del debido proceso y al artículo 10.5. La indemnización referida en el párrafo 1(c) deberá: a) ser pagada sin demora; b) ser equivalente al valor justo del mercado que tenga la inversión expropiada inmediatamente antes de que la expropiación se haya llevado a cabo ("fecha de expropiación"); c) no reflejará ningún cambio en el valor debido a que la intención de expropiar se conoció con antelación a la fecha de expropiación; y ser completamente liquidable y libremente transferible."

3. El Derecho Internacional y el Comunitario Frente a la Tesis Tradicional Franco Hispana del Contrato Administrativo.

El contrato administrativo luego de su evolución doctrinaria y jurisprudencial, primero en Francia y España y luego en Latinoamérica, es entendido fundamentalmente como aquel contrato que apareja la existencia de potestades a favor del Estado, potestades que para algunos deben estar contenidas en la ley y que para otros trascienden ese requisito al considerarse implícitas dada la naturaleza especial del contrato administrativo.

Las potestades son de modificación unilateral, de interpretación unilateral y ejecutoria, de dirección y control, de sanción y resolutoria; se puede incluir, además, la inaplicación o morigeración de la excepción de incumplimiento o exceptio non adimpleti contractus.

Estas potestades se fundamentan en la idea de la tutela que debe ejercer el Estado respecto del interés público comprometido.

En contrapartida de las potestades indicadas, surge el denominado principio del mantenimiento del equilibrio económico financiero. Mediante este principio, ante hechos irresistibles e imprevisibles que acontezcan en el contrato, no debe optarse por la resolución sino por el mantenimiento del vínculo para lo cual se "ayuda" al contratista a la recomposición del equilibrio logrado inicialmente a través de su oferta, prescindiéndose de la utilidad inicialmente esperada.

Los contratos administrativos tienen su correlato en los contratos privados de la administración, contratos en

los cuales el Estado se desenvuelve como un particular despojado de su *ius imperium*. A la teoría que afirma la existencia de contratos administrativos por un lado y contratos privados de la administración por otro, se ha convenido en denominar tesis dualista de los contratos del Estado; esta dualidad trae consigo la necesidad y dificultad de diferenciarlos. En posición contraria a la indicada dualidad se ubica la tesis unitaria, la cual postula que los contratos que suscribe el Estado son de categoría única, diferenciados entre sí por la modulación o regulación de derecho público que poseen, siendo inexistente cualquier potestad implícita.

En el Perú, debido a que el desarrollo del derecho administrativo es reciente, el contrato administrativo con su carga exorbitante implícita no se plasmó nunca, ni jurisprudencialmente, ni mediante el derecho positivo. El *ius variandi* entonces no generó adhesión, rechazo o debate, sino solo excepcionalmente cuando con ocasión de generar inversiones a partir de la última década del siglo pasado luego del desastre hiperinflacionario del primer gobierno del Presidente García, se comenzó a utilizar los llamados contratos leyes o de estabilidad jurídica; contratos que en la percepción de la existencia de ese poder de modificación contractual que posee el Estado, aseguran a los inversionistas extranjeros estabilidad y firmeza de las condiciones acordadas pero que en realidad no hacen sino proteger al inversionista de la potestad legislativa o reglamentaria del Estado, potestades mediante las cuales, indirectamente y afectando de forma general a todos los particulares o “administrados”, en efecto, los contratos pueden ser modificados. Los contratos leyes pues protegen a los inversionistas más del “*factum principis*” o “hechos de Estado” que del *ius* o potestas *variandi*²², más el efecto práctico es que se cerraron las puertas a la modificación unilateral del contrato²³.

Respecto del *ius variandi*, debe decirse que este no constituye una potestad del Estado. Las potestades se entienden consustanciales al accionar del Estado para el logro de sus cometidos públicos. Potestad por ejemplo es la que tiene el Estado para sancionar a los particulares en caso de infracciones administrativas por la vulneración de disposiciones de policía administrativa o reguladoras de alguna actividad privada. Nadie puede cuestionar el *ius puniendi* del Estado, ni en lo penal ni en lo administrativo, sostener que el Estado no cuenta con la potestad sancionadora equivale a que el mismo carezca de coercitividad.

Cabe también como potestad la labor reglamentaria del Ejecutivo, siendo incuestionable su carácter. ¿Puede decirse lo mismo de la “potestad” modificatoria de los contratos o “*ius variandi*”? De ningún modo, si existen modulaciones de derecho público en los contratos que celebra el Estado, estas obedecen a dos causas: el interés público inmerso en dichos contratos –en algunos en más, en otros, en menos–, y de otro lado, el respeto al principio de legalidad.

“(…) si existen modulaciones de derecho público en los contratos que celebra el Estado, estas obedecen a dos causas: el interés público inmerso en dichos contratos –en algunos en más, en otros, en menos–, y de otro lado, el respeto al principio de legalidad.”

Así pues, toda regulación pública respecto de los contratos del Estado debe estar contenida en la normativa ya sea mediante atribuciones expresas con la utilización de supuestos de hechos precisos, mediando conceptos jurídicos indeterminados, mediante atribuciones discrecionales explícitas o tácitas o, a falta de estas, atendiendo a la finalidad del organismo que se trate pero en ningún caso atendiendo a poderes implícitos del Estado para modificar los contratos o interpretarlos unilateralmente de forma ejecutoria.

Si el Estado cuenta con el poder de modificar un contrato, ello será en atención al régimen legislativo imperante. Si existe una previsión legal referida por ejemplo, a que la administración pueda ordenar prestaciones adicionales en los contratos de obra, ello constituye una prerrogativa pública, una ventaja otorgada al Estado por la Ley; en ningún caso, una manifestación de la potestas *variandi* o del *ius variandi* implícito.

El Contrato Administrativo clásico, el que implica potestades contractuales implícitas e irrenunciables, ha muerto. Es más, nunca existió. Su origen fue fruto de una época, del pragmatismo de los revolucionarios franceses que no estaban dispuestos a que algunos contratos

22 LINARES, Mario. El Contrato Estatal, Editora Jurídica GRUJLEY, Lima, 2001, p. 180.

23 Recientemente y producto de ofertas electorales con ocasión de la últimas elecciones presidenciales, existió un gran debate respecto de la eliminación de la renta básica que pagan los usuarios de Telefónica del Perú (Telefónica de España) por considerarse un abuso de la transnacional europea. La discusión se agotó en cuanto a que el contrato suscrito estaba protegido del *ius variandi* o hechos de Estado debido a que se trata de un contrato con estabilidad jurídica. La variación unilateral gestada en el Congreso de la República, tuvo que ceder por las consecuencias previsibles de un acto expropiatorio a la luz del TBI suscrito por España y al tenor de laudos recientes del CIADI, optándose por una renegociación. Otro caso parecido fue el del impuesto a las sobre ganancias que era exigido por el nacionalista estatista Ollanta Humala a las Compañías Mineras dada la bonanza de la actividad minera por los precios internacionales. Muchos contratos en dicha actividad han sido suscrito bajo el amparo de los contratos leyes otorgándosele estabilidad tributaria al inversor por lo que lo exigido era y es en la praxis una expropiación indirecta a la luz del Derecho Internacional. Se optó por negociar con las compañías mineras la entrega de una colaboración para destinarlo a fondos para la lucha contra la pobreza y la exclusión social. En vista del desembalse de exigencias sociales en sectores excluidos de la bonanza económica del sistema y que pone en riesgo al mismo, las negociaciones referidas tuvieron éxito y no afectaron la imagen del Perú, al menos por este hecho, en cuanto al trato a los inversores extranjeros.

estén dentro de la competencia de los jueces que en su mayoría simpatizaban con los nobles²⁴.

¿Todo lo anterior significa que se niegue la existencia de potestades públicas respecto de los contratos que suscribe el Estado? Pues sí, en efecto, las potestades contractuales implícitas sí, las prerrogativas públicas conferidas por la Ley no. Existirá pues *ius variandi* e interpretación unilateral ejecutiva de acuerdo a la Ley.

En lo que atañe a los hechos de Estado, esto es, el ejercicio de potestades legales y reglamentarias que pueden incidir indirectamente respecto de los contratos públicos, ello en efecto es posible, más debe tenerse en cuenta al Sistema Internacional de Protección de las Inversiones²⁵, sistema que determina una pronta y efectiva compensación para los inversores extranjeros si se llegase a configurar los elementos determinantes de una expropiación indirecta, sometiéndose el Estado si es que hubiera una controversia, como se ha visto, a arbitrajes internacionales administrados por el CIADI preponderantemente, dejándose de lado consideraciones relativas a determinar si ha existido una decisión administrativa que como tal “por naturaleza” sería materia indisponible para el arbitraje. Sobre este punto debe decirse que a la fecha los ordenamientos nacionales de Perú y Colombia admiten el arbitraje sin restricciones en las controversias que se susciten en los contratos públicos, aunque en el caso de Colombia la recepción del mandato legal no haya sido pacífica, habiendo encontrado resistencia en el Consejo de Estado y en la Corte Constitucional²⁶.

Ahora bien, llegado el punto, cabe preguntarnos, ¿Por que razón en España se encuentra regulado el contrato administrativo existiendo inclusive normativa pública de selección de contratistas para empresas privadas que brindan servicios públicos en condición de exclusividad?

¿Por que en Latinoamérica no? ¿Por que la doctrina del contrato administrativo y del derecho administrativo todo nos indica mayoritariamente que solo son susceptibles de arbitraje los contratos privados de la administración y no los contratos administrativos pero por otro lado el Derecho Internacional por efecto de los Tratados Bilaterales de Protección de Inversiones y los Tratados de Libre Comercio nos indican todo lo contrario de estar contenida la inversión en un contrato público? ¿El Derecho Administrativo se resiste a la globalización del capital? ¿Puede permanecer la discriminación en el trato a los inversores locales respecto de los extranjeros pues a estos se les concede protección por cambios legislativos que inciden respecto de lo invertido y de sus expectativas de lucro, teniendo además acceso a un tribunal arbitral sin limitaciones de materias?

Las respuestas a las preguntas formuladas pasan por no caer en una especie de conciencia escrupulosa en exceso en donde cualquier revisión o transformación de conceptos pasa a ser una afrenta a dogmas de fe. Como se ve no solo el Derecho Internacional y el de la Integración ejercen presión respecto de los “contratos administrativos”. También la ejercen sobre conceptos básicos hasta hace poco férreos como la soberanía o la existencia de materias indisponibles para la sede arbitral. Y no solo eso, no se trata solamente del Derecho Internacional y del Derecho de la Integración, estos sientan sus bases como se indicó al principio del presente trabajo, en la hegemonía del liberalismo y en la globalización del capital. Pero aún hay más, debe tenerse en cuenta también que este último fenómeno no es algo que nos viene impuesto si no que más bien el capital es escaso y que es hartamente deseable. No debe omitirse el hecho de que la inversión extranjera directa se constituye en herramienta de desarrollo para Latinoamérica sólo por excepción. La Comunidad Europea, Estados Unidos y Japón son los receptores de

24 “No existen divergencias en torno al origen del contrato administrativo, estando de acuerdo sobre el punto tanto quienes postulan su sustantividad y quienes la niegan.

Francia y posteriormente Bélgica y España en el siglo XIX reservaron a la jurisdicción administrativa los contratos celebrados por la administración por motivos de orden político.

La doctrina sostiene que la distinción entre contratos administrativos y privados comenzó siendo únicamente de carácter procesal careciendo de trascendencia material o sustantiva. Posteriormente, cuando irrumpe en el siglo XX tanto la postura del Consejo de Estado Francés como la de la Escuela de Burdeos o del servicio público como eje central del Derecho Administrativo, se afirma que los contratos que celebra la administración vinculados a un servicio público en su objeto, tienen por ello un régimen especial que supone la supresión del régimen de igualdad entre las partes por la de superioridad de la administración la cual goza de una serie de potestades en función al interés general del servicio público.

Se indica además como fundamento que sostiene la idea del contrato administrativo, un espíritu de defensa de la autonomía del derecho administrativo respecto del derecho privado. Parte de la doctrina afirma también que la explicación histórica del contrato administrativo se da a través de la atribución para la justicia administrativa de la venta de bienes nacionales que habían sido confiscados al clero y a los inmigrantes durante la Revolución de 1789, con el propósito de otorgar seguridad y expeditividad en la solución de conflictos a los compradores; asimismo Meilán Gil, coloca como antecedentes los contratos de suministros ejecutados por los ejércitos tanto francés como español con celeridad y ejecutoriedad administrativa.

En todos los casos expuestos es de verse que el contrato administrativo se funda en razones de conveniencia para la administración, conveniencia que es ajustada a determinado contexto o coyuntura. El quid del asunto ahora -no debe perderse de vista ello-, es la existencia o no de potestades implícitas en los contratos administrativos al margen del ordenamiento, en estado de latencia y a la espera de ser activados por alguna autoridad de la administración”. Linares, Mario. “El Contrato Administrativo en el Perú”, en: Revista de Derecho Administrativo. Circulo de Derecho Administrativo, Ediciones Iuris consulti, Lima, 2006, p. 288.

25 El Sistema se encuentra integrado por las disposiciones protectoras de la Inversión extranjera contenidos en los Tratados Bilateral es de Protección de la Inversión o en los Capítulos de Inversión de los Tratados de Libre Comercio.

26 “(...) no resulta admisible aceptar la tesis, conforme a la cual, las partes pueden disponer o transigir respecto de la legalidad de los actos administrativos, por tratarse precisamente de un aspecto en que se encuentran involucradas normas de derecho público, y el ejercicio del poder público. Empero, aún en la ocurrencia de que la cláusula compromisoria llegara a contemplar tal permisión, el juez excepcional, esto es, el arbitral, tendría vedado pronunciarse sobre la legalidad del acto y de los efectos no transigibles, pues es este un aspecto en donde se encuentra seriamente comprometido el orden jurídico, para cuya protección, en el caso de la actividad estatal, se halla instituida la jurisdicción contenciosa administrativa, de manera exclusiva y excluyente a cualquier otra jurisdicción o autoridad, por tratarse del ejercicio de una función del Estado que implica manifestación del poder público, el cual es ajeno a la actividad de los administrados.”

Sentencia del Consejo de Estado de Colombia, 8 de junio de 2000, exp. 16793. Tomado el texto de Correa Ángel, Diana Ximena, El Arbitraje en el Derecho Administrativo: una forma de justicia alternativa para un nuevo modelo de Estado, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002, p.138.

la misma en un 71%, registrando un flujo de salida del 82% de las inversiones²⁷.

Como es de verse entonces, las inversiones extranjeras constituyen una necesidad por la escasez de capital y las urgentes infraestructuras que demanda Latinoamérica, las mismas que no encuentran correspondencia con los presupuestos públicos ni en los capitales y tecnologías nacionales. De acuerdo a estudios del Banco Mundial se requieren en Latinoamérica de 70 mil millones de dólares anuales para satisfacer necesidades básicas en energía, transporte, agua y alcantarillado. Es necesario pues para contar con infraestructura, contar con capital foráneo, más este, como es lógico, se establecerá en donde además de una oportunidad de hacer negocios, se diagnostique estabilidad jurídica, predictibilidad, institucionalidad, respeto a la propiedad privada, seguridad interna, niveles adecuados de educación tecnológica, etc., características que en más o en menos pero en promedio carecemos en un nivel óptimo.

En ese marco, ¿cabe acaso hablar de *ius variandi*, de *factum principis*, de materias disponibles e indisponibles respecto de arbitrajes, de oposición al Sistema Internacional de la Protección de las Inversiones Extranjeras, de soberanía del siglo XIX, de nacionalismos aislacionistas?

De lo que cabe hablar es de la existencia de un nuevo derecho o de un nuevo interés público, el de recibir inversiones que generen empleo y desarrollo. Ese nuevo interés público pasa por tener economías competitivas, tener un adecuado desarrollo educativo, ser predecibles y confiables sino por nuestros poderes judiciales –unos peores que otros–, por el respeto a los pactos internacionales y a la justicia arbitral que se deriva de estos.

Estar al lado de quien señala que los Estados son soberanos y que pueden por lo tanto en ejercicio de esa soberanía desconocer contratos y pactos internacionales,

equivale a generar retraso y perennizar subdesarrollo.

Ojala Latinoamérica no se conduzca por políticas que generen huidas de multinacionales que lamentablemente pueden tomar decisiones de ámbito regional como ha sido el caso de la OXY.

Necesitamos capitales extranjeros para tener infraestructura pública, necesitamos infraestructura pública para desarrollarnos, necesitamos ser más atractivos para los inversionistas y comenzar a crecer no mediante la labor primaria de ser dispensadores de materias primas o receptores de capital golondrino sino comenzando a agregar conocimiento con capital humano capaz, con tecnología, con valor agregado o industrialización.

Los capitalistas vendrán sin duda donde puedan hacer negocios, debemos ejercitar “el poder blando o soft power, aclarando que ese poder se origina en la atracción que un país (o actor social) es capaz de ejercer desde su cultura, sus ideas y sus políticas”²⁸.

Los ordenamientos jurídicos nacionales deben adaptar sus instituciones de acuerdo al Derecho Internacional y al de Integración. La aldea local no puede quedar aislada, tampoco suprimida, debe convivir con otras y estar inmersa en la aldea global. En una negociación no puede ganarse todo por lo que el análisis debe ser de conjunto. El sistema no es perfecto, restringe potestades y prerrogativas públicas y el derecho internacional de las inversiones tiende a la protección de estas y de los inversionistas porque para eso fue diseñado, pero mucho peor es encontrarse fuera del sistema.

Si bien como se sabe la globalización del capital tiene también efectos nocivos, no es saludable por ello oponerse a la misma y aislarse, lo razonable es saber paulatinamente posicionarse, integrarse regionalmente con quienes se encuentran inmersos en el sistema a fin de crear mercados y abandonar posturas correspondientes a otras realidades, a otro tiempo 

27 Datos del año 2002. Véase Kundmüller Caminiti, Franz, ICSID, “Bella Durmiente”, Despabilada ante la atronadora globalización y el fragor creciente de las controversias en materia de inversión extranjera. Revista Iberoamericana de Arbitraje y Mediación. <http://www.serviles.com.pe/arbitraje/colaboración/inversión.html>

28 Nye Jr., Joseph S., Soft Power, Nueva York, Public Affair, 2004, p. x, citado por Roberto Dromi, El Derecho Público en la Hipermodernidad, Editorial Hispania Libros, Madrid - México, 2005, p. 47.