

Los Instrumentos Internacionales de Garantía a la Inversión Extranjera y la Constitución Política del Perú*

José Daniel Amado V.

Abogado. Profesor Contratado de la PUC.

El objeto del presente artículo es analizar algunos de los principales instrumentos internacionales destinados a garantizar la inversión extranjera en países en desarrollo y discutir su posible incorporación al orden jurídico nacional.

Riesgo No Comercial o Político

El tema de las garantías o seguros a la inversión extranjera está directamente vinculado al del riesgo político o no comercial. Dentro de ese concepto se suele incluir tanto el riesgo de ciertos eventos extraordinarios o fortuitos como la propia inestabilidad e impredecibilidad del orden jurídico. Entre los sucesos extraordinarios o fortuitos cabe mencionar los casos de guerras civiles, terrorismo e insurrecciones. En cuanto a la inestabilidad del orden jurídico, ésta puede manifestarse en riesgos de expropiaciones, restricciones a la convertibilidad de moneda y aplicación retroactiva o discriminatoria de la ley, entre otros.

Las garantías que se otorgan al inversionista extranjero están destinadas precisamente a atenuar el riesgo no comercial o político. Algunas de estas garantías han sido creadas directamente por las legislaciones nacionales e incluyen disposiciones constitucionales sobre tratamiento igualitario de nacionales y extranjeros e inviolabilidad de la propiedad privada, así como mecanismos de renegociación de contratos a largo plazo y solución de disputas relativas a inversión extranjera.

Si bien algunas de estas garantías de Derecho nacional han sido incorporadas de una forma u otra en las legislaciones de numerosos países¹, su efecto

en los inversionistas ha sido muy relativo, por considerar éstos que el país receptor de la inversión es juez y parte de su implementación. Distinto es el caso de las garantías que surgen de convenios y tratados internacionales que obligan al país frente al derecho internacional, y cuyo cumplimiento interesa a la comunidad internacional como un todo.

Garantías Internacionales de Inversión

Algunos de los instrumentos internacionales más importantes en materia de garantías de inversión son los siguientes:

1. "BITs" (Bilateral Investment Treaties)

Los Tratados Bilaterales de Inversión ("BITs") constituyen la modalidad más tradicional de afrontar el problema del riesgo no-comercial en la inversión extranjera. En los BITs, las partes contratantes suelen incluir declaraciones generales sobre la mutua protección y promoción de inversiones de nacionales del otro Estado contratante, así como la garantía de trato no discriminatorio con relación a los nacionales del Estado receptor de la inversión.

Otra cláusula muy común en los BITs es la de la nación más favorecida, que garantiza, con ciertas excepciones, que los nacionales del otro Estado contratante recibirán un tratamiento no inferior al que recibe cualquier otro inversionista extranjero. También suelen incluirse requisitos para la expropiación de bienes de propiedad de nacionales del otro Estado contratante, así como garantías contra la inconvertibilidad de moneda local.

* A la memoria de Alfredo Ostojá López-Alfaro, cuyo ejemplo es estímulo constante para quienes tuvimos el privilegio de conocerle.

1. Véase, por ejemplo, los artículos 125 (inviolabilidad de la propiedad privada), 126 (igualdad entre peruanos y extranjeros) y 136 (sometimiento a jurisdicción extranjera) de la Constitución Política del Perú.

Los BITs suelen también estipular el derecho de los Estados contratantes de subrogarse en los derechos y obligaciones de sus nacionales en caso de haberlos compensado por sus reclamos contra el otro Estado contratante. Es igualmente usual establecer un procedimiento para la solución de disputas entre los Estados contratantes a raíz de la subrogación de alguno de ellos en los derechos y obligaciones de sus nacionales.

Varios países desarrollados, entre ellos los Estados Unidos, el Reino Unido, Suiza, Australia, Japón y Corea, continúan adhiriendo a la política de celebrar BITs con países en desarrollo importadores de capital extranjero.

2. OPIC (Overseas Private Investment Corporation) y Entidades Equivalentes

Debido fundamentalmente a la resistencia de los países en desarrollo a la intervención diplomática de los países industrializados en defensa de los intereses de sus nacionales, algunos de éstos han creado entes de Derecho privado que ofrecen cobertura del riesgo político a sus nacionales que invierten en el exterior. Unos 22 países industrializados ofrecen directa o indirectamente este tipo de seguros de inversión².

El más característico de estos programas de garantías de inversión es el de la Corporación de Inversión Privada en el Exterior (OPIC) de los Estados Unidos de América. La OPIC tiene por objeto el fomento de inversiones estadounidenses en países en desarrollo y ofrece una serie de servicios que van desde el financiamiento de proyectos hasta el otorgamiento de cobertura de riesgos no comerciales. Esta última función la desarrolla como un asegurador privado.

Los seguros que otorga OPIC cubren los siguientes riesgos:

- (a) inconvertibilidad o imposibilidad de repatriar utilidades, incluyendo tipos de cambio discriminatorios;
- (b) expropiación, incluyendo interferencias progresivas en el derecho de propiedad conducentes a una expropiación; y
- (c) guerra exterior, guerra civil e insurrección, así como actos de terrorismo y sabotaje vinculados a aquéllos.

OPIC opera como asegurador de riesgo político sólo con aquellos países que han celebrado un tratado especial con los Estados Unidos garantizando el

derecho de OPIC de subrogarse en la posición del inversionista con respecto al cobro de una indemnización. El Tratado OPIC suele incluir cláusulas propias de los BITs sobre nación más favorecida y expropiación, así como una cláusula de sometimiento de cualquier disputa a arbitraje.

3. MIGA (Multilateral Investment Guarantee Agency)

La Agencia Multilateral de Garantías de Inversión (MIGA) es una dependencia del Banco Mundial creada en octubre de 1985, con la aprobación de un proyecto de convenio internacional que fue sometido a los países miembros del Banco. La idea de una agencia multilateral para garantizar inversiones surge así como una alternativa a la noción bilateral tradicional y que tanta resistencia ha generado entre los países en desarrollo.

MIGA es una institución cooperante en el esquema del Banco Mundial, aunque goza de autonomía jurídica y financiera. Su capital está conformado por aportes tanto de países exportadores de capital como por países receptores de inversión extranjera, por lo que intenta servir de foro para la cooperación internacional en materia de inversiones.

Los riesgos que garantiza MIGA son los siguientes:

- (a) pérdidas por restricciones en el cambio de moneda o en la remisión de utilidades al exterior;
- (b) expropiación o restricciones al ejercicio de la propiedad;
- (c) incumplimiento contractual y dificultades para acceder a un procedimiento imparcial y efectivo;
- (d) conflicto armado y disturbios civiles;
- (e) opcionalmente, otros riesgos no comerciales a excepción del riesgo de devaluación monetaria.

MIGA ofrece su cobertura a inversionistas originarios de países miembros incluyendo a aquellos nacionales del país receptor cuyo capital es invertido desde el exterior.

MIGA opera básicamente como un asegurador. Después de recibida la solicitud de un inversionista elegible, analizará la factibilidad económica del proyecto, su incuestionabilidad legal de acuerdo a las leyes del país receptor y su consistencia con el

2. Además, los aseguradores privados de Lloyd's de Londres y algunas compañías de seguros estadounidenses también ofrecen cobertura de riesgo no comercial.

desarrollo de dicho país receptor. MIGA no firmará el contrato de garantía hasta después de haber obtenido la anuencia del país receptor a prestar dicha garantía.

En caso que el inversionista desee hacer efectiva la garantía, MIGA evaluará la procedencia del reclamo. Si MIGA decide pagar la indemnización, se subrogará en los derechos y obligaciones del inversionista.

Cualquier disputa que se suscite entre MIGA y el país miembro deberá ser resuelta mediante negociación. En caso de no poder resolverse por ese medio, deberá someterse a arbitraje bajo las reglas del Centro para el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (ICSID), salvo que las partes acuerden otra cosa.

4. ICSID (International Centre for the Settlement of Investment Disputes)

El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (ICSID) fue creado con el auspicio del Banco Mundial mediante el sometimiento a los países miembros del Convenio que lo establece, en marzo de 1965. Es objeto de ICSID facilitar la solución de diferencias relativas a inversiones entre Estados contratantes y nacionales de otros Estados contratantes. Funciona como una dependencia del Banco Mundial bajo la administración de un Consejo integrado por un representante de cada país miembro.

La jurisdicción de ICSID se limita a las disputas que surjan de una inversión extranjera y que las partes hayan consentido por escrito en someterle. Un Estado miembro podrá exigir el agotamiento previo de sus vías administrativas o judiciales como condición previa a prestar su consentimiento al arbitraje de ICSID.

En el convenio de creación de ICSID se estipula que ningún Estado parte concederá protección diplomática o promoverá reclamación internacional alguna respecto de cualquier diferencia que las partes hayan consentido en someter a ICSID. Los únicos procedimientos aceptados por ICSID son los de conciliación y arbitraje.

La ley aplicable a la solución de las controversias será la que elijan las partes. A falta de pacto será de aplicación la legislación del Estado parte, incluyendo sus normas de Derecho Internacional Privado, así como el Derecho Internacional Público en cuanto sea aplicable.

Emitido el laudo arbitral, caben recursos de aclaración, revisión en función de hechos nuevos y anulación por vicios procesales. El laudo será obligatorio para las partes y no podrá ser objeto de apelación ni

de ningún otro recurso impugnativo. La ejecución se sujetará al procedimiento aplicable a la ejecución de sentencias extranjeras en el lugar donde se pretenda ejecutarlo.

La Cláusula Calvo en la Constitución Peruana

Son pocos los países latinoamericanos que han suscrito instrumentos internacionales sobre garantías de inversión. El motivo de esta resistencia tiene sus orígenes en la llamada "doctrina Calvo", surgida en el siglo XIX por influencia del jurista argentino Carlos Calvo, quien sostuvo que la intervención de un Estado en los asuntos internos de otro en defensa de los intereses de sus nacionales no tiene justificación en el Derecho Internacional.

Hoy en día, las naciones que adhieren a la doctrina Calvo suelen invocar los siguientes principios³:

- (i) El Derecho Internacional no requiere del país receptor sino dar al inversionista extranjero el mismo tratamiento que a sus inversionistas nacionales (principio de trato igualitario);
- (ii) La legislación nacional establece los derechos y obligaciones de los inversionistas extranjeros (principio de sometimiento a la legislación nacional); y
- (iii) Los tribunales nacionales tienen jurisdicción sobre las disputas que involucran a extranjeros (principios de sometimiento a tribunales nacionales).

La Constitución Política del Perú adhiere parcialmente a esta nueva concepción de la doctrina Calvo. En su numeral 126 establece lo siguiente:

"La propiedad se rige exclusivamente por las leyes de la República.

En cuanto a la propiedad, los extranjeros, personas naturales o jurídicas, están en la misma condición que los peruanos, sin que, en caso alguno, puedan invocar al respecto situaciones de excepción ni protección diplomática alguna".

Esta disposición se complementa con lo dispuesto en el numeral 136 que dice:

"Las empresas extranjeras domiciliadas en el Perú están sujetas sin restricciones a las leyes de la República. En todo contrato que con extranjeros celebran el Estado o las personas de derecho público o en las concesiones que se les otorgan, debe constar el sometimiento expreso a las leyes y tribunales de la

3. Véase, United Nations Centre on Transnational Corporations, "Bilateral Investment Treaties", Londres, 1988.

República y su renuncia a toda reclamación diplomática.

Pueden ser exceptuados de la jurisdicción nacional los contratos de carácter financiero.

El Estado y las personas de derecho público pueden someter las controversias derivadas de contratos con extranjeros a tribunales judiciales y arbitrales constituidos en virtud de convenios internacionales de los cuales es parte el Perú".

De esta manera, el principio del trato igualitario entre nacionales y extranjeros ha sido adoptado estrictamente por la Constitución peruana en materia de derecho de propiedad. En cuanto al principio de sometimiento a la legislación nacional, éste admite como única excepción los "contratos de carácter financiero". Finalmente, el principio de sometimiento a tribunales nacionales admite dos excepciones: (i) los contratos "de carácter financiero" pueden ser sometidos a la jurisdicción de tribunales extranjeros, y (ii) las "controversias derivadas de contratos con extranjeros" pueden ser sometidas a "tribunales judiciales y arbitrales constituidos en virtud de convenios internacionales de los cuales es parte el Perú".

El Artículo 126 y los Instrumentos Internacionales sobre Garantía de Inversiones

El principio de igualdad de trato entre inversionistas extranjeros y nacionales consagrado en el numeral 126 de la Constitución prohíbe a los extranjeros invocar situaciones de excepción o protección diplomática en materia de propiedad privada. Esto genera un inevitable conflicto con cualquier gestión que inicie el país del inversionista destinada al cobro de una indemnización, sea por vía de cesión de derechos o por cualquier otro medio que signifique un reclamo diplomático⁴. Es así que la cláusula de subrogación del país de origen, que caracteriza a los BITS, es en nuestra opinión incompatible con la Constitución Política del Perú.

Distinto es el caso de entidades de Derecho privado tales como MIGA y OPIC. En ambos casos, la subrogación opera en forma similar a si se tratara de cualquier compañía internacional de seguros. La compatibilidad entre el artículo 126 y el convenio MIGA es evidente. MIGA es una institución multilateral de la cual el Perú, en caso de acceder al convenio, pasaría a ser accionista al igual que cualquier otro de los Estados miembros⁵. Es evidente que siendo MIGA una institución afiliada al Banco Mundial tendrá a su disposición ciertos medios de presión económica, pero nada tiene de cuestionable desde un punto de vista constitucional.

En el caso de OPIC, sin embargo, está el elemento adicional de ser una entidad controlada por el gobierno de los Estados Unidos. Somos de la opinión que dicha vinculación no lleva implícita la posibilidad de recurrir a la protección diplomática de su gobierno, en tanto que la última versión del proyecto del Tratado OPIC para el Perú establece claramente que OPIC no podrá ejercer mayores derechos que aquéllos concedidos al propio inversionista⁶. De ahí podríamos concluir que la cláusula de subrogación en el mencionado Tratado OPIC es compatible con el artículo 126 constitucional.

No obstante, el propio proyecto de Tratado OPIC contiene una cláusula arbitral que establece que cualquier controversia que en opinión del gobierno de los Estados Unidos o del gobierno del Perú entrañare una cuestión de Derecho Internacional Público, la cual emane de cualquier inversión que estuviere bajo la cobertura de OPIC, será sometida a arbitraje por un tribunal ad-hoc. Opinamos que dicha estipulación lleva implícita la atribución del gobierno estadounidense de hacer suya cualquier reclamación de OPIC, y por tanto del inversionista, en contra del Estado peruano, lo cual no es compatible con el artículo 126 de la Constitución⁷. Consideramos también que dicha incompatibilidad, con el numeral 126 se salvaría si se eliminara la participación del gobierno estadounidense y fuera el propio OPIC, quien sometiese a arbitraje sus diferencias con el Estado.

4. Charles Rousseau define la protección diplomática como el derecho de cada Estado "a proteger a sus súbditos perjudicados por actos contrarios al derecho internacional cometidos por otro Estado, del que aquellos no han podido obtener satisfacción por la vía ordinaria". Rousseau, "Derecho Internacional Público", Barcelona, 1957, página 347. Eduardo Ferrero agrega que el ciudadano de un Estado que reside y hace negocios en país extranjero queda sujeto a un conflicto de jurisdicciones, que hace de la protección diplomática un derecho complementario o reservado que sólo puede ser invocado cuando dicho país extranjero falla en el cumplimiento de sus deberes. Ferrero Costa, "Los Alcances de la Protección Diplomática, con Especial Referencia al Derecho Peruano", tesis, Lima, 1971, página 6.
5. Cuando el presente artículo se encontraba en prensa, el Estado peruano ratificó el convenio constitutivo de MIGA mediante Resolución Legislativa No. 25312 del 2 de abril de 1991.
6. Proyecto de "Convenio sobre las Garantías de las Inversiones" entre los gobiernos del Perú y los Estados Unidos de América, versión final del 1ro. de junio de 1989.
7. No desconocemos la opinión del constituyente Enrique Chirinos en el sentido que la Constitución peruana no puede "impedir al Estado extranjero, el cual también es soberano, que dispense protección a sus connacionales". Chirinos Soto, "La Nueva Constitución al Alcance de Todos", Lima, 1979. Entendemos, sin embargo, que entre admitir esta discrepancia entre la norma constitucional y el Derecho Internacional, y propiciarla a través de la firma de un tratado que es ley de la República, hay una distancia insalvable desde un punto de vista jurídico.

El artículo 136 y los Instrumentos Internacionales de Garantía de Inversiones

La doctrina Calvo en materia de sometimiento a la jurisdicción nacional ha sido recogida en el numeral 136 de la Constitución con determinadas excepciones. En cuanto a la sujeción a la ley peruana, la única excepción admisible es la de los "contratos de carácter financiero". En todos los demás casos la ley peruana se aplicará obligatoriamente. Surge entonces la cuestión de la compatibilidad entre dicho numeral 136 y determinadas estipulaciones de los instrumentos internacionales que establecen la arbitrabilidad de disputas relativas a reclamaciones basadas en normas de Derecho Internacional.

Por ejemplo, el artículo 42(1) del Convenio ICSID, establece que a falta de acuerdo, "el tribunal aplicará la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables". Un autor norteamericano ha sugerido que dicho artículo 42(1) admite la posibilidad de que una norma de Derecho Internacional sea preferida por sobre la legislación nacional del Estado contratante⁸. Según esta línea de interpretación, el Convenio ICSID y el primer párrafo del artículo 136 de la Constitución serían incompatibles.

Consideramos que esta posición proviene de una lectura apresurada de la norma. Como confirma la exposición de motivos del propio Convenio, "el tribunal de arbitraje deberá aplicar las leyes que las partes acuerden"⁹. Sólo a falta de acuerdo el tribunal aplicará la ley del Estado que es parte en la diferencia y el Derecho Internacional en cuanto sea aplicable. En consecuencia, bastará con señalar en cada compromiso arbitral que la ley aplicable es la peruana y que el Derecho Internacional sólo será aplicable en cuanto sea compatible con la legislación nacional. No debe olvidarse que el propio convenio exige el consentimiento expreso del Estado en cualquier disputa que un inversionista desee someter a arbitraje.

El caso del Tratado OPIC y de los BITs es distinto. En cuanto a los últimos, éstos suelen contener una estipulación que somete a arbitraje cualquier disputa de Derecho Internacional relativa a la aplicación del Tratado. Algo similar ocurre en el caso del Tratado OPIC, el cual, como discutíamos en el subtítulo anterior, permite el sometimiento a arbitraje de cualquier controversia que en opinión de cualquiera de los Estados contratantes "entrañare una cuestión de derecho internacional público que emane de cualquier proyecto o actividad" que estuviere bajo la cobertura

de OPIC, incluyendo el asunto de si se trata o no de una cuestión de derecho internacional.

Consideramos que estas cláusulas arbitrales dejan abierta la posibilidad de que, en una controversia surgida entre un inversionista extranjero y el Estado peruano, un tribunal arbitral prefiera una norma de Derecho Internacional por sobre una disposición de la ley peruana. Por ejemplo, si se tratara de una expropiación, el tribunal arbitral podría considerar que la causal de "interés social" consagrada en el artículo 125 de la Constitución es incongruente con el Derecho Internacional sobre la materia. Somos de la opinión que cualquier cláusula arbitral que deje abierta esta posibilidad es incompatible con el artículo 136, primer párrafo, de la Constitución Política del Perú.

Distinto, sería el caso, claro está, de una cláusula arbitral que estableciera que los árbitros evaluarán la legalidad de los actos que han generado la controversia de acuerdo con el ordenamiento jurídico peruano, incluyendo aquellas normas de Derecho Internacional que obliguen al Perú. En ese supuesto, si bien el Derecho Internacional sería también de aplicación, dicha aplicación estaría limitada a normas internacionales que sean compatibles con la Constitución.

En cuanto al sometimiento de disputas con inversionistas a tribunales arbitrales extranjeros, que es el segundo elemento en la doctrina Calvo que impregna el artículo 136 constitucional, el propio numeral 136 establece como excepción a la obligación de someter cualquier disputa a los tribunales de la República, la posibilidad de "someter las controversias derivadas de contratos con extranjeros a tribunales judiciales o arbitrales constituidos en virtud de convenios internacionales de los cuales es parte el Perú". En consecuencia, no habría impedimento constitucional alguno para el sometimiento de disputas al ICSID o a cualquier otro tribunal de arbitraje internacional constituido o que se constituyera por un convenio internacional que el Perú haya suscrito y ratificado.

Conclusión

Los instrumentos internacionales destinados a atenuar el riesgo no comercial o político del inversionista extranjero han alcanzado singular importancia en nuestros días. Algunos de los principales de estos instrumentos incluyen los BITs, OPIC e instituciones equivalentes, MIGA e ICSID. No existe impedimento constitucional alguno para que el Perú se adhiera a las convenciones que establecieron el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (ICSID) y la Agencia Multilateral de Garantías de

8. McLaughlin, "Arbitration and Developing Countries", *The International Lawyer*, Volumen 13, página 220 (1979). Véase también Abbot, "Latin America and International Arbitration Conventions: The Quandary of Non-Ratification", *Harvard International Law Journal*, Volumen 17, páginas 138-139 (1976).

9. "Informe de los Directores Ejecutivos acerca del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados", Banco Mundial, 18 de marzo de 1965.

Inversiones (MIGA). Indudablemente, su ratificación constituirá un paso en la dirección correcta al objetivo de brindar todas las garantías posibles al capital extranjero sin comprometer el orden jurídico nacional.

En cuanto a los BITs, debe reconocerse que la subrogación del país de origen del inversionista, que suelen contemplar dichos convenios, es incompatible con el principio de igual trato contenido en el artículo 136 de la Constitución. Sin embargo, dicha incompatibilidad resulta salvada en esquemas tales como OPIC donde es una entidad de derecho privado, y no el propio país de origen, quien se subroga en los derechos y obligaciones del inversionista.

El Tratado OPIC, a su vez, sería incompatible con los artículos 126 y 136 de la Constitución en tanto que: (i) traslada al gobierno extranjero disputas entre el Estado peruano y nacionales de dicho gobierno extranjero; y (ii) somete al Derecho Internacional determinadas controversias entre el Estado peruano e inversionistas extranjeros. Sin embargo, somos de la opinión que estas incompatibilidades podrían salvarse si fuese OPIC, y no el gobierno estadounidense, quien sometiera la disputa a arbitraje, y si se estipulase que el Derecho Internacional fuese aplicable sólo en cuanto sea compatible con la Constitución peruana.

Lima, 31 de octubre de 1990.