

BAJO LA ÓPTICA DE LAUDOS DEL CIADI*

Rodolfo Guillermo MIRANDA MIRANDA**

SUMARIO: I. *Aspectos de carácter procesal*. II. *Análisis de casos*. III. *Conclusiones*.

Este artículo tiene un enfoque jurisprudencial, su metodología de este artículo será hacer un breve recuento de ciertos laudos del CIA DI explicando sus antecedentes, y líneas abajo, analizar los principales aspectos contractuales-administrativos discutidos. En muchos casos, los laudos serán sólo la base para discutir asuntos controversiales sobre los contratos públicos. Este artículo busca mostrar la estrecha relación que existe entre el denominado derecho internacional de las inversiones y el derecho administrativo, especialmente en lo que se refiere a la contratación pública. Como cuestión preliminar, abordo en forma sucinta aspectos de carácter procesal donde se explica asuntos procesales de la mayor importancia sobre cómo un asunto contractual se ventila a través de arbitraje internacional.

I. ASPECTOS DE CARÁCTER PROCESAL

1. *¿Cómo es que asuntos contractuales llegan a ser ventilados en arbitraje internacional de inversión?*

El CIADI es el Centro Internacional de Arreglo de Disputas Relativas a Inversión,¹ donde se llevan a cabo procedimientos de conciliación y ar-

* A Lorenita, mi novia, por todo su amor, su compañía, sus consejos, su entusiasmo y apoyo. A mis papás, Guillermo y Rosalba, mis padres, por su gran amor y formación y por incentivar-me.

Este artículo tiene relación y es un complemento del artículo “Anotaciones sobre los conflictos en los contratos estatales a partir de laudos arbitrales del CIADI y CON-SUCODE” que fuera publicado en el Libro de Ponencias del Congreso Nacional de Derecho Administrativo, que se llevó a cabo en la Pontificia Universidad Católica del Perú en abril del 2008 en Lima, Perú.

** Peruano, abogado asociado de Rodrigo, Elías y Medrano Abogados, Profesor de Derecho Administrativo de la Pontificia Universidad Católica del Perú. rmiranda@estudiorodrigo.com.

¹ En inglés, ICSID, International Center for Settlement of Investment Disputes, perteneciente al Grupo del Banco Mundial y cuya página web es www.worldbank.org/

bitraje entre los Estados que forman parte del Convenio de Constitución del CIADI y los inversionistas extranjeros (nacionales de otros Estados). Se considera inversionista extranjero no sólo a quien está constituido en el exterior (la constitución no es el único criterio de nacionalidad, sin embargo, no nos extendemos en esto por no ser parte del artículo) sino a las empresas constituidas en el Estado receptor que son controladas por inversionistas extranjeros.²

El CIADI conoce de conflictos entre inversionistas extranjeros y Estados que se rigen por el derecho internacional (donde con especial énfasis destacan los tratados de inversión, sean estos multilaterales o bilaterales, denominados BIT, pero que actualmente están siendo subsumidos como un capítulo más de los Tratados de Libre Comercio, TLC), pero también llega a conocer conflictos en los cuales se ventilan cuestiones contractuales en materia de contratos gubernamentales.

Sucintamente, el CIADI llega a conocer disputas que giran en torno a contratos gubernamentales por cualquiera de las siguientes maneras:³

- *Cláusula arbitral incorporada a un contrato gubernamental.* En este caso, el inversionista extranjero (contratista, concesionario o sea cual fuere su título jurídico contractual) acuerda con el Estado receptor (que a la vez funge de contratante) que las disputas de su contrato gubernamental serán resueltas por arbitraje ante el CIADI. En este caso, ni siquiera es necesario que el inversionista extranjero pertenezca a un Estado que sea parte del CIADI, pues éste permite desarrollar arbitrajes en él a Estados que no sean parte y a nacionales de Estado que no sean parte (inversionista) a través del mecanismo de facilitación complementaria.⁴

icsid, página de la cual obtuve los laudos citados. Se constituyó por el Convenio sobre Arreglos de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, que entró en vigor el 14 de octubre de 1966. Existen reglamentos adicionales, entre los cuales principalmente encontramos el Reglamento de Arbitraje y las Reglas de Iniciación de los Procesos de Conciliación.

² Artículo 25.2.b) de la Convención del CIADI.

Además, por ejemplo, en los Contratos de Concesión de Carreteras en Perú, los Concesionarios que tienen accionistas extranjeros, pero que son sociedades constituidas en el Perú, son considerados inversionistas extranjeros a efectos de que tengan *ius standi* ante el CIADI.

³ Schreuer, Christoph. “9. Investment treaty arbitration and Jurisdiction over Contract Claims – The Vivendi I Case Considered”.

⁴ En este ejemplo, tenemos al caso de Aguaytía contra la República del Perú.

Este es el caso, por ejemplo, de los Contratos de Concesión del Proyecto Corredor Vial Interoceánico Sur donde los concesionarios son empresas constituidas en el Perú pero de capitales brasileños. Brasil no es parte del CIADI, Perú sí. Por esta razón, los inversionistas brasileños en Perú, en principio, no tendrían protección del CIADI bajo los términos de la Convención CIADI (que requiere que ambos Estados sean parte de tal Convención), pero sí pueden acceder al CIADI a través de su mecanismo complementario.

Otros ejemplos son los de Duke contra el Perú y Aguaytía contra el Perú. En estos casos ambos inversionistas suscribieron convenios de estabilidad jurídica con el Perú y en tales convenios se pactó una cláusula arbitral CIADI. La diferencia con el supuesto brasileño es que Duke y Aguaytía son inversionistas estadounidenses, Estados Unidos. Sí es parte del CIADI, al igual que Perú. Por esta razón, aún cuando en ese momento no existía un tratado de inversión vigente entre Perú y Estados Unidos (hoy sí lo hay y es el capítulo 9 del TLC), el consentimiento del Estado peruano fue otorgado a través de la cláusula arbitral misma y como ambos Estados son parte de la Convención CIADI, entonces, la controversia se ventiló bajo los términos de la Convención CIADI, no bajo los términos del mecanismo complementario.

- *Tratado de Inversión con expresa mención a los contratos gubernamentales:* En algunos tratados de inversión o capítulos de inversión de tratados de libre comercio (este último supuesto es el más común en Perú desde hace un lustro) se menciona y especifica que el CIADI (entre otras instituciones) será la institución arbitral en la cual se arbitrarán las disputas entre el Estado receptor de la inversión y los nacionales del otro Estado.

En algunos tratados se coloca expresamente que los contratos suscritos con el gobierno califican como “inversión” y, además, se señala que las controversias en torno a los contratos gubernamentales (es decir, no se requiere que sea un incumplimiento de una obligación internacional) pueden resolverse en el CIADI. Como veremos más adelante, un ejemplo de ello es el TLC entre Perú y Estados Unidos donde se señala la expresión genérica de “acuerdo de inversión” y otro ejemplo es el TLC entre Perú y Canadá en donde sólo se señala a los convenios de estabilidad jurídica.

- *Tratado de Inversión con cláusula Paraguas.* En virtud de la cláusula Paraguas (*umbrella clause* en inglés), el Estado no sólo se obliga a cumplir con las obligaciones principales del tratado (trato justo y equitativo,

protección y seguridad, no expropiación o, en todo caso, expropiación conforme a los estándares previstos en el tratado), sino que también se obliga a cumplir cualquier obligación contraída con el inversionista nacional del otro Estado parte del tratado.

Así, a diferencia del supuesto anterior, donde queda claro que la controversia sigue siendo contractual, en los casos donde existe una cláusula paraguas, un incumplimiento contractual suele ser “elevado” a incumplimiento de una obligación internacional.

En el caso que el tratado de inversión contemple al CIADI como institución arbitral, cualquier conflicto en torno a este tratado se resuelve ante el CIADI. Y si el incumplimiento del contrato ha sido “elevado” a incumplimiento de una obligación internacional, entonces, finalmente el CIADI —gracias a la cláusula paraguas— conocerá del conflicto en materia contractual.

- *Incumplimiento contractual de magnitud que a la vez se configure como incumplimiento de tratado.* Ante la coexistencia de un contrato público con una cláusula arbitral que no sea CIADI y a la par un tratado de inversión con una cláusula arbitral CIADI, en caso de incumplimiento del referido contrato público, podría ocurrir cualquiera de las siguientes variables:
 - Incumplimiento netamente contractual: en cuyo caso el CIADI no tiene competencia. En este caso, el laudo (no la resolución de anulación) del caso *Vivendi vs. Argentina* es el emblema de este aspecto.
 - Incumplimiento netamente del tratado de inversión: en cuyo caso el CIADI sí tendrá competencia, no teniéndola la autoridad contractualmente determinada a resolver el conflicto.
 - Incumplimiento de ambos: en este caso, el CIADI sí tendría competencia para resolver los conflictos en la medida en que se considere que existe un incumplimiento de un tratado de inversión.⁵ Esto suele ocurrir especialmente en los incumplimientos

⁵ Esa fue la posición del Laudo en *Vivendi I*.

“This consistent line of authorities demonstrates that a forum selection clause contained in a contract between the investor and the host State does not affect the competent of a tribunal, based on a BIT. The two proceedings are based on different causes of action even though they may arise from the same set of facts. Dispute settlement clauses in contracts are designed to deal with contract claims. ICSID tribunals based

causados por riesgos políticos, en cuyo caso, además del incumplimiento contractual o con ocasión del mismo, podremos estar ante la existencia de una expropiación directa o indirecta o de un incumplimiento a las obligaciones de no discriminación de brindar un trato justo y equitativo a las inversiones.

Los casos *Azurix vs. Argentina* y *ADC vs. Hungría*⁶ son muy buenos ejemplos de ello. El considerando núm. 304 del laudo de este caso es claro respecto a la coexistencia de un contrato y un BIT, pero en donde los incumplimientos gubernamentales son de tal magnitud que se afecta el BIT:

Discussion

304. As will be explained later in the section dealing with liability, it is the opinion of the Tribunal that Professor Crawford articulated the matter correctly. There can be no doubt whatsoever that the legislation passed by the Hungarian Parliament and the Decree had the effect of causing the rights of the Project Company to disappear and/or become worthless. The Claimants lost whatever rights they had in the Project and their legitimate expectations were thereby thwarted. This is not a contractual claim against other parties to the Project Agreements. An act of state brought about the end of this investment and, particularly absent compensation, the BIT has been breached. It is common ground that no compensation was offered in respect of this taking. Further, the Tribunal is satisfied that no case has been made out that the taking was in the public interest. The subsequent privatization of the airport involving BAA and meeting Hungary US\$ 2.26 billion renders any public interest argument unsustainable. In the opinion of the Tribunal, this is the clearest possible case of expropriation.

Cuando exista una cláusula arbitral local en un contrato y una cláusula arbitral CIADI en un trato de inversión, se debe tener especial consideración a la posibilidad de abuso en el derecho de acción. Me refiero al supuesto en que, en realidad, la disputa sea eminentemente contractual (diferente interpretación de los hechos o del contrato entre las partes, mero incumplimiento sin un matiz de discriminación o expropiación, aspectos técnicos o

on BIT are competent to hear claims arising from the terms of the BIT". Schreuer, Christoph, *op. cit.*, p. 293.

⁶ En este caso, el Estado de Hungría adjudicó a ADC la concesión del aeropuerto para su mejoramiento y construcción de un nuevo terminal. En plena ejecución del contrato, el parlamento húngaro emitió leyes que hacían la inversión de imposible realización, con lo cual, se expropió la inversión de ADC, se vulneró la obligación de brindar trato justo y equitativo. El laudo del CIADI fue favorable al inversionista.

financieros), no obstante lo cual, el inversionista podría pretender asignarle un matiz de incumplimiento de tratado⁷ a una controversia contractual.

En tales casos, el rechazo *in limine* a cargo del secretario general del CIADI podría ser prematuro, porque podría haber cuestiones de competencia, pero que no sean cuestiones “manifiestas” tal como se exige para que se pueda aplicar el rechazo *in limine* de la demanda por el Secretario General del CIADI.⁸ En todo caso, podría resolverse en la decisión sobre jurisdicción o en el laudo.

En estos casos, resulta importante definir cuál es la pretensión y el interés en ambos foros. El interés puede ser el mismo: una compensación económica, pero la pretensión podría ser diferente. La pretensión está compuesta por la *causa petendi* y el *petitum*. No existe una regla escrita para distinguir el incumplimiento del contrato del incumplimiento del tratado, pero un tribunal (sea el local-contractual o el internacional-tratado, especialmente este último) deberá examinar si los reclamos tienen una sustantividad propia que amerite su separación. A mi juicio, Jennings y Watts —citados por Schereuer—⁹ define la “sustantividad propia” con claridad:

It is doubtful whether a breach by a state of its contractual obligations with aliens constitutes per se a breach of an international obligation, unless there is some such additional element as denial of justice, or expropriation, or breach of treaty, in which case it is that additional element will constitute the basis for the state's international responsibility...

Es pacífico en la doctrina que la *causa petendi* (o causa para pedir) está formada por los fundamentos de hecho que sustentan la pretensión, no resulta pacífico si los fundamentos jurídicos forman parte de la *causa petendi*.

Si los hechos son esencialmente los mismos y se aprecia un alto contenido contractual en la controversia, y a la par, se aprecia, que el “contenido internacional” no resulta independiente del “contenido contractual” [es decir, las causas legales son muy parecidas], entonces, el Tribunal Arbitral

⁷ *Idem*. No obstante, este laudo fue anulado por un Comité de Anulación del CIADI que señaló que el Tribunal Arbitral se extralimitó en sus funciones al no resolver el fondo de los reclamos basados en el BIT, no en el contrato, pues “Un Estado puede incumplir un tratado sin incumplir un contrato y viceversa”. Por tal razón, el Tribunal debió analizar los posibles incumplimientos del tratado, que no hayan podido ser calificados como un incumplimiento del contrato.

⁸ Regla núm. 6 de las Reglas de Iniciación de los Procedimientos de Conciliación y Arbitraje ante el CIADI.

⁹ *Op. cit.*, p. 296

Internacional debe inhibirse en razón de competencia, pues no existiría una adecuada diferenciación de las pretensiones. En tal supuesto, el conflicto deberá resolverse conforme a los mecanismos de solución de controversias previstos en el contrato (no necesariamente arbitraje, también podría ventilarse en sede judicial).

2. *Solución adoptada por importantes tratados de libre comercio (TLC) suscritos por Perú*

Luego de un periodo de aislamiento internacional, la reinsertión peruana en la comunidad económica internacional se inició en la década de los noventa. En aquella década, el Estado Peruano suscribió una serie de tratados bilaterales de inversión (BIT) con diversos países. En la década del dos mil, la integración del Perú aumentó y dejó de suscribir BIT y comenzó a suscribir TLC (Tratados de Libre Comercio) —que son acuerdos más profundos y completos que los BIT—, y que por cierto reemplazan a los BIT, pues la gran mayoría de los TLC contienen capítulos donde se regulan las inversiones de un nacional de uno de los Estados en el territorio del otro.

En vista de ello, se hará una sucinta relación de los aspectos principales de los TLC suscritos por el Perú en materia de disputas contractuales con inversionistas extranjeros.

A. *TLC Perú-Estados Unidos*

Bajo el marco de este TLC Perú-Estados Unidos no resultaría necesario seguir discutiendo acerca de si el Tribunal Arbitral Internacional es competente o no para resolver conflictos contractuales: es competente por mandato del TLC.

El TLC contiene una cláusula arbitral omni-abarcante, no contiene una cláusula paraguas. La diferencia entre una y otra es que en las cláusulas arbitrales omni-abarcantes siempre se deja en claro que el incumplimiento contractual es eso, contractual, simplemente que como la competencia del arbitraje internacional consagrado en el tratado es amplia, la controversia contractual podrá ventilarse en sede arbitral internacional, pues el contrato es una de las modalidades de “inversión”. Por su lado, la cláusula paraguas tiene el mismo efecto: una controversia contractual se puede ventilar en arbitraje internacional, pero con el agregado que en este supuesto se considera que el incumplimiento contractual es un incumplimiento de tratado, en virtud de la “elevación” realizada por el tratado.

El TLC Perú-Estados Unidos es claro en señalar que se protege las autorizaciones de inversión y los *acuerdos de inversión*.¹⁰

La definición de acuerdo de inversión que otorga el artículo 10.28 es la siguiente:

acuerdo de inversión significa un acuerdo escrito entre una autoridad nacional de una Parte y un inversionista de otra Parte, en virtud de la cual la inversión cubierta o el inversionista se base para establecer o adquirir una 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) respecto 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 agua o telecomunicaciones; o
- c) para realizar proyectos de infraestructura, tales como construcción de vías, puentes, canales, presas u oleoductos o gasoductos que no sean de uso y beneficio exclusivo o predominante del gobierno

Se ha establecido un periodo de 6 meses para el denominado *cooling off*, se señala que el arbitraje puede ser ante el CIADI (sea por su Convenio o por las reglas del mecanismo complementario siempre que el Estado de una de las partes en el proceso arbitral sea signataria del CIADI), conforme a las reglas de arbitraje del CNUDMI o conforme a otra institución y reglas en caso las partes así lo hayan pactado.

Ahora, al igual que el tratado NAFTA se ha incorporado la obligación de renuncia a otra clase de acciones si es que se pretende activar el mecanismo arbitral internacional contemplado en el TLC.¹¹

¹⁰ Artículo 10.16 del Capítulo 9. Se agrega —usando las mismas palabras que la Convención CIADI— que la controversia debe relacionarse directamente con la inversión.

¹¹ Artículo 10.18. Numeral 2.- Ninguna reclamación puede someterse a arbitraje conforme a esta Sección a menos que... la notificación de arbitraje esté acompañada de la renuncia por escrito del demandante... de cualquier derecho a iniciar o continuar ante cualquier tribunal judicial o administrativo conforme a ley de cualquier parte u otros procedimientos de solución de controversias, cualquier actuación respecto de cualquier medida que se alegue haber constituido una violación a que se refiere el Artículo 10.16.

Asimismo, es menester aclarar que nada impide tampoco al inversionista a pactar arbitraje local o sumisión al Poder Judicial peruano; simplemente, que conforme a las cláusulas *fork in the road*,¹² la elección de uno u otro mecanismo —sea el nacional o el internacional— es definitiva.

B. *TLC Perú con Canadá*

En aspectos procesales los TLC de Perú con Estados Unidos y Perú con Canadá son parecidos. Sin embargo, a diferencia de la cláusula arbitral amplia que existe en el TLC con Estados Unidos, en el TLC con Canadá los conflictos que se pueden llevar a arbitraje bajo las reglas del citado TLC en materia contractual están circunscritos a los convenios de estabilidad jurídica.

En efecto, el artículo 819 del TLC Perú-Canadá señala:

Artículo 819: Reclamación por un Inversionista de una Parte en su Propio Nombre

1. Un inversionista de una Parte puede someter a arbitraje bajo esta Sección una reclamación en el sentido de que la otra Parte ha incumplido:

- a) una obligación bajo la Sección A, distinta a una obligación bajo el párrafo 4 del Artículo 802, Artículos 809, 810 u 816;
- b) una obligación bajo el subpárrafo 3(a) del Artículo 1305 (Política de Competencia, Monopolios y Empresas del Estado-Monopolios Designados) o bajo el párrafo 2 del Artículo 1306 (Política de Competencia, Monopolios y Empresas del Estado-Empresas Estatales), sólo en la medida que un monopolio designado o empresa estatal haya actuado de manera inconsistente con las obligaciones de la Parte bajo la Sección A, distintas de las obligaciones bajo el párrafo 4 del Artículo 802, los Artículos 809, 810 u 816; o
- c) un convenio de estabilidad jurídica referido en el párrafo 2 de este Artículo,

y que el inversionista ha incurrido en pérdida o daño debido o como resultado de dicha violación.

¹² Artículo 10.18.4.b) Para mayor certeza, si el demandante elige someter una reclamación del tipo descrito en el subpárrafo (a), ante una corte judicial o tribunal administrativo del demandado o ante cualquier otro procedimiento de solución de controversias vinculante, esa elección será definitiva y el demandante no puede, a partir de ese momento, someter la reclamación a arbitraje conforme a la Sección B:

Sustancial diferencia en cuanto a los aspectos procesales entre los tratados con Estados Unidos y con Canadá.

En cuanto a los convenios de estabilidad jurídica, estos son mecanismos de promoción de la inversión privada a cargo del Estado en virtud del cual estabiliza (aplica ultraactivamente) cierto sector de la normativa (especialmente ciertos aspectos de la normativa tributaria) claramente especificado en las normas que regulan los convenios de estabilidad jurídica (principalmente, los Decretos Legislativos núms. 662 y 757 y normas reglamentarias).

En el TLC Perú-Canadá bajo comentario, se aprecia un interesante requisito de procedibilidad del arbitraje en los conflictos vinculados a los convenios de estabilidad jurídica: la autoridad tributaria no debe haber determinado que ha habido un incumplimiento del convenio de estabilidad jurídica¹³. En lo personal, considero que la *ratio legis* de la citada disposición debe basarse en que no tendría sentido ir a un arbitraje internacional cuando el mismo Estado a través de su autoridad tributaria ya prejuzgó el incumplimiento del Estado.

II. ANÁLISIS DE CASOS

1. *Caso Azúrix vs. Argentina*

A. *Breve descripción de los hechos*

Ante un deficiente servicio de agua y saneamiento, el Gobierno de Buenos Aires convocó a una licitación para la adjudicación de la concesión del servicio. Hubo varias ofertas, donde el factor de competencia fue el pago del mayor canon al Estado (concesión onerosa). Azurix, empresa del Grupo Enron, resultó adjudicatario de la buena pro, ofertando más de US\$ 400 millones de canon, mientras que las otras ofertaron un canon 10 veces menor.

Se firmó el contrato de concesión con ABA (Azurix Buenos Aires S.A.) y desde el inicio hubo una serie de problemas: incumplimiento en los aumentos tarifarios, obras preexistentes inservibles, continuidad de subsidios que no debieron continuar, sanciones, incumplimiento de metas de gestión, intervención política y mediática contra el concesionario, inviabilidad financiera del negocio, oferta de canon demasiado alto, entre otros.

¹³ Esta no determinación podría darse por silencio de la administración tributaria o una decisión u opinión de que no se ha afectado el convenio de estabilidad jurídica.

Por ello, Azurix demandó a Argentina por los incumplimientos de la provincia de Buenos Aires¹⁴ del TBI (Tratado Bilateral de Inversión) suscrito entre Estados Unidos y Argentina. A pesar que éste sea un arbitraje de tratado y no de contrato, el Tribunal analiza una serie de cuestiones contractuales. Algunas pretensiones fueron infundadas, pero esencialmente podemos hablar de una victoria del demandante porque el tribunal consideró que se había cometido expropiación y se había infringido las obligaciones de trato justo y equitativo conforme al TBI.

Como señalé en aspectos procesales, el caso de Azurix es un caso emblemático donde existen violaciones contractuales y del TBI a la vez, razón por la que, aun cuando en sede contractual no se haya pactado arbitraje CIADI, los hechos constituyeron violación del TBI, lo que sí se arbitra en el CIADI.

B. Problemas jurídicos de interés

a. El *clari loqui* en materia de contratación administrativa

El *clari loqui* significa hablar claro. Y hablar claro es un deber de la administración que surge del principio de transparencia, predictibilidad, debido procedimiento¹⁵ y, a nivel contractual, principio de buena fe.¹⁶ A nivel internacional, se relaciona con la obligación de brindar un trato justo y equitativo a las inversiones (recordemos que la predictibilidad es un aspecto importante de esta obligación internacional). La referencia en este caso es a que en el periodo de la licitación, los postores formularon preguntas concretas sobre los aspectos tarifarios (referidos a la continuación de un coeficiente en la factura que era un subsidio que aplicado sobre la tarifa resultaba en un

¹⁴ A nivel internacional, los Estados a través de su Gobierno Central, responden por los actos de sus subdivisiones políticas. Piénsese por ejemplo en el Caso Luchetti, que también llegó el CIADI sin solución de fondo por razones de competencia del Tribunal en virtud de la aplicación temporal del TBI Perú-Chile.

¹⁵ Ley núm. 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General, LPAG, artículo IV incisos 1.2 y 1.15.

¹⁶ Artículo 1362º del Código Civil.

“En el ámbito de la contratación administrativa el contenido de la buena fe se vuelve más intenso, en atención a los intereses o necesidades públicas que se tiende a satisfacer, lo que naturalmente conlleva a que el Estado se encuentre impedido de actuar como si se tratara de un negocio lucrativo del que deba obtener la mayor cantidad de ganancias legítimas, en perjuicio del contratista”. Cassagne, Juan Carlos, *Contratación Administrativa*, p. 73.

descuento a los usuarios)¹⁷ y el Estado respondió en forma absolutamente genérica, sin indicar que el coeficiente que tenía como efecto una disminución en la recaudación seguiría o no existiendo. Luego, el ya concesionario, facturó por sus servicios de agua sin aplicar ese coeficiente, pues no estaba mencionado en el anexo tarifario del contrato y fue multado e impedido de hacer ello por parte del regulador. El regulador obligó al concesionario a aplicar el coeficiente, lo que finalmente resultó en menos ingresos para él.

Finalmente, el Tribunal en este aspecto le dio la razón al demandante, usando entre otros argumentos, el de la necesidad de responder claramente las preguntas de los postores a través de las circulares durante la licitación.

Además de los principios expuestos, cabe hacer mención que el la teoría del *cheapest cost avoider* del análisis económico del derecho y el adagio *in dubio contra stipulatorem*¹⁸ del derecho contractual, también resultan sustento suficiente para la aplicación de la doctrina del *clari loqui*.

La primera se refiere a que se deben asignar los riesgos a quien tenga menos costo y/o esté en mejores condiciones para mitigarlos. En ese sentido, el Estado en la licitación (después no) tiene mejor información que el postor, razón por la cual, es más fácil que sea el Estado quien suministre la información y no el postor.

En virtud del segundo, cuando un contrato se celebra a través de condiciones generales de contratación (contratos estándar) y una de las partes no tiene opción más que de adherirse o no, sin poder negociar la redacción del contrato, en caso de duda, se resuelve a favor de la parte que no redactó el contrato.

b. La aceptación de las condiciones iniciales como supuesto de responsabilidad del inversionista

Azurix buscó que el Tribunal declarara que Argentina fue responsable porque ABA no obtuviera el financiamiento necesario para la concesión. A diferencia de otras alegaciones de Azurix, el Tribunal no amparó su tesis,

¹⁷ En el laudo, pueden apreciarse que las referencias a la mala fe o, por decir lo menos, poca diligencia del Gobierno de Buenos Aires en la fase previa de licitación, son reiteradas.

¹⁸ Código Civil.

Artículo 1401.- Interpretación de las estipulaciones

Las estipulaciones insertas en las cláusulas generales de contratación o en formularios redactados por una de las partes, se interpretan, en caso de duda, en favor de la otra.

debido a que OPIC, en su carta denegó el pedido de préstamo, hizo referencia a la inadecuada relación costo/tarifa. Y esta relación se refiere a la estructura del diseño financiero original y no al incumplimiento del Gobierno en el aumento de las tarifas.

Con ello, en conexión con lo que se señala en el numeral siguiente referente a ofertas agresivas, queda claro que el inversionista puede hacer reclamaciones por incumplimientos previos o luego de la firma del contrato, cambios en la ecuación económica, pero cuando realiza una oferta, la hace sobre bases económicas que luego tiene que respetar (aun cuando fueran negativas a sus intereses). En tal sentido, no puede haber responsabilidad del Estado, aún cuando el inversionista privado pierda dinero, si los supuestos económicos sobre los cuales se suscribió el contrato se cumplen y el proyecto no resulta viable, esto es como diría Granillo Ocampo: un álea empresaria.¹⁹ Ello, por más inadecuadamente diseñado que haya estado el proyecto y/o el contrato.

c. Las ofertas agresivas

El Estado cuando formula las bases y diseña los factores de competencia debe, según el caso del proyecto licitado, cuidar de diversos intereses: el de la sociedad que representa, el suyo propio y el de los usuarios. Si se trata de una concesión cofinanciada, sin duda, debe cuidar el presupuesto, por lo que en esos casos el factor de competencia suele ser el menor aporte estatal como pago regular por las obras (PAO, Pago Anual de Obras, para el caso de las carreteras en Perú y en general las concesiones donde la construcción es más significativa económicamente que la operación), la menor retribu-

¹⁹ “... el riesgo está configurado por el grado de certeza con el cual el empresario ha valorado su prestación (riesgo empresario presente en todo contrato) y no por un acontecimiento futuro e incierto (álea pura y típica del contrato aleatorio)... El álea empresaria está integrada por lo que podríamos llamar riesgos comerciales internos del negocio, entre los que cabe mencionar las equivocaciones o errores de cálculo (error calculi), daños o destrucciones a la obra (*periculum rei*) o las dificultades materiales de ejecución del proyecto que, sin producir daño a la obra o al servicio, los encarecen considerablemente...”

La parte que incurre en error de hecho sobre los datos y circunstancias de la obra (por ejemplo calcular como metros lineales ítems pensados en metros cúbicos; no valorar adecuadamente elementos que inciden en el precio; errónea interpretación de los planos; etc), están, en mérito a las expresas disposiciones legales mencionadas, obligada a asumir la responsabilidad por su error”, Granillo Ocampo, Raúl, *La distribución de los riesgos en la contratación administrativa*, Buenos Aires, Astrea, 1990, pp. 4, 5 y 7.

ción o también puede ser el menor valor presente de los ingresos mínimos garantizados (concesiones donde la operación es más significativa que la construcción). Precisamente, este fue el factor de competencia de la concesión de agua de Tumbes, única ciudad peruana con el servicio de agua y saneamiento bajo concesión.

En cambio, en las concesiones autofinanciadas y onerosas,²⁰ el factor de competencia suele ser el mayor aporte del concesionario al Estado, sea un aporte inicial o el aporte periódico, o la menor tarifa al usuario si lo que se desea es privilegiar el acceso a los servicios.²¹

Una pregunta interesante que surgió con ocasión del caso *Azurix vs. Argentina* en el CIADI, es la siguiente: *¿El canon que le paga el concesionario al Estado por el derecho de concesión es recuperable vía tarifas?* La respuesta que dio el tribunal arbitral fue sí, pero que las tarifas se ajustarán con el tiempo según lo establecido en el contrato y en la regulación aplicable.

Coincido con esta postura, la cual merece el siguiente comentario.

Resulta importante, antes de adjudicar una concesión, que el Estado brinde a los inversionistas un adecuado marco tarifario y que las tarifas estén absolutamente claras. De esta manera, cuando el postor realiza su oferta de canon a favor del Estado sabe que éste tiene que estar dentro del margen de ingresos que le van a dar las tarifas establecidas (único o al menos el principal ingreso en las concesiones autofinanciadas).

Es decir, el canon, que es la contraprestación a favor del Estado por el derecho de concesión, no deja de ser un costo más para el empresario, (así como los costos de inversión, operación, mantenimiento, financieros, abogados, ambientales), que tendrá que recuperar con los ingresos, los cuales en los proyectos autofinanciados se dan con las tarifas y peajes y en los proyectos cofinanciados total o parcialmente, según el caso, con los aportes del Estado.

Entonces, al saber el postor al momento de su oferta que el costo del canon lo va a recuperar vía tarifa (concesiones autofinanciadas),²² deberá ha-

²⁰ Concesiones y asociaciones público privadas:

²¹ a) Onerosa: El privado realiza un pago al Estado por el derecho de concesión.

b) Gratuita: El privado no realiza ningún pago al Estado.

c) Autofinanciada: El proyecto se financia con los ingresos de los consumidores de la infraestructura y/o servicio público, sin necesidad de aportes estatales.

d) Cofinanciada: Dada la alta inversión y/o el poco retorno, el Estado tiene que subsidiar total o parcialmente la actividad del concesionario.

En la concesión del Puerto del Callao se utilizó, en primer término, este factor de competencia.

²² El TUO de la Ley de Concesiones (Decreto Supremo N° 059-96-PCM), regula

cer un análisis serio y responsable de si los ingresos proyectados del negocio de interés público que pretende llevar a cabo se compensan con los ingresos proyectados. El postor debe preguntarse: ¿dentro de este marco económico si ofrezco mucho como canon por acceder al negocio de concesión, el proyecto es viable y rentable? Si la respuesta es que sí, deberá proceder con su oferta, si la respuesta es que no, deberá formular una oferta más baja. En otras palabras, *el canon se recupera vía tarifa, pero a la tarifa no se le debe trasladar los excesos del canon ofrecido.*²³

Por tal motivo, la posición legal de Argentina en ese arbitraje que señala que el canon no se recupera con tarifa, no es cierta. El canon sí se recupera con la tarifa, pero si no varían las circunstancias que ameriten un aumento de la tarifa o de la retribución del Estado, entonces, el exceso de canon no debe ser causal de aumento de la tarifa o causal de excepción que permita el incumplimiento de las metas de gestión.

En sentido parecido se pronuncia Juan Carlos Cassagne cuando señala que “la modificabilidad de las ofertas puede surgir *a posteriori* de la adjudicación a raíz de un *cambio de circunstancias* que plantee la necesidad de adaptar o reajustar el contrato y mantener el *equilibrio* de las prestaciones inicialmente comprometidas, siempre que tal *cambio hubiese ocurrido igualmente con cualquiera de los oferentes*”,²⁴ porque no hubo variación de circunstancias.

Como señala Cassagne, en forma concordante con el enunciado de *rebus sic stantibus*, si el postor realiza una oferta agresiva y el resto de costos de la

también a las concesiones mixtas, que son unas en las que se combinan diversas categorías. A continuación un ejemplo. Piénsese en cualquier infraestructura de muy alto costo de construcción, con bastante riesgo, pero cuyo uso vaya a ser extendido en el futuro. Entonces, primero el Estado podrá aportar recursos para la construcción (co-financiamiento) y el privado no pagar nada al principio por el derecho de concesión. Luego, en el período de operación, cuando ya se han amortizado sustancialmente las inversiones, el privado podrá entregarle al Estado un porcentaje de sus ingresos (concesión onerosa), pero si el negocio no camina como es deseado por falta de consumo de la infraestructura, el Estado podrá realizar unos aportes para el inversionista obtenga una cantidad fija mínima anual (ingresos mínimos garantizados).

²³ Nuevamente, José Luis Guasch señala: “Lo que evidentemente no debería usarse para determinar el valor de la concesión en la base de capital –a partir de la cual se permite al operador obtener una justa tasa de rendimiento– es el valor pagado en la etapa de licitación, sea cual fuere el método de depreciación aplicado. Hacerlo eliminaría el elemento de eficiencia-competitividad de la licitación, al permitir una tasa de rendimiento independiente del precio pagado por la concesión”. Laudo *Azurix vs. Argentina*, p. 81.

²⁴ Cassagne, Juan Carlos, *El contrato administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1999, p. 56.

actividad (financieros, de operación, construcción, entre otros) se mantiene incólume, no se generaría ningún derecho a favor del contratado.

Decir lo contrario afectaría el principio de igualdad. En efecto, este principio tiene especial relevancia en los contratos administrativos; algunos piensan que impide la modificación de los contratos de concesión. Eso es parcialmente cierto. Sobre la base de este principio, las modificaciones que se realicen por circunstancias personales del postor (lo que en la selección son los requisitos subjetivos) o circunstancias vinculadas a su oferta, que se presumen no se hubiesen hecho si otro postor hubiese sido el adjudicatario, son inválidas, porque *justamente* la administración contrató con X, porque éste tenía tales o cuales condiciones y porque su oferta fue la más competitiva, de lo contrario Y hubiese resultado adjudicatario.

Absolutamente diferente es el supuesto de las modificaciones a los contratos de concesión que se hacen en razón de factores objetivos vinculados al proyecto o al interés público. Como bien dice García de Enterría,²⁵ la sociedad no debe estar atada a la existencia de un mal puerto, porque éste se diseñó mal. En tales casos, se cambia el diseño y se compensa al concesionario, de ser el caso.

Por ejemplo, se discutía la posibilidad de modificar el Contrato de Concesión del aeropuerto Jorge Chávez en relación con la obligación de construir una segunda pista de aterrizaje. Por lo que sé del caso, esta obligación existiría a la fecha, pero aún no se ha cumplido. Sin embargo, a pesar que existe un incumplimiento del contrato de concesión, entiendo que no existiría la necesidad real de hacer la pista a la fecha, pues el número de aviones no lo justifica. En este caso o en uno parecido, debe prevalecer el interés público por sobre el *pacta sunt servanda* del contrato y no hacer inversiones ineficientes. Eso no significa que se le perdona al Concesionario la ejecución de esta obra sino que se toman otro tipo de medidas.

En las concesiones, en ciertos casos las soluciones a los problemas son abordables a través de diversas soluciones, cual arcilla: se podría estirar la concesión (ampliación de plazo), achicar el ámbito de obligaciones contractuales del privado (reducción de obligaciones), ponerle más material (aporte

²⁵ “Límites en este sentido no existen ni pueden existir, porque las exigencias del interés público, al servicio de la comunidad, no pueden quedar comprometidos por el error inicial de la Administración contratante o por un cambio en las circunstancias originariamente tenidas en cuenta en el momento de contratar... Obligar a la comunidad a soportar una carretera, un puerto o un embalse mal planteado *ab initio*, inútiles o ineficaces desde su misa concepción, por un simple respeto al *contractus lex*, no tendría sentido. García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás, *Curso de derecho administrativo*, Cívitas Ediciones, 2000, t. I, p. 726.

directo del Estado), puedes hacerla más alta (aumento de tarifa) y estas soluciones son combinables.

En el caso de la pista, se podría, simplemente, realizar una *addenda* retrasando su construcción, o si se piensa que ésta es innecesaria, se podría pactar con el concesionario que la misma inversión se dé en calidad de aporte al Estado para infraestructura aeroportuaria al interior o se utilice la no-construcción como medio de amortizar eventuales desequilibrios, o se obligue al concesionario a realizar una inversión en el Aeropuerto Jorge Chávez, pero una inversión que sí sea necesaria para el interés público.

Me he referido a este caso para que quede claro que una cuestión es modificar un contrato de concesión por razones objetivas del proyecto y otra totalmente diferente es por la dificultad financiera que en la práctica puede tener la realización de una oferta agresiva, e incluso temeraria.

Como bien dice José Luis Guasch del Banco Mundial:

Los operadores deben hacerse responsables de sus ofertas y si les rechazan las solicitudes de negociación, deberían sentirse libres de abandonar el proyecto si así lo deciden (con las penalidades correspondientes). La conducta adecuada que debe adoptar la administración es la de respetar la invariabilidad de la oferta y no ceder a las peticiones oportunistas de renegociación, dejando incluso que las concesiones fracasen en tales casos. Consecuencias de esta índole reducirían la frecuencia con que se presentan los pedidos de renegociación.²⁶

Igual de gráfico, es el Tribunal cuando señala:²⁷

El Canon no puede considerarse como una inversión no incluida en la tarifa existente al momento de la transferencia. El Tribunal no tiene duda de que el Canon es una inversión, pero, a los efectos del establecimiento y de la amortización de la tarifa, para preparar la oferta referente al valor del flujo de ingresos de la Concesión, el inversionista debió efectuar un cálculo, cuyo resultado es el precio pagado por la Concesión...

Aunque el principio de amortización puede haberse aplicado al Canon inicial como cuestión de principio, el que el Canon se amortizara o no durante el plazo de la Concesión dependería de que el Concesionario hubiese estimado correctamente el valor de los futuros ingresos de la concesión basándose en la tarifa inicial y en la tasa de descuento que hubiera de aplicarse a esa estimación de los ingresos futuros...

²⁶ Laudo Azurix vs. Argentina, p. 81.

²⁷ P. 95 del Laudo.

Existe, por supuesto, una responsabilidad del Estado para desincentivar las ofertas temerarias. Primero, porque su obligación es velar por el interés público y ello se consigue a través de la obra/servicio que se contrata, y si el proyecto es inviable por oferta temeraria, no se llegará a concluir esa obra/servicio necesario para la sociedad; segundo, por el explicado principio de igualdad de los oferentes; tercero, por el equilibrio económico financiero (EEF). Roberto Dromi señala que “la ecuación se define desde la preparación del procedimiento contractual y de la celebración del contrato, precisando el equilibrio de la prestación del contratista...”.²⁸ En ese sentido, siendo la oferta un factor que es previo al contrato, no puede ser sustento de pedidos de revisión o renegociación por equilibrio económico financiero, pues este presupone la variación de las circunstancias en forma posterior a la suscripción del contrato.²⁹

En otras palabras, la oferta se enmarca dentro de unas proyecciones económicas, las mismas que luego hacen un todo y son la base de cálculo del equilibrio económico financiero. No es al revés, no es que según la oferta todas las cifras van a variar, pues de lo contrario, el riesgo de la sobreoferta se traslada del ofertante hacia los pagadores (Estado en los cofinanciamientos y usuarios con el peaje). Esto último ocurriría si toda la retribución ofrecida por el postor ganador fuese trasladable sin tamices a los usuarios o al Estado, a fin de que “el negocio funcione”.

En resumen, el canon es un factor recuperable vía tarifas u otros ingresos, pero si lo ofrecido fue excesivo, éste es un riesgo que debe ser asumido por el concesionario.

²⁸ Dromi, Roberto, *Las ecuaciones en los contratos públicos*, Ciudad Argentina Buenos Aires, 2001, p. 233

²⁹ Cláusula 8.28 de los Contratos IIRSA SUR. 8.28 sobre el EEF donde se aprecia que éste protege situaciones posteriores.

8.28.- Las Partes declaran su compromiso de mantener a lo largo de todo el período de duración del Contrato el equilibrio económico – financiero de éste, para lo cual se señala que el presente Contrato se encuentra en una situación de equilibrio económico - financiero en términos de derechos, responsabilidades y riesgos asignados a las Partes.

El presente Contrato estipula un mecanismo de reestablecimiento del equilibrio económico - financiero al cual tendrá derecho el CONCESIONARIO y el CONCEDENTE en caso que se modifique la Concesión exclusiva y explícitamente debido a cambios en la normativa legal y reglamentaria aplicable.

De igual modo, las Partes podrán presentar una solicitud al REGULADOR destinada a la revisión del equilibrio económico financiero del Contrato, por causas sobrevinientes al Contrato y que a criterio de una de las Partes no se haya previsto a la Fecha de Suscripción del Contrato

2. *Autopista Concesionada de Venezuela C.A. (Aucoven) vs. República Bolivariana de Venezuela (Venezuela)*

A. *Breve descripción de los hechos*

Venezuela quiso mejorar su infraestructura vial en la parte periurbana de Caracas rumbo a su aeropuerto, a través de una vía Caracas-La Guaira, donde además se tenía que construir un puente de un valor aproximado de US\$215 millones. Venezuela otorgó una concesión a Aucoven (empresa formada por Ingenieros Civiles Asociados —ICA— grupo constructor de México) a 30 años para la construcción y conservación de esta vía. En el contrato de concesión con Aucoven se pactó una cláusula de reajuste de tarifas que iba a operar casi de inmediato a la firma, se previó una cláusula de equilibrio económico financiero (EEF)³⁰ y también se fijó una tasa interna de retorno (TIR de 15.21%). Además, se pactó que Venezuela iba a garantizar obligaciones de Aucoven frente a los financiadores de la concesión. Adicionalmente, se pactó una cláusula de ingresos mínimos garantizados (IMG). Lamentablemente, luego de la entrega de la concesión, Venezuela no aceptó la subida de tarifas debido a que hubo protestas sociales y hubo otros sucesos más que originaron que fracasara el proyecto. Finalmente, el contrato culminó con la resolución de parte de Aucoven y en el laudo se apreciará, que la victoria de Aucoven fue parcial.

B. *Competencia del CIADI*

El presente caso es puramente contractual, porque en la demanda no se hace referencia siquiera a un tratado bilateral de inversión entre Venezuela (Estado receptor) y México (Estado de donde procede el inversionista). La Cláusula 64 del Contrato de Concesión entre Aucoven y Venezuela señala que si el accionista o accionistas mayoritarios de Aucoven llegaran a ser nacionales de un Estado donde el Convenio CIADI estuviese vigente, el arbitraje en lugar de ser local (tal como lo establecía la cláusula 63 del con-

³⁰ Según Venezuela, el EEF y el lucro cesante no eran derechos de Aucoven, porque éste no había llegado a construir las obras. Sobre el particular, cabe discrepar con esta posición porque tales derechos no se adquieren con la ejecución de obras en el marco del contrato, sino sólo por el hecho de ser parte contratante y de haber cumplido las obligaciones propias.

trato), será un arbitraje seguido ante el CIADI, conforme a su convenio y a las reglas de arbitraje.³¹

En cuanto al lugar de constitución de Aucoven (Venezuela), la regla general es que acuden al CIADI inversionistas extranjeros, sin embargo, conforme al artículo 25.2.b del Convenio CIADI pueden acudir a éste inversionistas constituidos en el Estado huésped que (a) estén sometidos a control extranjero y (b) que se les haya otorgado expresamente el carácter de nacionales de otro Estado contratante, lo cual se realiza a efectos que puedan acceder que los citados inversionistas puedan acceder al CIADI.

C. Problemas legales de interés

a. El cumplimiento de las cargas como requisito del ejercicio de los derechos

La importancia de una adecuada administración contractual es clara, dado que por más que Aucoven pudiese tener derecho al aumento de tarifas, a la compensación de mayores costos de obra, a la compensación por no exención de impuestos, a la aplicación del EEF a su favor, el hecho que no probó en el arbitraje que presentó el plan económico financiero³² (PEF, el cual era una obligación de Aucoven) a Venezuela³³ eximió a tal República de responsabilidad contractual y de la obligación de indemnizar a Aucoven en una serie de supuestos incumplimientos alegados por Aucoven.³⁴ En el presente caso, el aumento de las tarifas es un derecho contractual y la pre-

³¹ Decisión sobre Jurisdicción.

³² Este argumento de la no presentación del PEF fue desarrollado por Venezuela para defenderse de varias imputaciones, pero por ejemplo, en la de no pago del ingreso mínimo garantizado (IMG), el Tribunal sostuvo acertadamente que la actualización del PEF no era necesaria porque en los documentos de licitación figuraba el flujo de vehículos, con lo cual esa debió ser la base para el pago de los IMG.

³³ Aucoven sí había presentado el PEF, pero para otros fines, concretamente, una gestión para un préstamo del BID.

³⁴ Por el comportamiento de Venezuela señalado en el Laudo, casi con seguridad, puedo decir que si Aucoven le entregaba el Plan Matemático Financiero, igual no iba a haber aumento de tarifas.

sentación del PEF una carga,³⁵ un requisito sin el cual no se puede ejercer el derecho.³⁶

Por tal razón, a mi juicio, el tribunal acertó en no reconocer ciertos derechos contractuales de Aucoven en virtud de que éste no cumplió con la carga que le permitiese ejercer tales derechos.

b. Generalmente, los conflictos sociales no constituyen fuerza mayor

El Código Civil Peruano define a la fuerza mayor de la siguiente manera:

Artículo 1315.- Caso fortuito o fuerza mayor

Caso fortuito o fuerza mayor es la causa no imputable, consistente en un evento *extraordinario, imprevisible e irresistible*, que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.

Como se puede apreciar, la fuerza mayor tiene como requisitos a la extraordinariedad, imprevisibilidad e irresistibilidad, lo cual implica que deben ser hechos realmente fuera del control de una de las partes y que, además, la parte haya sido diligente para adoptar medidas para evitar el hecho

³⁵ “Tales, la carga y el status: la primera, definida también como “deber libre” y destinado a ubicarse entre la libertad y la obligación, se traduciría en un comportamiento necesitado para la realización de un interés propio del titular. Así que su incumplimiento eventual haría imposible la satisfacción de dicho interés, pero no incidiría en la realización de un interés ajeno y no sería, entonces, fuente de responsabilidad para con nadie”. Breccia, Umberto, Bgliazi *et al.*, *Derecho Civil*, vol. I, t. I, Normas, sujetos y relación jurídica, Universidad Externado de Colombia, p. 447.

³⁶ Otras cuestiones interesantes en el laudo, son que se admitió como daño emergente indemnizable los costos de negociación del Contrato de Concesión, luego de la adjudicación de la buena pro (p. 93), también son recuperables los costos de abogados por investigaciones iniciadas por el Congreso y por los costos de abogados ante incumplimientos del Concedente. No reconoció los costos de abogados por la defensa ante otros licitantes que quisieron impugnar la buena pro de Aucoven, porque ese es un riesgo comercial. También reconoció como indemnizable los costos de los estudios de las obras que se planearon hacer, pero no se hicieron por la resolución del Contrato (p. 99). Aucoven pidió indemnización por los altos intereses de los préstamos de corto plazo que tuvo que pedir por falta de liquidez por el no-aumento de tarifas, sin embargo, el Tribunal denegó el pedido, basado en que hubo un incumplimiento del accionista principal de pagar por las acciones de la Concesionaria (p. 105).

En el Perú, el MTC también ha reconocido los costos de los estudios de obras adicionales a los concesionarios que hicieron los estudios e iban a ejecutar obras, pero al final éstas no se llegaron a ejecutar.

de fuerza mayor (antes del hecho) como para atenuar sus consecuencias en el impedimento de la ejecución de la prestación (después del hecho).

Ante la existencia de protestas sociales tras el anuncio del aumento de las tarifas de peaje [obligación contractual de Venezuela], hubo protestas sociales y el Estado decidió no aumentar las tarifas, con lo cual hacía inviable financieramente la concesión, más aún cuando Venezuela no implementó otras medidas que hubiesen sido posibles ejecutar para mantener indemne la ecuación económica a pesar del no aumento de las tarifas. Me refiero por ejemplo, a que el gobierno decida subsidiar el atraso tarifario, pagando al concesionario (con fondos del presupuesto público) el diferencial entre el monto de la tarifa que debió cobrarse y la tarifa vigente.

En el arbitraje quedó acreditado que las movilizaciones fueron algo que siempre preocupó al supremo gobierno de Venezuela, pues años atrás había ocurrido el denominado “Caracazo”. Con ello, se acredita que no se cumple el elemento imprevisibilidad de la fuerza mayor.

Así, el CIADI deja en claro que los gobiernos no pueden escudarse en las protestas sociales para sostener el incumplimiento de un contrato de concesión, pues existen ciertos aspectos necesarios para la mejora de los servicios, pero que se saben puede traer conflictos. Más aún, en los países donde ha habido conflictos sociales anteriormente, se puede prever que ciertos cambios derivados de un contrato público (principalmente, la subida de tarifas), puede traer consigo conflictos.

Por otro lado, Venezuela no llegó a demostrar el elemento de la extraordinariedad ni el de la irresistibilidad pues no se demostró que las protestas sociales tras el aumento de las tarifas hayan sido de tal magnitud que volvieron inmanejable la situación.

En términos de asignación de riesgos, concuerdo con la decisión del CIADI, pues el riesgo social lo asigna a la parte que más está en aptitud de mitigarlo: al Estado.

c. El riesgo de la ilegalidad

En el contrato de concesión se pactó una garantía que debía otorgar Venezuela a favor de Aucoven a efectos que éste pudiera obtener financiamiento de la concesión a cargo de organismos multilaterales. Respecto de esta garantía, lo cierto es que había un conflicto entre leyes que el concesionario y el Estado sabían de antemano.³⁷ El Tribunal declaró que Vene-

³⁷ Según Gerscovich y Tavarone: “El riesgo legal abarca la posibilidad de cambios en el ordenamiento jurídico del país donde se ejecuta el proyecto, con consecuencias

zuela incumplió con emitir la garantía, basado en que en el preámbulo del contrato de concesión, Venezuela declaró que el contrato era conforme a las leyes, con lo que aun cuando Aucoven supiese del riesgo de la ilegalidad, éste estaba colocado en manos de Venezuela.

Discrepo de la decisión del Tribunal, dado que estamos ante un arbitraje bajo contrato y no bajo tratado, donde se aplicaron las leyes nacionales de Venezuela. Estimo que además de un análisis del preámbulo del contrato, el Tribunal debió analizar con mayor profundidad si en efecto, la supuesta contradicción entre las normas venezolanas llevaba consigo a que la República no pudiese emitir la garantía a favor de Aucoven.

Si el Tribunal llegaba a la conclusión de que legalmente no se podía, entonces la cláusula contractual era inválida, y por tanto, no surge la obligación del Estado de otorgar la garantía, eventualmente, podría haber una obligación de compensación si se considera que hubo responsabilidad pre-contractual. Naturalmente, si se llegaba a la conclusión contraria sí se hubiese declarado el incumplimiento de Venezuela. Sin decirlo expresamente, el Tribunal ha dispuesto que la sola declaración de cumplimiento de una ley plasmada en un texto contractual conlleva a que un eventual incumplimiento de la ley sea trasladable al declarante. En realidad, la declaración no debe tener ningún efecto convalidatorio del incumplimiento de la ley.

Es decir, aun cuando el contrato sea estatal y las leyes sean dictadas por el Estado, no tiene porqué automáticamente decirse que se traslada al Estado el riesgo de la ilegalidad. En todo caso, si un Estado pretende incumplir una obligación contractual, basado en la ilegalidad de la cláusula, y en efecto se demuestra que esto es así, entonces, ese supuesto incumplimiento no lo es tal, y por tanto, no genera responsabilidad.

Quizás si estamos en un supuesto de contravención no tan palmaria que fuera difícil detectar para el inversionista, podría hablarse de una responsabilidad pre-contractual del Estado por daño a la confianza del inversionista, pero una declaración no sirve para sustentar la legalidad de un contrato.

A nivel peruano, el sustento de esta eventual responsabilidad precontractual lo encontramos en los mismos contratos públicos que suelen contener una cláusula de declaración del Estado de la legalidad de los mismos, en los contratos de garantías y en el artículo 1362 del Código Civil. Respecto de

que afecten directa o indirecta al proyecto. También constituyen cuestiones de suma importancia la exigibilidad de las obligaciones asumidas por las partes y la existencia de tribunales y procedimientos adecuados para su ejecución forzada”. Gerscovich, Carlos y Tavorone, Marcelo, “Financiación de proyectos”, *Project Finance*, Buenos Aires, Depalma, 2000 pp. 128 y 129.

la prevalencia de la ley, el sustento lo encontramos en el artículo 62 de la Constitución, en el principio de legalidad señalado en la Ley núm. 27444 (LPAG), artículos 219.3 y 4 y especialmente el 1354³⁸ del Código Civil .

En otras palabras, en el caso de Aucoven, opino que el Tribunal debió analizar si las contradicciones fueron o no conocidas por Aucoven antes del otorgamiento de la concesión (aparentemente si lo fueron, por lo que no se puede alegar buena fe), si las contradicciones fueron evidentes o no, y finalmente, tomar en consideración que Aucoven no podía exigir la ejecución *in natura* de la obligación (es decir, el otorgamiento de la garantía), sino una indemnización si fuera el caso.

En el ámbito tributario ocurren cuestiones similares. Por ejemplo, las partes sí pueden pactar en contra de una norma tributaria, sin embargo, este pacto es inoponible a la administración tributaria. Mas sí es oponible y exigible inter partes y conforme al principio de conservación genera efectos indemnizatorios entre las partes, pero no frente a la administración tributaria.³⁹

Esto es, si la realidad tributaria que presenta el Estado en un contrato público diverge de la aplicación que la autoridad tributaria hace en la realidad y ello causa perjuicio al inversionista, entonces, éste tendrá que cumplir sus obligaciones tributarias conforme a ley no conforme al contrato, y en todo caso, tendrá un derecho de compensación o de indemnización frente a su contraparte contractual pública.

Por ejemplo, en Perú han ocurrido casos así, en los cuales acertadamente se ha garantizado el derecho de los inversionistas. Por ejemplo, cuando el Estado peruano otorgó la primera concesión vial, señaló que el peaje no estaba afecto al Impuesto General a las Ventas (IGV, en otros países conocido como impuesto al valor añadido, IVA). Al cabo de ciertos años de la concesión, la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (SUNAT)

³⁸ Código Civil

Artículo 1354.- Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo.

³⁹ Código Tributario

Artículo 26.- TRANSMISIÓN CONVENCIONAL DE LA OBLIGACIÓN TRIBUTARIA

Los actos o convenios por los que el deudor tributario transmite su obligación tributaria a un tercero, carecen de eficacia frente a la Administración Tributaria.

Código Civil

Artículo 1361.- Obligatoriedad de los contratos

Los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos.

Se presume que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia debe probarla.

acotó a la concesionaria y le exigió pagar el IGV por sus ingresos de peaje. La concesionaria lo pagó, pero como el Estado había señalado que el peaje no estaba afecto al IGV, esta acotación se consideró como un hecho que alteró la ecuación económica del contrato y finalmente las partes (concedente y concesionario) acordaron la extensión del plazo de la concesión como medida para compensar al concesionario.

d. El silencio positivo y las comunicaciones informales

En el contrato de concesión se pactó el silencio contractual positivo a favor de Aucoven para la presentación de un contrato de fideicomiso. Resulta que la concesionaria había enviado una carta adjuntando el proyecto de fideicomiso al concedente, pero en el arbitraje, demostró que si bien no hubo respuesta formal en el plazo establecido, con lo cual en teoría hubiese operado el silencio contractual positivo, Venezuela probó la existencia de comunicaciones informales en ese plazo. El Tribunal señala que la finalidad del silencio positivo es la respuesta oportuna y que si bien no se dio por escrito tal como señala el contrato de concesión, lo cierto es que el gobierno sí emitió sus observaciones oportunamente al contrato.⁴⁰

Asimismo, el Tribunal evaluó que el proyecto de fideicomiso que presentó Aucoven difería sustancialmente de los aspectos principales que se señalaron las bases que debía tener tal proyecto de contrato, con lo cual, concluye que el silencio contractual positivo no es aplicable cuando lo presentado “no reunía los requisitos convenidos”.

El resultado fue que el Tribunal amparó la tesis de Venezuela y señaló la inexistencia de silencio contractual positivo.

Sobre el particular, debo decir que estoy de acuerdo con la decisión del Tribunal, pues invocar el silencio sin haberlo invocado antes (en ejecución del contrato, pero sí en el arbitraje) y habiendo aceptado ese diálogo informal, sería contravenir la doctrina de los actos propios (*venire contra factum*

⁴⁰ En nuestro país hubo un importante arbitraje por silencio contractual positivo, se trata del arbitraje entre Concesiones de Carreteras S.A. (Concar, empresa del Grupo Graña y Montero, ex concesionaria de la Carretera Arequipa-Matarani) y el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC). En este arbitraje, se validó la existencia de una cláusula de silencio contractual positivo y el Tribunal amparó la propuesta de Concar para el reestablecimiento del equilibrio económico financiero. En este caso, el MTC no alegó que había tenido comunicaciones informales con Concar durante el plazo que tenía para responder. Mas bien, defendió la tesis (errada) que los días aplicables eran hábiles por tratarse de un procedimiento administrativo, cuando en realidad, se trata de la ejecución de un contrato y ello se rige por días calendario.

proprium non valet), pues implícitamente, el concesionario está aceptando la existencia de observaciones por parte de Venezuela al seguir en las conversaciones informales. Diferente sería el supuesto si en medio de esas comunicaciones informales, el concesionario plantea una comunicación formal exigiendo las observaciones por escrito y sin seguir en contacto por la vía informal, en este caso, el concesionario habría regresado al cauce formal de notificaciones del contrato, con lo que transcurrido el plazo establecido sí operaría el silencio contractual positivo.

Respecto de la diferencia de fondo, también estoy de acuerdo con la respuesta del Tribunal, porque los derechos en un contrato se ejecutan conforme a la buena fe (artículo 1362 del Código Civil),⁴¹ y si se prueba que la propuesta (cuya no respuesta genera silencio positivo) es diferente de lo precisamente acordado, podemos hablar de la existencia de mala fe, si no por mala intención, al menos por escasa diligencia a favor de la otra parte y sería pecar de formalista el otorgar un derecho por silencio a sabiendas que el peticionante estaba lejos de cumplir los requisitos. Naturalmente, si las diferencias son mínimas —aspecto casuístico— entre lo exigido y lo presentado, el Tribunal sí deberá reconocer el silencio positivo adquirido.

e. Lucro cesante

De cualquier forma la concesión se extinguió a los pocos años de su otorgamiento, Aucoven, como lucro cesante, solicita en dinero lo equivalente al “retorno anual real del 15.21% que Aucoven habría ganado durante los treinta años del plazo de la Concesión sobre su inversión proyectada”.⁴² Por su lado, Venezuela sostuvo que esa TIR era por inversión efectiva y “Aucoven no efectuó ninguna de las inversiones en obras”. El Tribunal no otorgó el lucro cesante solicitado por Aucoven.

No lo hizo, porque no llegó al suficiente grado de certidumbre sobre la existencia del lucro cesante. Agrega el Tribunal que los tribunales del CIA-DI no suelen reconocer el lucro cesante a empresas con actividades recientes y por inversiones no realizadas, señala que las consideraciones económicas son especulativas, la tasa de descuento utilizada por Aucoven era muy baja por estar considerada sin riesgos, cuando éstos debieron tomarse en cuenta, y el Tribunal “consideró convincente la evidencia del perito de Ve-

⁴¹ Artículo 1362.- Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes.

⁴² P. 116 del Laudo.

nezuela presentada, que estableció que el Contrato de Concesión no habría generado utilidades aún si se hubiese ejecutado en sus propios términos”.

No estoy de acuerdo con lo resuelto por el Tribunal. En mi opinión, el lucro cesante debe proceder en los contratos que culminan en cualquier momento, es decir, forma reciente a su suscripción, en plena ejecución y los que terminan poco antes de la fecha regular de finalización, porque en todos los casos hay ganancia dejada de percibir.⁴³

Dependiendo del contrato mayor, puede ser el lucro cesante en los contratos “jóvenes” que se resuelven por causa imputable a la administración o en forma unilateral por ésta, que en los contratos ya “maduros”. Ello es así porque en los segundos, el inversionista ya ha ido recuperando su inversión —más fuerte que en los contratos jóvenes, por cierto— con los ingresos del proyecto.

A diferencia de lo que dice el laudo, considero que el derecho al lucro cesante no se obtiene por la ejecución de las obras sino por la sola suscripción del contrato y el cumplimiento de las obligaciones propias. Por supuesto, si es la contraparte la que ha impedido ejecutar las obras, entonces, argumentar lo que argumentó el tribunal es hacer que Venezuela se beneficie de su propio incumplimiento.

Sostener lo contrario, sería crear un incentivo perverso para que el Estado o cualquier otro contratante, contrate y luego antes de la ejecución de las obras se arrepienta o pretenda tener un comportamiento oportunista y no otorgue el lucro cesante. Sería crear una cláusula de desistimiento donde las partes no la acordaron.

Sobre el particular, Raúl Granillo señala que:

... la pérdida del beneficio constituye una lesión de igual naturaleza que el daño emergente... del principio de equivalencia honesta de las prestaciones que obliga a una compensación objetiva e integral, cuando la administración elige cumplir con el contrato no mediante la ejecución directa de las prestaciones previstas sino por equivalente, esto es, abonando el importe necesario para resguardar el interés económico del contratista particular. Indubitablemente, ese interés económico está constituido, entre otros rubros, por el beneficio esperado... el principio de igualdad ante las cargas públicas... el aporte diferencial para sufragar la carga pública o la afectación patrimonial se con-

⁴³ Es un criterio en muchos casos del CIADI, que el lucro cesante no se compensa cuando la expropiación de la inversión se da en los años iniciales de ésta. Véase principalmente *Metalclad Corporation vs. México*.

cretan tanto cuando el contratista absorbe parte del costo de la obra como cuando cede todo a parte de su beneficio.⁴⁴

Asimismo, Juan Carlos Cassagne señala que:

Seguimos sosteniendo el criterio que abona la indemnización integral (comprensiva del daño emergente y del lucro cesante)... y protege contra la tentación en que muchas veces incurrir los funcionarios con el objeto de incumplir el contrato... Además, la indemnización para ser justa y armonizar con dicha garantía constitucional tiene que representar, como mínimo, el valor objetivo del contrato que se mide, como es obvio, de acuerdo al plazo faltante para su ejecución y a la rentabilidad calculada.⁴⁵

El lucro cesante es la compensación por la ganancia dejada de percibir y esto se puede dar a comienzos o a las finales de la ejecución de un contrato. Igual hay ganancia dejada de percibir. Incluso por razones de equidad, el lucro cesante podría reducir moderadamente en los contratos jóvenes donde no se llegó a realizar fuertes inversiones, ni el esfuerzo del contratista se llevó a plenitud en forma total; pero no se puede desconocer este derecho, tal como lo ha hecho el CIADI.⁴⁶

⁴⁴ Granillo Ocampo, Raúl, *op. cit.*, pp. 105 y 106, 166 y 167.

⁴⁵ Cassagne, Juan Carlos, *op. cit.*, pp. 97 y 98.

⁴⁶ Dromi, Roberto sostiene que cuando hay rescate de la concesión sí se indemniza el lucro cesante al concesionario (p. 716), en cambio, al referirse a la parte de obras señala “No sería procedente una indemnización por el beneficio que hubiera podido obtener el contratista sobre las obras no ejecutadas, y por ello no se encontraría comprendido en este supuesto el resarcimiento por lucro cesante” (p. 786). Dromi, Roberto, “Licitación pública”, *Gaceta Jurídica*, Lima, 2006. No comparto la distinción de Dromi, pues en ambos casos el Estado es titular de la obra y el servicio y en ambos casos la finalización del contrato se debe o a una decisión unilateral permitida (allá) o en incumplimientos (lo que es peor), en suma, no considero base suficiente para realizar distinciones. Una de las razones por las cuales se considera que ante una revocación o resolución del Estado no imputable al contratista no procede la indemnización por el lucro cesante en Argentina es que se asimila la revocación o el rescate a la expropiación y en ésta no se paga el lucro cesante. Discrepo de esta opinión, porque cuando uno tiene una propiedad no la compra pensando en recibir una compensación por la expropiación, en cambio, cuando uno contrata uno ejerce determinada actividad a favor del Estado y sí espera obtener una rentabilidad. Además, no es lo mismo la titularidad contractual de derechos que la titularidad en la propiedad. Véase <http://www.pln.gov.ar/Dictámenes/s233-256.htm>. Oscar Aguilar señala que hay varios modelos indemnizatorios. Uno, donde el objeto es “compensar el valor no amortizado de una inversión que fue efectivamente realizada en la concesión y que, a causa de la

Para graficar mi posición pongamos cuatro ejemplos de concesiones autofinanciadas donde hay fuerte inversión en construcción que dura cuatro años y en total la concesión 20 (es decir, 16 para operar y mantener la carretera y recuperar la inversión y ganar utilidades con los ingresos de peaje) y se resuelven por causas imputables al Estado:

- a) Resolución al día 10.
- b) Resolución al año 1, luego de la movilización de equipos y poca construcción.
- c) Resolución al año 5, luego de culminada la construcción.
- d) Resolución al año 17.⁴⁷

¿En principio,⁴⁸ qué lucro cesante sería más alto? Como cuestión previa, debo decir que en todos los casos se debe reconocer el lucro cesante, incluso en el caso *a)* donde no se ejecutó ninguna inversión. Si yo tuviese que decidir, el lucro cesante en orden de mayor a menor sería el siguiente: *c)*, *d)*, *b)* y *a)*, porque en *c)* el inversionista ya realizó toda su inversión y su esfuerzo y no ha recuperado lo invertido, en *d)* porque ya ejecutó toda su inversión y se le está privando de sus 3 años finales, donde hay una gran ganancia, en *b)* porque si bien hay inversión, ésta no es mucha y la recuperación de la movilización de equipos opera a través del daño emergente, y finalmente, en *a)* porque si bien no se ejecutó inversión, sí hubo un esfuerzo de los postores en

caducidad, no podrá repagarse con la explotación”. Dos, “donde lo relevante no es la consideración individual y particularizada del valor de cada inversión efectuada por el concesionario, sino que lo es la utilidad que la inversión o activo le confiere a la concesión globalmente considerada. Así lo que se pretende es, en lo sustancial, que el valor a compensar no sea mayor a aquél que el mercado está dispuesto a pagar por la concesión en su totalidad”. Respecto de lo dicho por Óscar Aguilar, opino que, en realidad, no se trata de dos modelos, sino dos componentes de una sola indemnización, pues al hablar en el modelo 1 de inversiones no amortizadas, está hablando de gastos efectuados y no recuperados: daño emergente. Y al hablar de utilidad en el modelo 2 está refiriéndose al lucro cesante. Por eso, creo que los 2 modelos planteados por Aguilar son concurrentes. Aguilar Valdez, Óscar, “La extinción anticipada de concesiones en materia de infraestructura y servicios públicos”, *Revista del Círculo de Derecho Administrativo*, núm. 2, 2007, p. 150.

⁴⁷ Este criterio de “a mayor tiempo de concesión, menor indemnización” se ve reflejado claramente en ciertos contratos de concesión. Para tal efecto, ver cláusula 14.8 referida a resolución unilateral del Concedente en los Contratos de Concesión IIRSA SUR TRAMOS 2, 3 y 4.

⁴⁸ Digo en principio porque en la realidad la estructura de inversiones y su recuperación varía según cada proyecto.

la licitación y negar lucro cesante en a), como dije, es incentivar al Estado a romper contratos jóvenes y porque *el derecho a la ganancia no está por la ejecución de las obras (impedidas por la contraparte, no cuando es imputable al contratista) sino por la sola suscripción del contrato.*

En Perú, el tema del lucro cesante se regula diferente, según los tipos de contrato. Existe la regulación expresa en el mismo contrato, en las normas especiales de contratación estatal, y supletoriamente, en el Código Civil.

Por ejemplo, ante la resolución por parte del Estado por causas no imputables al contratista (denominado desistimiento), en España se reconoce como lucro cesante el 6% del valor no ejecutado de las obras, según el artículo 222.4 de la Ley de Contratos del Sector Público de España (LCSPE). En el Perú, conforme al artículo 209 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado,⁴⁹ se reconocerá el 50% de la utilidad dejada de percibir por la inversión dejada de realizar en obras, mientras que en el resto de contratos regidos por la Ley de Contrataciones del Estado no existe limitaciones al lucro cesante. En efecto, conforme al artículo 44 de la Ley de Contrataciones del Estado (LCE, Decreto Legislativo núm. 1017):

Artículo 44.- Resolución de los contratos

Cualquiera de las partes podrá resolver el contrato, sin responsabilidad de ninguna de ellas, en caso fortuito o fuerza mayor que imposibilite de manera definitiva la continuación del contrato.

Cuando se resuelva el contrato, por causas imputables a alguna de las partes, se deberá resarcir los daños y perjuicios ocasionados...

En la LCE no se contempla expresamente el derecho al desistimiento (resolución por libre decisión del Estado sin que haya habido incumplimiento del contratista, ni condición resolutoria), mientras que en la Ley de Concesiones se contempla esta posibilidad con cargo a que el concedente indemnice al concesionario.

Considero que una interpretación como la del Tribunal del CIADI, no tiene cabida pues al evaluar el lucro cesante ante una resolución irregular de contrato (sí resuelve la parte que no tiene derecho a hacerlo) o ante una resolución válida (resuelve la víctima del incumplimiento), en ambos casos con prestaciones pendientes de cumplirse, la ley no hace distinciones.

En suma, considero que el derecho a la indemnización por lucro cesante se adquiere por el hecho de haber suscrito un contrato, no haberlo incumplido, y ser víctima de un incumplimiento. El no reconocer derecho al lucro

⁴⁹ Aprobado por Decreto Supremo núm. 184-2008-EF.

cesante en inversiones “jóvenes” es beneficiar a los Estados con su propio incumplimiento.

3. *Robert Azinian, Kenneth Davitian y Ellen Baca vs. México*

A. *Breve descripción de los hechos*

En la Colonia (Distrito) de Naucalpan en el Distrito Federal existía un deficiente servicio de recolección de residuos sólidos, motivo por el cual, el alcalde acudió a Estados Unidos a una invitación de una empresa supuestamente muy solvente y con mucha experiencia, la cual luego realizó una oferta y finalmente constituyó una empresa en México que suscribió un contrato de concesión con la municipalidad de Naucalpan. Lamentablemente, al momento del cumplimiento, la concesionaria se demoró, no realizó las inversiones prometidas, no se incorporó al socio estratégico que se señaló en las presentaciones previas, entre otros.

La municipalidad demandó la nulidad del contrato de concesión ante los tribunales mexicanos, resultando amparada su pretensión. Ante ello, y sin cuestionar el fallo, los demandantes acudieron al CIADI al amparo del Tratado NAFTA entre Estados Unidos, Canadá y México (donde se otorga competencia al CIADI) y demandaron al Estado mexicano por una indemnización por incumplimiento de sus obligaciones internacionales de protección de la inversión, trato justo e igualitario. El CIADI en forma acertada rechazó la pretensión de los demandantes.

B. *Competencia del CIADI*

El capítulo de inversión del NAFTA establece al arbitraje internacional como el mecanismo de solución de controversias, cuando a juicio del inversionista reclamante el Estado huésped ha incumplido alguna de las obligaciones señaladas en la Sección A del Capítulo 11 del NAFTA.⁵⁰

Es decir, este arbitraje ante el CIADI fue uno de tratado y no de contrato, pero como el origen del conflicto es un contrato de concesión, hay una serie de elementos precontractuales interesantes que se analizan y que motivan que se analice este caso a la luz de la contratación pública.

⁵⁰ Artículos 1116, 1117 y 1120 del NAFTA.

A. *Temas jurídicos de interés*

a. La buena fe pre-contractual de los postores
y su relevancia en la responsabilidad

Más allá del contrato, las expectativas creadas a la otra parte en el marco de una negociación, también llegan a tener relevancia jurídica en ciertos casos. Por ejemplo, en una presentación de la empresa ante la municipalidad antes de la firma del contrato, aquélla ofreció a ésta la participación de una importante empresa estadounidense en la materia, empresa que canceló su participación días antes de la firma del contrato de concesión, sin que los demandantes hayan comunicado esto a la municipalidad. Además, la empresa asumió obligaciones de construcción de una planta generadora con un costo sobrevaluado y una capacidad mucho mayor a la necesaria en México.

Además, el inversionista hizo pensar a la municipalidad que contaba con más años de experiencia y mejores antecedentes de las personas naturales, que los realmente existentes. En Perú este aspecto no está regulado en detalle en las normas de contratación estatal, donde se señalan los documentos de la propuesta,⁵¹ pero no se refiere a otras cuestiones adicionales más allá de los aspectos formales de la propuesta. No obstante, por aplicación del artículo 1362 del Código Civil, la negociación de los contratos debe ser de buena fe.⁵²

Las personas que defienden la buena fe restringida podrían argumentar que la incorporación de los socios extranjeros, los años de experiencia y otros pergaminos que el inversionista estadounidense hizo creer a la municipalidad mexicana no formaban parte de su oferta, en consecuencia, no habría diferencia entre lo ofertado y lo cumplido (no incumplimiento), sin embargo, yo no soy partidario de la buena fe restringida. Por el contrario, soy partidario de la tesis amplia de la buena fe.

En el presente caso, como dije, no existe una norma que regule la presentación de material de promoción antes de la presentación de ofertas, pero

⁵¹ Artículo 75 del Reglamento de la LCAE.

⁵² Shoshana Zusman, citando a Robert Summers, “señala supuestos de mala fe en las negociaciones cuando, entre otros... celebrar un contrato a sabiendas que su cumplimiento será imposible (información privilegiada sobre la quiebra inminente de la empresa) o ser realmente, es decir, omitir revelar a la otra parte características del bien que podrían desalentarla a celebrar el contrato (no revelar al comprador que el caballo tiene una lesión en la rodilla que le impide competir”. Zusman Tinman, Shoshana, *La buena fe contractual*, consultado en www.estudiozusman.com.

como se sabe, una de las funciones del principio de buena fe es integrar el derecho cuando existan supuestos no regulados en la normativa.

b. La anulación por dolo en el caso Robert Azinian
y la nulidad de los contratos estatales

Las causales de nulidad o anulación de los contratos o negocios jurídicos regidos por el derecho civil se aplican a los contratos estatales. Por ejemplo el artículo 36 de la LCSPE de España lo reconoce expresamente. Asimismo, por ejemplo, considero que la lesión también puede ser de aplicación a la contratación estatal.⁵³ ¿Y ello a qué viene al caso? A que en México, antes del arbitraje internacional, el Poder Judicial declaró la nulidad de la concesión.

Algunos sostienen que en los contratos estatales las normas civiles son de aplicación muy limitada y hasta se sostiene que las causales de nulidad del Código Civil no se aplican en sede administrativa.

La Constitución no hace diferencia en cuanto a la validez entre los contratos estatales y los privados, el artículo IX del título Preliminar del Código Civil dispone que éste se aplica de manera supletoria a otros ordenamientos, los artículos 3º y 4º de la LCAE disponen en sentido parecido que primero se aplican la LCAE, su Reglamento y otras posibles normas administrativas

⁵³ Por ejemplo, el profesor Jorge Pando sostiene que la lesión es una figura que en principio no debería aplicarse al Estado. Pando Vilchez, Jorge, “La resolución administrativa por lesión en la contratación pública de bienes y servicios: un acto administrativo nulo”, *Derecho y Sociedad*, año XVIII, núm. 29, 2007 pp. 132-138.

A mi juicio, la figura de la lesión no tiene alguna norma o principio que la haga contradictoria con la dinámica contractual administrativa, por lo que de darse los supuestos, considero que el Estado puede ser tanto lesionado como lesionado. Piénsese por ejemplo en un derrumbe grave en una localidad donde hay pocos o un solo constructor y el Estado tiene que contratar por emergencia para remover los escombros. Si el contratista cobra en exceso a la municipalidad y ese exceso supera el umbral del 40% que señala el Código Civil y el contratista cobra así porque sabe que la municipalidad no tiene tiempo para llevar a cabo un procedimiento de selección, entonces, se dan los elementos objetivos (cantidad desproporcional superior al 40%) y subjetivos (estado de necesidad y aprovechamiento) de la lesión. Cabe recalcar que de nada la sirve al Estado tener su estudio de mercado previo e información si las posibilidades inmediatas de contratación apuntan a uno o uno o un pequeño círculo de contratistas. Por ello, no veo razón alguna, que impida al Estado pedir la rescisión del contrato por lesión o en todo caso la corrección del desequilibrio. En cuanto al resto, coincido con el profesor Pando cuando con un cuidadoso análisis destaca la barbaridad jurídica cometida por la Resolución Ministerial N° 01352007-ED, publicada el 29 de marzo de 2007.

(esencialmente, la LPAG en lo que sea de aplicación) y supletoriamente el Código Civil. De este bloque normativo se concluye que el Código Civil sí es de aplicación —aunque supletoria— a la contratación estatal.⁵⁴

Por tal razón, los institutos civiles, en la medida en que no sean incompatibles con normas o principios administrativos de aplicación preferente, también serán de aplicación a la contratación pública. En ese abanico, tenemos a la nulidad, la anulación, la mora, la responsabilidad civil, la lesión, la excesiva onerosidad de la prestación (esta última se aplicará en menor medida porque en sede administrativa incluso hay más protección que en sede civil ante la variación de las circunstancias, *rebus sic stantibus*, como por ejemplo, la aplicación del equilibrio económico financiero, la revisión de precios, las fórmulas polinómicas, entre otras).

En sede administrativa, dado que se tiene más leyes que cumplir por la gran cantidad de sistemas administrativos (endeudamiento, presupuesto, contrataciones, inversión pública y adquisiciones, control)⁵⁵ es más probable que se verifiquen causales de invalidez en la práctica. La pregunta que surge inmediatamente es: ¿y se tiene que trasladar al contratista el riesgo del incumplimiento de toda esa gran cantidad de sistemas? No creo que se puedan dar absolutos en esta materia. Allí resultan relevantes la gravedad del vicio y el principio de conservación.

Por un extremo, no se puede decir que el cumplimiento de esos sistemas es responsabilidad de una de las partes, Estado, y por tanto, si los ha incumplido habrá responsabilidad administrativa de los funcionarios involucrados, pero ningún efecto contractual. Con una respuesta como esa, corremos el riesgo de un acuerdo entre un privado y unos funcionarios públicos para pasarse los sistemas de costado y suscribir un contrato a sabiendas de ello, ocasionándole un grave daño al país.

Por el otro extremo, tampoco se puede decir que cualquier incumplimiento a uno de esos sistemas (por ejemplo, en la fase interna del procedimiento contractual, incluso antes que el procedimiento público de selección) podría gestarse en una causal de nulidad del contrato. Con una respuesta como esa, corremos el riesgo contrario, por ejemplo, un inversionista de buena fe

⁵⁴ Para los temas de invalidez de los contratos estatales, recomiendo el libro “La Invalidez de los Contratos Públicos”, de Víctor Sebastián Baca Oneto.

⁵⁵ Ley núm. 26853, Ley General del Sistema Nacional de Endeudamiento; Ley núm. 28411, Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto; Ley núm. 27785, Ley General del Sistema Nacional de Control; Decreto Supremo núm. 083-2004-PCM, Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, Ley núm. 27293, Ley que crea el Sistema Nacional de Inversión Pública, Ley núm. 29151, Ley del Sistema Nacional de Bienes Estatales, entre otras.

comienza a hacer negocios con el Estado para lo cual suscribe un contrato, pero en plena ejecución se percibe que faltó un informe o una autorización intermedia y se pretende anular el contrato.

Por eso, a mi juicio, depende de la *gravedad del vicio* (lo cual tiene coherencia con el principio de conservación del contrato y el carácter excepcional de la nulidad). Por ejemplo, en una obra grande que no cuente con la declaración de viabilidad en el marco del Sistema Nacional de Inversión Pública (SNIP), considero que ese contrato es nulo por contravenir el principio de legalidad y por no tener el Estado habilitación para el gasto. Además, cualquier contratista con el Estado con un estándar normal de diligencia y experiencia debe conocer que gran parte de las obras públicas deben cumplir con el SNIP. Diferente sería el supuesto, por ejemplo, si faltó la aprobación del perfil, pero finalmente a nivel de factibilidad, el proyecto fue aprobado, en ese caso, el vicio no es tan grave y obligar a que un contratista investigue hasta esos detalles sería aumentar los costos de transacción, lo cual finalmente se va a ver reflejado en un aumento del precio de la obra,⁵⁶ bien o servicio, innecesariamente.

En la LCSPE de España eso se trata como vicios de los actos preparatorios (que son la fase previa a la licitación) y ello es causal de nulidad, conforme a su artículo 31 que reconoce como causales de nulidad a vicios de orden administrativo y de orden civil.⁵⁷

A mi juicio, hay una serie de causales de invalidez de un contrato estatal. Ello dependerá de cada legislación contractual, pero esencialmente puedo decir que son las siguientes:

- a) Causales de invalidez señaladas específicamente en la norma contractual administrativa.⁵⁸

⁵⁶ Por ejemplo, un contrato de obra sin expediente técnico o un contrato cuyo procedimiento de selección debió publicarse son nulos.

⁵⁷ Artículo 31. Supuestos de invalidez.- Además de los casos en que la invalidez derive de la ilegalidad de su clausulado, los contratos de las Administraciones Públicas y los contratos sujetos a regulación armonizada, incluidos los contratos subvencionados a que se refiere el artículo 17, serán inválidos cuando lo sea algunos de sus actos preparatorios o los de adjudicación provisional o definitiva, por concurrir en los mismos alguna de las causas de derecho administrativo o de derecho civil a que se refieren los artículos siguientes.

⁵⁸ Artículo 56.- Nulidad de los actos derivados de los procesos de selección.

El Tribunal de Contrataciones del Estado, en los casos que conozca, declarará nulos los actos expedidos, cuando hayan sido dictados por órgano incompetente, contraven gan las normas legales, contengan un imposible jurídico o prescindan de las normas

- b) Causales de invalidez del otorgamiento de la buena pro o del acto administrativo que adjudica a un privado un contrato.
- c) Causales de invalidez de por incumplimiento de normas vinculadas a los sistemas administrativos (presupuesto, inversión pública) y otras normas administrativas.
- d) Causales de invalidez señaladas en el derecho civil.

No todo vicio en el procedimiento de selección debe acarrear la nulidad del contrato, siendo que tendría que ser un vicio muy trascendente que debiera afectar los principios de la contratación pública.⁵⁹

Algunos sostienen que las únicas causales de nulidad de los contratos regidos por la LCE son la incompatibilidad y el atentado contra el principio de presunción de veracidad,⁶⁰ sin embargo, de una interpretación literal

esenciales del procedimiento o de la forma prescrita por la normatividad aplicable, debiendo expresar en la Resolución que expida la etapa a la que se retrotraerá el proceso de selección.

El Titular de la Entidad declarará de oficio la nulidad del proceso de selección, por las mismas causales previstas en el párrafo anterior, sólo hasta antes de la celebración del contrato, sin perjuicio que pueda ser declarada en la resolución recaída sobre el recurso de apelación.

Después de celebrados los contratos, la Entidad podrá declarar la nulidad de oficio en los siguientes casos:

- a) Por haberse suscrito en contravención con el artículo 10 de la presente norma;
- b) Cuando se verifique la trasgresión del principio de presunción de veracidad durante el proceso de selección o para la suscripción del contrato;
- c) Cuando se haya suscrito el contrato no obstante encontrarse en trámite un recurso de apelación; o,
- d) Cuando no se haya utilizado el proceso de selección correspondiente.

En caso de contratarse bienes, servicios u obras, sin el previo proceso de selección que correspondiera, se incurrirá en causal de nulidad del proceso y del contrato, asumiendo responsabilidades los funcionarios y servidores de la Entidad contratante conjuntamente con los contratistas que celebraron dichos contratos irregulares.

Cuando corresponda al árbitro único o al Tribunal Arbitral evaluar la nulidad del contrato, se considerarán en primer lugar las causales previstas en el presente Decreto Legislativo y su Reglamento, y luego las causales de nulidad reconocidas en el derecho público aplicable.

⁵⁹ Diferente es una contratación donde no se hizo publicación de la convocatoria a una contratación donde imaginemos que la norma dispone 3 medios de publicidad y sólo se cumplió con 2. A mi juicio, la primera debería ser nula; la segunda, no.

⁶⁰ Reglamento de la LCAE.- Artículo 202.- Nulidad del contrato.- Son causales de nulidad del contrato las previstas por el Artículo 9 de la Ley así como cuando, una vez efectuada la fiscalización posterior, se determine la trasgresión del principio de

del artículo 56 de la LCE se llega a la conclusión que tales causales son las únicas referentes a la nulidad *de oficio*.⁶¹ Pero ello no excluye la aplicación de otras causales de nulidad o anulación que tengan que ser declaradas ante un tribunal arbitral.

Los elementos de validez que acarreen la nulidad o anulación del contrato administrativo, se deberán analizar caso por caso ante un órgano jurisdiccional. De esta manera, aun cuando el origen de la nulidad es “administrativo”, por los efectos que se tiene sobre un contrato ya suscrito, el tribunal arbitral analizará si el vicio administrativo es trascendente (principio de conservación)⁶² y si encuadra dentro de los supuestos de nulidad establecidos en las leyes especiales o el Código Civil.

c. El dolo en este caso

Concretamente, y sin perjuicio de otras causales de invalidez que detectaron los tribunales internos mexicanos cuando declararon la nulidad del contrato, estimo que si se resolviese el caso conforme a las normas peruanas, la municipalidad hubiese sido víctima del dolo y con ello podría solicitar la anulación del contrato, conforme a los artículos 210 y 212⁶³ del Código Civil.

Dolo comisivo porque los inversionistas se promocionaron como si tuviesen mucha experiencia en la materia de residuos sólidos y dolo omisivo por

presunción de veracidad. La Entidad declarará la nulidad de oficio... La redacción de la norma no es la adecuada porque no precisa si las causales señaladas son las únicas, lo cual a mi juicio no ocurre.

⁶¹ Imaginemos que peligroso sería que el Estado dicte la nulidad de oficio de un contrato por ejemplo, por el incumplimiento de un paso en el marco del sistema de endeudamiento. Con ello, la seguridad jurídica sería nula.

⁶² Ley de Procedimiento Administrativo General. Artículo 14.- Conservación del acto

14.1 Cuando el vicio del acto administrativo por el incumplimiento a sus elementos de validez, no sea trascendente, prevalece la conservación del acto, procediéndose a su enmienda por la propia autoridad emisora.

⁶³ Artículo 210.- Anulación por dolo

El dolo es causa de anulación del acto jurídico cuando el engaño usado por una de las partes haya sido tal que sin él la otra parte no hubiera celebrado el acto.

Cuando el engaño sea empleado por un tercero, el acto es anulable si fue conocido por la parte que obtuvo beneficio de él.

Artículo 212.- Omisión dolosa

La omisión dolosa produce los mismos efectos que la acción dolosa.

no informarle a la municipalidad antes de la suscripción del contrato que la empresa que supuestamente iba a entrar en el negocio ya no lo iba a hacer.

d. Ejemplo de intimidación

De la misma manera, un privado también puede ser víctima de la administración a través de un acto viciado. El siguiente caso es real: en 2001, una universidad privada limeña contrató a una empresa de sistemas. En el marco de la ejecución del contrato, la compañía de sistemas había cumplido todas sus obligaciones, pero la universidad puso una serie de objeciones y se negó a recibir sus productos y consecuentemente no le pagó. La compañía de sistemas firmó una serie de adendas a su contrato asumiendo obligaciones adicionales con la sola finalidad de recibir el pago del precio de sus bienes en la forma originalmente pactada.

¿Acaso no es esto una intimidación, en los términos del Código Civil Peruano? Ahora, imaginemos simplemente que esa universidad no es privada sino pública. ¿Cambiaría en algo la figura?, ¿dejaría de ser un acto anulable por intimidación? Pienso que no. Tampoco existen remedios específicos (salvo penalidades y responsabilidad) para este tipo de casos en la LCAE ni su Reglamento, por lo que estimo que tendría que aplicarse el Código Civil en forma supletoria.

4. Aguaytía vs. Perú

A. Breve descripción de los hechos

Aguaytía es accionista de ETESELVA, una empresa de transmisión eléctrica, que suscribió con el Estado peruano en la década de los noventa un contrato de concesión del servicio público de transmisión de electricidad. A la par, suscribió con el Estado un Convenio de Estabilidad Jurídica con Perú, dentro del cual figura una cláusula de estabilidad del derecho a la no discriminación.

Por su lado, años después, la empresa ISA de Colombia, resultó adjudicataria de la buena pro de una concesión de obra pública para construir una línea de transmisión eléctrica.

Aguaytía demandó a la República del Perú ante el CIADI porque a su entender fue perjudicada con la discriminación que realizó el Estado peruano a favor de ISA. Concretamente, señala que se la discriminó en la forma de aplicar las tarifas y en la calificación de los sistemas de transmisión eléc-

trica, pues los sistemas de ISA fueron calificados como sistemas primarios, mientras que los sistemas de ETESELVA fueron calificados como sistemas secundarios. La diferenciación de la calificación repercute en la forma de recuperar las inversiones.

B. Aspectos jurídicos de interés

Estoy de acuerdo con el laudo del CIADI respecto de este caso; de acuerdo con el resultado, sin embargo, considero que es un laudo que pudo haber motivado su decisión con mayor profundidad. Era una oportunidad para que el Tribunal tocara conceptos como la discriminación en las inversiones y la facultad de los Estados, para establecer regímenes legales y contractuales distintos a diferentes proyectos de inversión.

Como fue descrito en los hechos, Aguaytía demandó al Estado peruano por un supuesto incumplimiento en una de las garantías de su convenio de estabilidad jurídica: la garantía de no discriminación. A juicio de Aguaytía, como posteriormente el Estado peruano dio más facilidades a otras inversiones en el sector eléctrico, entonces, se le discriminó.

A primera vista, tal como se planteó la demanda de Aguaytía pareciera ser que más que defender un derecho a la no discriminación, Aguaytía estaba defendiendo un derecho a la “inversión más favorecida” (expresión extraída de las cláusulas de “nación más favorecida” existente en los tratados de inversión). Ello es así, porque el reclamo del inversionista se basó en que a un inversionista posterior del mismo sector, el Estado le ofreció condiciones distintas, mejoras y más convenientes. Por tal razón, Aguaytía señaló que se le habría discriminado.

En realidad, el derecho a la no discriminación en materia de inversiones, no es un derecho que genera automáticamente que el Estado tenga la obligación de brindar al inversionista núm. 1, los mismos beneficios que otorgó al inversionista núm. 2.

El Estado tiene la facultad de diferenciar, no de discriminar. Además, tiene la facultad de regular las actividades de la economía y la de determinar las obligaciones y derechos que van a regir sus relaciones con los inversionistas en materia de contratación pública (similarmente al derecho a la libertad de configuración interna de los contratos que existe en el derecho privado, pero con las atenuaciones y modulaciones por el hecho de tratarse del Estado).

Es decir, sin negar la posibilidad de aplicar o interpretar conjuntamente varios contratos públicos a la vez, no es dable exigir al Estado que mejore las condiciones de inversión de un proyecto anterior con base en lo que el Estado pactó en un proyecto posterior.

La única posibilidad en que cabría acudir a una compensación por un supuesto como éste, es que el inversionista demuestre dolo de parte del Estado o una negligencia grave en la que, las condiciones pactadas en el proyecto posterior, afecten de tal manera el proyecto anterior que lo hagan poco rentable o inviable.

Sin embargo, de acuerdo con la doctrina imperante en materia de derecho internacional de las inversiones, una regulación pública incluso puede causar daño, pero en la medida en que esta regulación sea razonable, proporcional y tenga un fin legítimo, el daño causado a un inversionista, sería un daño causado por una acción del Estado en el marco del ordenamiento jurídico (sin antijuridicidad, en términos de responsabilidad civil); por tal razón, se trata de un daño no indemnizable.

Asimismo, sostener la tesis contraria, implicaría el absurdo de que se detendría la creación de diversos beneficios, mecanismos contractuales y demás fórmulas legales que el Estado crea para atraer la inversión privada.

El laudo —a mi juicio— no desarrolla adecuadamente lo referente a la discriminación, en tal sentido, carece de motivación adecuada. En efecto, en la página 43 del laudo cita adecuadamente cuáles serían los fundamentos de la discriminación:

6. Peru has breached the Comite Agreement by taking actions inconsistent with the stability of AEL's right to non-discrimination:

a) Osinerg/CELE-COPRVMEM applying more favourable treatment to Etecen (a state entity) and ISA (an investor in the same sector) than Eteselva in the classification of transmission lines as PTS or STS. This violation has been exacerbated by the recognition of such discrimination by the Constitutional Court, and the subsequent failure of Peru to remedy the position.

b) Osinerg/MEM applying more favourable treatment to other private and state-held generation companies than Termoselva in allocating the responsibility for paying the tariff for the use of STS lines;

- c) Osinerg/CELE-COPRVMEM affording more favourable treatment BOOT investors that to Eteselva in setting the tariff governing the amounts payable for the use of transmission lines by third parties; and
- d) Allowing other foreign investors to take advantage of a more favourable investment mechanism (i.e. the BOOT) than was available to AEL, but denying access to such mechanism to AEL.

En las páginas 51 a 54 el Tribunal, sucintamente, desarrolla la argumentación que justifica su decisión a favor de la República del Perú. En sus fundamentos, principalmente señala que lo relevante es que no se modifique para el inversionista las normas legales principales del marco jurídico estabilizado conforme al contrato que estuvo vigente al momento de contratar, luego agrega que el demandante en ningún momento probó que el derecho a la no discriminación fuese importante para él, no probó que entendió al momento de contratar por este pacto, tampoco —agrega el Tribunal— que exista un derecho sustantivo a la no discriminación, finalmente, el Tribunal agrega que resulta relevante para el convenio que el Estado no emita leyes vinculadas a la no discriminación que puedan afectar al titular del convenio de estabilidad.

Como señalé líneas arriba, estoy de acuerdo con el resultado del laudo, mas no estoy de acuerdo con su fundamentación.

- ¿Acaso resulta indispensable (sí es importante interpretarlo, pero la no acreditación de “lo que uno pensó” no puede hacer concluir al intérprete la inexistencia de derechos) lo que una parte pensó al momento de contratar? O más aún ¿el hecho que no haya acreditado lo que pensó, lo que le pareció importante, acaso invalida el derecho de esta parte?
- ¿El derecho a la no discriminación carece de sustantividad propia?, ¿es decir, se circunscribe un convenio de estabilidad jurídica a la estabilidad misma?, ¿se circunscribe el derecho a la no discriminación a un derecho a que el Estado no emita normas discriminatorias?

Por la forma como formulo mis preguntas, el lector podrá colegir que considero que el criterio de lo que una parte pensó al momento de contratar puede resultar relevante, mas no es un factor esencial, que otorgue o elimine derechos para una u otra parte contratante. Un inversionista, pues, no tiene porqué (y a veces resulta difícil pensar cómo) acreditar que determinado aspecto le pareció importante o no al momento de firmar el contrato

gubernamental. Basta que exista un derecho a su favor para que éste deba ser respetado.

Por otro lado, lo que señala el Tribunal en el laudo es reducir el derecho a la no discriminación a un derecho secundario, accesorio, en el marco de un convenio de estabilidad jurídica. A mi juicio, el Tribunal yerra en subvaluar este derecho en el marco de tal convenio. Lo que ocurre es que el convenio de estabilidad jurídica (así como cualquier contrato) puede contener una serie de cláusulas relacionadas que no estén vinculadas a las prestaciones principales objeto del contrato (estabilidad tributaria y laboral), pero son pactos que son absolutamente obligatorios para las partes.

En otras palabras, sí existe el derecho a la no discriminación en el marco de un convenio de estabilidad jurídica y lo considero un derecho relacionado con la estabilidad, pero a la vez —de una lectura atenta de la norma que lo sustenta— se podrá apreciar que es un derecho independiente. Es decir, se puede afectar el derecho a la no discriminación en razón a diversos factores, sin que ello implique una aplicación de normas posteriores a las estabilizadas en el convenio.

En el caso en cuestión —estimo— el Tribunal Arbitral debió entrar al fondo del asunto y fijar una posición señalando si Perú discriminó o no a Aguaytía, es decir, debió analizar con más profundidad los hechos.

Para tal efecto, existe en Perú e internacionalmente un test de igualdad⁶⁴ que presupone la realización del siguiente análisis:

- 1) Verificación de la diferencia.
- 2) Determinación del nivel de intensidad de la intervención que afecta la igualdad.
- 3) Verificación de la existencia de un fin constitucional en la diferenciación.
- 4) Examen de idoneidad.
- 5) Examen de necesidad.
- 6) Examen de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación.

Respecto del asunto de fondo, el Tribunal soslayó omitir que las concesiones de ISA y ETESELVA son concesiones diferentes, de manera que no tendría porqué existir condiciones iguales entre ambas. Asimismo, omitió

⁶⁴ Test citado en los informes de los abogados Jorge Avendaño (experto en ley peruana por el demandante) y María Teresa Quiñones (experta en ley peruana por el demandado). A pesar de la importancia del test de igualdad, el Tribunal no entró a analizar con profundidad y rigor la existencia o no de discriminación.

referirse a las razones basadas en la legislación eléctrica que justificaron la decisión de calificar algunas líneas de transmisión como sistema primario y otras como sistema secundario.

La concesión de ISA es una concesión de obra pública, con fuerte predominio contractual, en atención a que lo relevante era la construcción de la obra y la ley de concesiones de Perú permite que para las concesiones de obra pública el régimen tarifario esté regulado en el mismo contrato. Ésta es una concesión con plazo definido, sobre bienes de dominio público de manera que al final de la concesión, los bienes de la concesión revierten a favor del Estado. La calificación de los sistemas de transmisión es un aspecto regulado en el contrato, conforme a la normativa de concesiones aplicable.

Mientras tanto, la concesión de ETESELVA es una concesión de servicio público, con fuerte predominio reglamentario, en atención a que lo relevante era el servicio público mismo y no tanto la obra a ejecutar. Ésta es una concesión con plazo indefinido, sobre área pública, pero siendo que los bienes de la concesión son bienes de dominio privado que no revierten a favor del Estado con la caducidad de la concesión. La calificación de los sistemas de transmisión (si eran primarios o secundarios) estaban reservados a las autoridades administrativas.

Inclusive sostengo que dentro del mismo género de contratos públicos, el Estado puede establecer diferenciaciones entre uno y otro contrato en la medida en que demuestre que tales diferenciaciones no se deben a causales arbitrarias.

A mi juicio, como señalé, no hubo discriminación, en razón a que el derecho a la no discriminación implica que el Estado no perjudique al titular de tal derecho en razón a factores subjetivos, no dignos de protección jurídica (nacionalidad, sector, capital, ubicación geográfica, capricho o lo que fuere), pero si el Estado demuestra que existen condiciones objetivas que justifican la diferenciación, entonces, no existe discriminación.

De los actuados en el expediente, se colige que sí existieron razones objetivas que justificaron el trato diferenciado, pues el proyecto de Aguaytía era uno de generación eléctrica, mientras que el Proyecto de ISA (empresa colombiana) era un proyecto de transmisión eléctrica. Además, como señalé líneas arriba, el Estado sí tiene la facultad de determinar libremente sus contratos y, según las necesidades públicas, el tiempo y los potenciales postores, tiene la facultad de pactar condiciones diferentes con uno u otro inversionista (recalcando que la justificación debe ser objetiva y no subjetiva y/o caprichosa).

5. *Duke vs. Perú*

A. *Breve descripción de los hechos*⁶⁵

Debido a la inseguridad jurídica imperante en la década de los ochenta⁶⁶ y en la actualidad,⁶⁷ el Estado Peruano —en la década de los noventa— emitió leyes y creó instituciones jurídicas para promover la inversión, primero extranjera, y luego peruana. En ese contexto, emitió dos Decretos Legislativos importantes, los núm. 662 y 757, que eran normas de promoción de la inversión privada.

En tales normas, se consagró la posibilidad de las empresas peruanas y de sus inversionistas extranjeros (ambos conexos, pero por separado) suscribieran convenios de estabilidad jurídica con el Estado peruano. En virtud de tales convenios —como expliqué en el caso de Aguaytía— se congelaba la aplicación de determinadas normas tributarias (impuesto a la renta, lo que incluye la alícuota del mismo tanto la que paga la empresa como la que paga el accionista de la misma), laborales, el derecho a acceder al tipo de cambio libre, entre otros.

En ese contexto, en la década de los noventa, llegaron a Perú importantes flujos de capital extranjero a sectores estratégicos como el energético, con empresas de talla mundial como Duke.

Por otro lado, dada la poca fortaleza patrimonial de las empresas constituidas en Perú, el Estado peruano alentó a que éstas se fusionen y, en general, lleven a cabo actos de reorganización societaria. Con dicho fin, emitió

⁶⁵ Los reclamos de Duke básicamente se basan en una acotación por la utilización de una tasa acelerada, cuando la autoridad tributaria consideró que debía utilizar una tasa desacelerada y, por otro lado, la acotación negando los beneficios de la aplicación de la norma que concedió beneficios tributarios a la fusión y reorganización de empresas. Por razones académicas, en el presente artículo sólo tocaré lo referente a este segundo extremo.

⁶⁶ Que ocurrió junto con la inestabilidad política y económica.

⁶⁷ “Si el Estado estableciera un régimen tributario permanente que no sufriera mayores modificaciones, no existiría diferencia alguna entre el régimen tributario de una empresa con convenio de estabilidad frente a otra que no contara con el mismo. La propia existencia de ese régimen diferenciado, que como se ha dicho se origina en los propios vaivenes de la política tributaria peruana, evidencia la necesidad de suscribir convenios de estabilidad jurídica para garantizar y promover las inversiones extranjeras.”

Córdoba Arce, Alex, “Convenios de estabilidad jurídica: garantía de la seguridad de las reglas de juego”, en *Informativo Minero Energético*, año XI, núm. 1, Sociedad Nacional de Minería, Petróleo y Energía, p. 16.

la Ley núm. 26283, Ley de Fusión Revaluación (denominada LFR en el laudo) en donde señaló que las reorganizaciones societarias tendrían ciertos beneficios tributarios, tales como una tasa especial de depreciación.

Duke compró acciones de una empresa eléctrica que en principio fue pública (luego el Estado mantuvo un porcentaje minoritario de las acciones, siendo Duke el accionista mayoritario) y posteriormente suscribió convenios de estabilidad jurídica con el Estado peruano para proteger sus inversiones en las citadas empresas.

Lo que ocurrió es que las empresas controladas por Duke llevaron a cabo actos de reorganización societaria, precisamente con la finalidad de acceder a los beneficios tributarios dispuestos por la LFR. Esta fusión —como repito más adelante— estuvo aprobada por diversos órganos y funcionarios del Estado vinculados a las empresas controladas por Duke: aprobaron esta fusión los directores designados por el Estado, los miembros de la junta de accionistas que representan las acciones del Estado, la COPRI⁶⁸ (la entidad peruana encargada de las privatizaciones y concesiones en esa época) y el Ministerio de Energía y Minas.

Finalmente, la aprobación más importante no fue obtenida, mejor dicho, no es que la autoridad tributaria SUNAT⁶⁹ no aprobara la fusión (porque no es de su competencia hacerlo o no), sino que consideró que era una fusión “de papel” y no real y, consecuentemente, no aplicó los beneficios tributarios de la LFR, que precisamente era el motivo de la fusión. Por eso, SUNAT realizó unas acotaciones tributarias millonarias a las empresas de Duke, que es lo que precisamente origina este reclamo, porque Duke consideró que ello implicaba un incumplimiento de sus convenios de estabilidad jurídica por parte del Estado peruano.

B. Aspectos jurídicos de interés

a. La estabilidad jurídica es de la norma, no de la interpretación

Una de las principales preguntas analizadas en el laudo es: ¿los convenios de estabilidad jurídica estabilizan sólo la norma misma o también la interpretación imperante al momento de su suscripción? Según el laudo, ambas. Lo que ocurre es que la LFR misma no fue objeto de la estabilidad tributaria, pero la interpretación era que el beneficio dado por la LFR (vigente al momento de la firma del convenio de Estabilidad) sí estaba protegida. La

⁶⁸ Hoy PROINVERSIÓN www.proinversion.gob.pe.

⁶⁹ Superintendencia Nacional de Administración Tributaria www.sunat.gob.pe.

respuesta que al respecto brindó el laudo es que la estabilidad no sólo es de la norma misma, sino también de la interpretación que de ella se tuvo al momento de suscribir el convenio de estabilidad.

Admitiendo que esta posición puede contar con argumentos favorables de mucho calibre, en lo personal, discrepo con la misma. A mi entender, sin restar la importancia de los convenios de estabilidad, debe considerarse que éstos son excepcionales. Excepcionales, porque la regla general en el sistema legal peruano es que las modificaciones legales son de aplicación inmediata y aplican para todos. Sin embargo, en virtud a los convenios de estabilidad se “congela” ciertos aspectos de la normativa, y ello se realiza con efectos inter partes (Estado e inversionista) una aplicación ultractiva de las normas congeladas.

Como puede apreciarse, el solo hecho que se permita para una persona o empresa se le apliquen normas que han sido derogadas ya es una excepción. De esta manera, debe seguirse el criterio que brinda el Código Civil Peruano —que es compartido por muchos sistemas jurídicos en el mundo—: “las excepciones son de interpretación estricta”.⁷⁰ En virtud a ello, no se debe ampliar los supuestos de aplicación de las excepciones. Al respecto, Julio Fernández Cartagena⁷¹ señala:

Un primer punto a analizar es si, en vía de interpretación, se puede incluir dentro del contenido jurídico estabilizado normas y supuestos no previstos en el convenio. Creemos que no es posible incluir por interpretación supuestos no incluidos en el contrato ley y considerarlos también como estabilizados.

Y la excepción es permitir la aplicación ultractiva de normas derogadas o modificadas, son éstas las que se aplican ultractivamente. Pero norma e interpretación de la misma son conceptos diferentes. Por esta razón, a mi juicio, no resulta dable sostener que el convenio de estabilidad, además de la norma misma, congela la interpretación imperante al momento de su suscripción.

b. La confianza del inversionista presupone el pronunciamiento de una entidad competente

Otro aspecto que resulta interesante del laudo, especialmente en términos de derecho administrativo, es la aplicación que deriva de la doctrina

⁷⁰ Código Civil Peruano. Artículo IV.- Aplicación analógica de la ley

La ley que establece excepciones o restringe derechos no se aplica por analogía.

⁷¹ Fernández Cartagena, Julio. “La interpretación contractual de los convenios de estabilidad jurídica”. *Análisis Tributario*, Lima, Julio 2003, p. 32.

de los actos propios del Estado ante la existencia de diversas entidades y funcionarios (discrepancia que compartimos con el voto singular de Pedro Nikken en el cual se critica esta parte del laudo) que aprobaron la fusión, efectos tributarios favorables que finalmente fueron denegados por SUNAT.

El laudo señala que el Estado peruano no obró correctamente porque la SUNAT (autoridad tributaria del Perú) no aprobó la aplicación de los beneficios tributarios de la fusión, cuando el Estado, a través de diversos actos emitidos por diversos organismos ya la había aprobado, más aún tomando en consideración que esa aprobación lo era en razón a la aplicación de los beneficios tributarios.

En efecto, existía una aprobación del director de la empresa en su calidad de representante de las acciones del Estado, de la junta general de accionistas contando también con el voto minoritario de las acciones del Estado, por la COPRI (Comisión de Promoción de la Inversión Privada), que era el órgano encargado de las privatizaciones y, finalmente, por el Ministerio de Energía y Minas.

Ante ello, el laudo señaló que el Estado peruano ha incumplido la doctrina de los actos propios (*venire contra proprium factum non valet*), pues creó la razonable confianza en el inversionista de que la fusión iba a ser aprobada por el Estado, con lo cual, se iba a lograr los beneficios tributarios perseguidos por la referida operación societaria.

El considerando núm. 234 del laudo señala lo siguiente:

244. Según el derecho internacional consuetudinario sobre responsabilidad del Estado, la conducta de un órgano del Estado, o de una persona o entidad competente para ejercer la autoridad estatal, se considera un acto del Estado si el órgano, la persona o la entidad actúa en dicho carácter, incluso si excede su competencia o actúa en contra de las instrucciones recibidas. En tal caso, si la persona o entidad estaba investida con *alguna* forma de autoridad pública, el Estado es responsable de sus acciones independientemente.

En primer lugar, debe recordarse que el artículo 42 del Convenio CIADI dispone que el Tribunal debe aplicar la ley local y, a mi juicio, por las razones que explico en el siguiente párrafo, el argumento del laudo no tendría un buen arraigo bajo las normas y principios del derecho administrativo peruano.

Sin embargo, la doctrina de los actos propios presupone que el otorgamiento de la confianza sea en el marco de una conducta que razonablemente la pueda crear, es decir, no basta que una conducta sea de tal o cual manera, esta conducta en el marco de la diligencia y la buena fe debe ser

creíble de generar confianza. Y a mi juicio, el laudo no ha considerado uno de los aspectos claves del derecho administrativo: la *competencia*.⁷²

En suma, por más que existan aprobaciones del directorio, junta de accionistas y organismos de las privatizaciones, ellos no tienen competencia para definir los efectos tributarios de una reorganización societaria. Pareciera que el Tribunal confundió aprobación de la fusión de la aprobación (en términos societarios y administrativos) con acotación de los efectos tributarios de una fusión (que es la misma acotación que realiza la autoridad tributaria ante una venta de bienes o prestación de servicios). El único ente público peruano que tiene competencia para esto último es la SUNAT. Los anteriores órganos y funcionarios habrán podido aprobar la reorganización societaria, incluso pudieron haber estado convencidos de que ella iba a servir para obtener los beneficios tributarios, pero no son autoridad tributaria: la autoridad tributaria es la SUNAT.

Entonces, a mi juicio, yerra el Tribunal en señalar que las diversas aprobaciones generaron una confianza legítima en el inversionista respecto de la obtención de los beneficios tributarios de la reorganización societaria. Para que el Estado inspire en el inversionista una legítima confianza, la declaración debe provenir de entidad competente, la cual no existe en este caso porque SUNAT no emitió una declaración en tal sentido.

Ahora bien, ello no significa que el Estado no compense al inversionista al cual se le ofreció contractualmente determinado marco tributario y finalmente éste o su aplicación resultó siendo distinto. En este supuesto, habrá que distinguir la relación jurídico-tributaria (que se rige por la ley) de la relación jurídico-contractual (que se rige por el contrato y sus documentos anejos y vinculados).⁷³ En este caso, el inversionista deberá pagar sus tributos

⁷² Si bien no estamos ante actos administrativos (resultado final de procedimientos administrativos), debe tomarse en consideración lo dispuesto por la Ley núm. 2744, Ley de Procedimiento Administrativo General.

Artículo 3.- Requisitos de validez de los actos administrativos

Son requisitos de validez de los actos administrativos:

1. Competencia.- Ser emitido por el órgano facultado en razón de la materia, territorio, grado, tiempo o cuantía, a través de la autoridad regularmente nominada al momento del dictado y en caso de órganos colegiados, cumpliendo los requisitos de sesión, quórum y deliberación indispensables para su emisión.

⁷³ Aplicación conjunta de los artículos 26 del Código Tributario con los artículos 1361 y 1362 del Código Tributario

Artículo 26.- TRANSMISIÓN CONVENCIONAL DE LA OBLIGACIÓN TRIBUTARIA

Los actos o convenios por los que el deudor tributario transmite su obligación tributaria a un tercero, carecen de eficacia frente a la Administración Tributaria.

Código Civil.

conforme a ley (relación tributaria), pero deberá recibir una compensación por el Estado (relación contractual), por los tributos que contractualmente se señalaron como inaplicables, pero en la realidad sí fueron aplicados por la autoridad tributaria. Este criterio compatibiliza el principio de independencia y legalidad del derecho tributario con el principio de *pacta sunt servanda* y buena fe del derecho contractual.

En sentido similar, se pronuncia el profesor Jesús González Pérez:⁷⁴

La doctrina de los actos propios presupone asimismo la eficacia jurídica de la conducta vinculante, una conducta formada por actos que sean jurídicamente eficaces y válidos —y, por tanto, inimpugnables por la persona afectada por ellos—...

Por tanto, en Derecho Administrativo la doctrina de los actos propios operará únicamente cuando la administración, con actos eficaces jurídicamente, haya revelado su designio de definir una situación jurídica, al margen de la existencia o no de derechos subjetivos derivados del acto o actos administrativos reveladores de dicha conducta.

Para culminar con el análisis de este aspecto, me adhiero al considerando 10 del voto singular del árbitro Pedro Nikken (en la siguiente página).

c. La estabilidad sobre normas no expresamente contempladas en el Convenio

Al momento que se suscribió el CEJ, estaba vigente la Ley núm. 26283 LFR. Por tal razón, Duke sostiene que aun cuando la Ley num. 27034 de 1998 haya derogado la LFR, esta derogación no le es oponible porque esta norma estaba vigente al momento de la suscripción del CEJ. Por su lado, la argumentación del Estado Peruano fue que esta norma no formaba parte del marco legal declarado como de aplicación ultractiva en el CEJ, razón por la cual, la LFR no era parte de la estabilidad. Finalmente, el Tribunal decidió acoger la tesis de Duke, en el sentido que aun cuando la LFR no

Artículo 1361.- Obligatoriedad de los contratos

Los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos.

Se presume que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia debe probarla.

Artículo 1362.- Buena Fe

Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes.

⁷⁴ González Pérez, Jesús, *La buena fe en el Derecho Administrativo*, Madrid, Editorial Cívitas, 1989, p. 140.

haya estado mencionada expresamente en el CEJ es una norma estabilizada, pues es una norma tributaria que estuvo vigente al momento de la suscripción del CEJ.

10. Sin embargo, la relación entre un Estado y un inversionista no puede equipararse a una relación entre Estados. Un inversionista tiene que conocer el orden legal del Estado dentro de cuya jurisdicción opera, al menos en las materias fundamentales conectadas con su actividad económica. La materia fiscal es una de ellas. Esto no significa que un inversionista debe tener un conocimiento detallado del régimen fiscal y de la interpretación de las leyes fiscales. Pero hay ciertas reglas fundamentales que un inversionista tiene que conocer. Una de ellas se refiere al órgano del Estado competente para aprobar u objetar la contabilidad tributaria y los lapsos que tiene para ejercer su competencia. Si un agente del Estado manifiestamente incompetente en materia fiscal ha aprobado una operación y sus consecuencias fiscales, todo inversionista tiene que saber que la autoridad fiscal puede objetarlos dentro de los lapsos legales. Los únicos hechos que pueden crear la apariencia razonable de que esos actos no serán objetados en el futuro son el transcurso de esos lapsos legales o la aprobación de la autoridad fiscal. En otras palabras, la aprobación de una operación.

Sobre el particular, la cláusula del Convenio de Estabilidad señala lo siguiente:⁷⁵

⁷⁵ Decreto Legislativo N° 662, Otorgan un régimen de estabilidad jurídica a las inversiones extranjeras mediante el reconocimiento de ciertas garantías.

a) Estabilidad del régimen tributario vigente al momento de celebrarse el convenio.

En virtud de la estabilidad del régimen tributario que se garantiza, el inversionista extranjero respecto al impuesto a la renta de cargo de la empresa receptora de la inversión y al que afecte las utilidades que se le atribuyan y/o los dividendos que se distribuyan en su favor, no se verá afectado con una tasa mayor que aquella considerada en el convenio correspondiente, de manera tal que si el impuesto a la renta de cargo de la empresa aumentara, se reducirá la tasa que afecte al inversionista extranjero en la parte necesaria para permitir que la utilidad de la empresa que finalmente sea de libre disposición para él, sea por lo menos igual a la garantizada;

TERCERA - EL ESTADO, en virtud del presente Convenio y mientras ése se encuentre vigente, se obliga, en relación con la inversión a que se refiere la CLÁUSULA SEGUNDA, a garantizar la estabilidad jurídica para DUKE ENERGY INTERNATIONAL, en los siguientes términos:

1. Estabilidad del régimen tributario referido al Impuesto a la Renta, conforme a lo prescrito en el inciso a) del Artículo 10° del Decreto Legislativo N° 662, vigente al momento de la suscripción del presente Convenio, Según el cual los dividendos y cualquier otra forma de distribución de utilidades, no se encuentran gravadas, de conformidad con el prescrito en el inciso a) del Artículo 25° del Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta, aprobado por el Decreto Supremo N° 054-99-EF vigente a la fecha de suscripción del presente Convenio. La mencionada ley tampoco grava las remesas al exterior de los montos que correspondan a DUKE ENERGY INTERNATIONAL por cualquiera de los conceptos contemplados en este inciso.

El Estado peruano sostiene que es por lo expresamente contemplado en la cláusula y que como los beneficios derivados de la LFR no se señalaron expresamente en ella, entonces, la LFR no forma parte de las normas estabilizadas.

No obstante, como puede apreciarse, la cláusula señala expresamente que la estabilidad es “del régimen tributario referido al Impuesto a la Renta”, luego agrega la cláusula “según el cual los dividendos y cualquier otra forma de distribución de utilidades no se encuentran gravadas”. De una interpretación literal del contrato y sistemática con el artículo 10.a) del Decreto Legislativo núm. 662, se puede colegir que la estabilidad es por todo el régimen tributario del impuesto a la renta.

Siendo así, considero que la cláusula no se restringe a la alícuota (tasa) del impuesto a la renta sino que éste es un aspecto más —quizás el principal, pero no el único— de protección, es —como ella misma señala— por el “régimen tributario referido al Impuesto a la Renta”, lo que por cierto incluye a la alícuota, pero también incluye una serie de elementos vinculados al régimen tributario, tales como depreciación, gastos computables, entre otros.

Respecto a las normas no expresamente incluidas en el Convenio, el profesor Julio Fernández⁷⁶ señala lo siguiente:

⁷⁶ Fernández, Julio, *op. cit.*

La información a la que hace referencia el dispositivo constituye una mera formalidad establecida por ley para la redacción de los convenios de estabilidad, ella no supone entender que solamente se tendrán por estabilizados las normas mencionadas expresa y taxativamente en el convenio. Lo que se estabiliza en un convenio de estabilidad tributaria es el régimen tributario general del Impuesto a la Renta, el mismo que se encuentra integrado por toda la legislación tributaria vigente referida a dicho impuesto a la fecha de suscripción del convenio.

El profesor Alex Córdoba⁷⁷ quien se refiere al caso concreto de la depreciación, señala lo siguiente:

Finalmente, también se ha señalado que los convenios de estabilidad jurídica han otorgado, en algunos casos, un beneficio de doble depreciación a favor de las empresas suscriptoras, cuando estas adquirieron activos revaluados en procesos de fusión y escisión llevados a cabo al amparo de la Ley 26823 y sus normas reglamentarias.

Al respecto, cabe señalar que los convenios de estabilidad jurídica en ningún momento establecen un beneficio de doble depreciación o algún otro de naturaleza similar.

Lo que ocurre en el caso de aquellas empresas con convenio de estabilidad jurídica que adquirieron activos revaluados al amparo de la Ley 26823, es que ellas tienen garantizado el derecho a depreciar los bienes recibidos en el valor en que los mismos ingresaron a su patrimonio (esto es el valor revaluado según las normas dictadas por el propio gobierno y que se prorrogaron durante varios años hasta el ejercicio 1998), tal y como lo establece el artículo 41° de la Ley del Impuesto a la Renta que forma parte del régimen estabilizado. Por tanto, las disposiciones posteriores que establecieron que la depreciación de estos activos debía calcularse —a partir del año 1999— sobre el valor previo de revaluación, no resultan aplicables a las empresas con convenios de estabilidad jurídica, pues ello implicará una modificación del régimen jurídico estabilizado.

d. La LFR: su cumplimiento real y su aparente incumplimiento finalista

Perú se defendió señalando que la fusión de Egenor con Power North, a través de la que se consiguieron los beneficios tributarios derivados de la LFR, era una fusión de papel. El demandante sostuvo que no interesa si se cumple o no la finalidad para la cual el gobierno otorgó el beneficio tribu-

⁷⁷ Córdoba, Alex, *op. cit.*

tario. El perito legal del demandante señaló que en diversas fusiones que se realizaron para obtener los beneficios tributarios de la LFR nunca se solicitaron requisitos como que la fusión debía tener un contenido económico relevante.

SUNAT aplicó la Norma VIII del Código Tributario del Perú que permite a la administración tributaria aplicar el criterio de la realidad económica. Tal norma señala lo siguiente:

NORMA VIII: INTERPRETACIÓN DE NORMAS TRIBUTARIAS

Al aplicar las normas tributarias podrá usarse todos los métodos de interpretación admitidos por el Derecho.

Para determinar la verdadera naturaleza del hecho imponible, la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria —SUNAT— tomará en cuenta los actos, situaciones y relaciones económicas que efectivamente realicen, persigan o establezcan los *deudores tributarios*.

En vía de interpretación no podrá crearse tributos, establecerse sanciones, concederse exoneraciones, ni extenderse las disposiciones tributarias a personas o supuestos distintos de los señalados en la ley.

El laudo —con el que coincido este extremo— determinó que esta norma no autorizaba a la administración tributaria a denegar los beneficios que por ley corresponden a los contribuyentes que cumplieron estos requisitos.

Coincido con el laudo porque vía una interpretación finalista no debe denegarse derechos de los administrados, pues se estaría afectando el principio de *seguridad jurídica*, *legalidad* y el principio de *predictibilidad*, ambos principios clave del derecho administrativo.⁷⁸ Si el Estado tuvo una finalidad al crear

⁷⁸ Ley NÚM. 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General

Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo

1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo:

1.1. Principio de legalidad.- Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas.

1.14. Principio de uniformidad.- La autoridad administrativa deberá establecer requisitos similares para trámites similares, garantizando que las excepciones a los principios generales no serán convertidos en la regla general. Toda diferenciación deberá basarse en criterios objetivos debidamente sustentados.

1.15. Principio de predictibilidad.- La autoridad administrativa deberá brindar a los administrados o sus representantes información veraz, completa y confiable sobre cada trámite, de modo tal que a su inicio, el administrado pueda tener una conciencia bastante certera de cuál será el resultado final que se obtendrá.

el marco legal, entonces, deberá adoptar la diligencia necesaria al momento de emitir leyes y reglamentos de colocar los requisitos de forma más explícita o elevada, pero no puede denegar lo que por ley corresponde, basándose en que no se está cumpliendo la finalidad para la que se emitió la norma.

La interpretación económica a que se refiere la Norma VIII del Código Tributario es para que la administración tributaria aplique la disposición tributaria correcta cuando un acto real se disfraza de otro (por ejemplo, cuando existe una venta que se hace pasar por un arrendamiento), no se aplica la Norma VIII cuando existiendo un acto cierto que se llevó a cabo, la administración considere que sólo fue por el interés de obtener el beneficio tributario. En suma, es lícito que los privados realicen operaciones con la exclusiva finalidad de acceder al beneficio tributario y no por ello deben ser merecedores de perder el citado beneficio. En eso considero que acierta el laudo.

IV. CONCLUSIONES

Resumo mis conclusiones de los diferentes aspectos y casos tratados de la siguiente manera:

- 1) Asuntos contractual-administrativos culminan en arbitrajes de inversión en razón a la existencia de:
 - a) Contratos gubernamentales con cláusula arbitral expresa.
 - b) Tratados de inversión donde se contemple a los contratos gubernamentales como “inversión” y donde se señale que los conflictos derivados de la “inversión” se resuelven en la vía arbitral.
 - c) Tratados de inversión con cláusula paraguas.
 - d) Incumplimientos de tal magnitud que a la vez existiendo un incumplimiento contractual, existe un incumplimiento de tratado (asumiendo que el arbitraje de inversión está pactado en el tratado pero no en el contrato, en este arbitraje se ventilarán los incumplimientos de tratado, no de contrato).
- 2) En el TLC Perú-Estados Unidos. Se contempla a los contratos gubernamentales como “acuerdos de inversión” y sus conflictos se pueden resolver en la vía arbitral. Por su lado, en el TLC Perú-Canadá, el único contrato público cuyos conflictos son susceptible de resolverse en la vía arbitral bajo el TLC son los conflictos en los convenios de estabilidad jurídica.

- 3) El caso *Azúrix vs. Argentina* es una clara demostración del supuesto contemplado en la conclusión 1.d). Acierta el Tribunal en señalar que el inversionista es responsable de las condiciones financieras del proyecto cuando él las aceptó emitiendo su oferta, más aún cuando emitió una oferta notablemente agresiva.
- 4) El principio de *clari loqui* en los procedimientos de selección es un principio muy importante de la contratación pública. Por esta razón, si el Estado responde evasivas o no es claro al absolver las consultas en una licitación, debe asumir las consecuencias negativas de tal incumplimiento.
- 5) En el caso de *Auconven vs. Venezuela* destaca el buen manejo del principio de *cheapest cost avoider* al asignar el riesgo social de la protesta al Estado y dejar sentado que el temor (aunque sea real) del Estado a sufrir protestas por el aumento de las tarifas no califica como fuerza mayor y no exime al Estado del cumplimiento de sus obligaciones.
- 6) En el mismo caso, discrepo con el Tribunal en asignar el riesgo de la ilegalidad, sobre todo de una cláusula en la que el concesionario demostró que también conocía de su posible ilegalidad en la época de la licitación, por el solo hecho que el Estado Venezolano emitió una declaración de cumplimiento de leyes. Cuando la ilegalidad es conocida o al menos su riesgo es conocido, no veo por qué trasladar exclusivamente este riesgo al Estado.
- 7) En el mismo caso, discrepo con el Tribunal que no reconoció una indemnización por lucro cesante en vista de la no-ejecución de las obras y por tratarse de inversiones jóvenes. Ese criterio puede resultar un aliciente al Estado para incumplir contratos y, por lo demás, no encuentra asidero en la teoría de la responsabilidad civil estatal. Se adquiere derechos por el solo hecho de haber contratado, más aún si la prestación no se ejecuta por causa imputable a la otra parte.
- 8) En el caso de *Robert Azinian vs. México*, considero que el Tribunal acierta laudando a favor de México. Este caso es una oportunidad de cómo la teoría de las nulidades civiles (fraude, error, dolo) puede aplicarse perfectamente a la contratación pública. Lo mismo considero puede ocurrir con algunos remedios que establece el derecho civil, tales como la excesiva onerosidad de la prestación y la lesión.
- 9) En el caso *Aguaytía vs. Perú*, coincido con la decisión final de declarar que Perú no ha incumplido la obligación de no discriminación.
- 10) Sin embargo, discrepo de algunos fundamentos del laudo. Especialmente, considero que es un laudo que debió ser más profundo y exhaustivo al fundamentar por qué no se vulneró el principio de no

- discriminación. No se vulneró porque (a) no todo tratamiento diferenciado es discriminatorio, (b) la diferenciación no debe tener justificación alguna, (c) en el presente caso, la diferenciación se basaba en que existía una concesión de obra pública y la otra (la supuestamente discriminada) era de concesión de servicio pública.
- 11) Yerra el Tribunal —a mi juicio— en rechazar el reclamo por discriminación en razón a una supuesta improbanza del inversionista en que éste le dio importancia a la cláusula de no discriminación al momento de suscribir el convenio de estabilidad jurídica. ¿Acaso para hacer valer un derecho tenemos que demostrar?
 - 12) En el caso de *Duke vs. Perú*, a mi juicio, es un acierto del Tribunal laudar a favor del inversionista ratificando la vigencia de la Ley de Fusión Revaluación, y desechando los argumentos de que no se cumplió con la finalidad de la ley. Lamentablemente, la interpretación respecto de cuál fue la intención del legislador, puede atentar contra el texto expreso de la ley, y por tanto, contravenir la seguridad jurídica.
 - 13) Discuerdo, sin embargo, de que el Tribunal haya señalado que el Estado peruano incumplió la doctrina de los actos propios porque la fusión fue aprobada por empresas públicas, votos del Estado en juntas de accionistas, entidades públicas, ministerios, pero no por la autoridad tributaria. A mi juicio, el laudo no respeta el principio de independencia del derecho tributario y el principio de competencia del derecho administrativo. En virtud a estos dos principios, un Estado no se contradice cuando entes no vinculados a la tributación emiten opiniones en un sentido, pero la autoridad tributaria emite una decisión en sentido diferente. En todo caso, de existir un compromiso contractual en un determinado sentido, el Estado tendrá la obligación de indemnizar al afectado, pero no se puede argumentar que hay un incumplimiento de la doctrina de los actos propios.
 - 14) Hay una serie de incumplimientos de diferentes cláusulas, leyes, principios, pero todos tienen algo en común, lo que responderá con diversas preguntas.
 - ¿Qué le faltó al Estado que diseñó los factores de competencia fomentando no un buen servicio sino ofertas agresivas para obtener beneficios de corto plazo?.
 - ¿Qué le faltó al privado que, como consecuencia de la pregunta anterior, lanzó una oferta agresivísima y luego tuvo dificultades para cumplir sus obligaciones, queriendo renegociar el contrato?

- ¿Qué le faltó al Estado que se había comprometido a aumentar la tarifa para poder hacer una obra de infraestructura, cumpliendo un contrato de concesión y sobre todo que a la larga iba a beneficiar a la población y finalmente no cumplió el aumento tarifario?
- ¿Qué le faltó al Estado que no dio respuestas concretas a las preguntas de los postores en la licitación acerca de la continuación de un subsidio luego del otorgamiento de la concesión?
- ¿Qué le faltó al privado que pretendió una indemnización por no obtención de financiamiento cuando el modelo financiero de la concesión desde un origen no era el adecuado y a pesar de ello emitió una oferta agresiva?
- ¿Qué le faltó al privado que presentó un contrato financiero en condiciones diferentes al marco establecido en el contrato de concesión y a pesar de la diferencia de fondo quiso obtener la aprobación por silencio positivo?
- ¿Qué le faltó al privado que se mostró como muy experimentado en servicios públicos de recojo de residuos sólidos, que hizo creer al Estado que una importante empresa también iba a participar en el proyecto, empresa que desistió su participación antes de la firma, sin que el concesionario haya comunicado esto al Estado?.
- ¿Qué le faltó a ese mismo privado al comprometerse a construir una planta que ni siquiera es necesaria?

A todos les faltó buena fe, principio esencial de la contratación pública, bien desarrollado por una serie de laudos CIADI.