

**EL CAPÍTULO DE LAS INVERSIONES EN EL TLC PERÚ – ESTADOS UNIDOS,  
LOS CONTRATOS PÚBLICOS DE INFRAESTRUCTURA Y LA  
RELATIVIZACIÓN DEL PRINCIPIO DE SOBERANÍA**

Mario Linares Jara

Profesor de Derecho Administrativo y Contratación Pública en la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima.

**SUMARIO:**

I. Introducción.- II. El sistema internacional de protección de las inversiones extranjeras: 1. Cláusulas tipo dentro del sistema de protección de la inversión: 1.1. Trato justo y equitativo; 1.2. Trato nacional; 1.3. Tratamiento acordado a los inversionistas de la nación más favorecida o cláusula de la nación más favorecida; 1.4. Reglas de transferencia de moneda y requisitos de desempeño (performance requirements); 1.5. Solución de controversias: El sistema CIADI; 1.6. Expropiación directa e indirecta. Criterios establecidos por el CIADI y defectos del sistema.- III. Los contratos públicos de infraestructura.- IV. Arbitraje constitucional de los poderes del estado por las limitaciones legislativas, reglamentarias, administrativas y judiciales sobre las inversiones norteamericanas: 1. Relativización del principio de soberanía; 2. Competitividad; 2.1 Barrera para la competitividad.- VI. A modo de conclusión.

**I. INTRODUCCIÓN**

Los tratados de libre comercio de última generación no se circunscriben al campo arancelario, sino que contienen disposiciones relativas, entre otros, al fomento y protección de las inversiones de los nacionales de las partes contratantes, tratamiento que no es otro que el que comúnmente establecen los Estados cuando suscriben Tratados Bilaterales de Protección de Inversiones –TBIs o BITs en sus siglas en inglés–, tratados mediante los cuales los Estados restringen o eliminan su *ius imperium* y se ven impedidos de ejecutar medidas legislativas, reglamentarias, administrativas y aun judiciales que constituyan expropiación directa o indirecta sobre la inversión realizada sin una debida compensación pronta y efectiva de acuerdo a los términos del tratado, de otros tratados aplicables y por el Derecho Internacional. En caso de verificarse una controversia al respecto, no es el Poder Judicial del Estado parte quien deba necesariamente asumir competencia, sino que el conflicto será resuelto mediante arbitraje internacional, generalmente del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI).

Si bien es cierto que el Tratado de Libre Comercio entre el Perú y Estados Unidos ha sido ratificado por una mayoría amplia, y existe una percepción ciudadana mayoritaria de que es un instrumento de desarrollo, hay quienes con fines utilitarios políticos o, en el mejor de los casos, por abrazar ideologías estatizantes y aisladoras, opuestas a la realidad de la globalización del capital, se oponen al tratado resaltando inconvenientes puntuales, omitiendo una visión de conjunto y anunciando una supuesta pérdida de soberanía del Estado. El presente artículo refuta y explica este último punto; para ello, es menester exponer los lineamientos principales del sistema de fomento y protección de las inversiones que impera internacionalmente y que se encuentra plasmado en el tratado, las restricciones a las potestades y prerrogativas públicas y los fundamentos, costos y conveniencia del sistema, ello sin perder de vista las inversiones en infraestructura pública mediante contratos públicos.

**II. EL SISTEMA INTERNACIONAL DE PROTECCIÓN DE LAS INVERSIONES EXTRANJERAS**

El sistema se encuentra constituido por la interacción de los Tratados Bilaterales de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (en adelante TBIs) o “*Bilateral Investment Treaties*” (en adelante BITs) y ahora último por los Tratados de Libre Comercio (en adelante TLCs) de última generación. Tanto los TBIs como los capítulos de inversión de los TLCs, tienen como finalidad establecer reglas

claras y precisas para promover las inversiones entre los países suscriptores del mismo, de manera tal que los inversionistas de los Estados parte encuentren mecanismos de protección reales y concretos al realizar inversiones, pudiendo acudir a la jurisdicción arbitral internacional en caso de la vulneración de las garantías especificadas en el tratado. La existencia de dichos instrumentos surge en la medida que los países exportadores de capital entendieron que el Derecho Internacional no significaba una protección eficaz para sus nacionales, ante hechos, actos u omisiones ilegítimas de los Estados receptores de capital.<sup>1</sup>

De manera originaria, los tratados bilaterales de comercio –cuyos antecedentes se pueden rastrear a fines del siglo XVIII–, no estaban exclusivamente dedicados a regular la protección de la inversión, siendo el objetivo prioritario de aquellos promover la expansión del comercio y la navegación. Precisamente, los llamados convenios de “Amistad, Comercio y Navegación”, abarcaban temas como el ingreso y libertad de movimiento, la protección de las personas, el derecho a asesoramiento jurídico y juicio rápido, entre otros.<sup>2</sup>

Sin embargo, no sería hasta el periodo de post guerra –a partir de los años 50 del siglo pasado–, que los países exportadores de capital perfeccionarían este instrumento jurídico (los TBIs) como el medio adecuado para resguardar sus inversiones de los riesgos “no comerciales” propios de los países receptores de capital y, a su vez, como respuesta o alternativa al discutido ejercicio de la protección diplomática o el uso de la fuerza.<sup>3</sup>

Por su parte, los países que pretendían insertarse en el flujo de capitales internacionales como destino confiable de los mismos, entendieron que “(...) un país puede ofrecer a los inversionistas extranjeros una legislación flexible, abierta y promotora de las inversiones. Sin embargo, para otorgarles las garantías suficientes (...) hace falta, además, que el Estado se comprometa ante la comunidad internacional a respetar y mantener invariables durante un periodo razonable sus leyes internas, las cuales otorgan a los inversionistas extranjeros una serie de garantías y derechos internacionalmente reconocidos”; y, en ese orden de ideas, “los BIT generan un ambiente de estabilidad y predictibilidad del marco legal aplicable a las inversiones, que incentivan la atracción de la inversión extranjera”.<sup>4</sup>

Ahora bien, el objetivo de estos tratados consistió, en líneas generales –conforme a lo que se enuncia en sus Preámbulos– en “promover una mayor cooperación entre los países contratantes” para lograr “el desarrollo económico de los países” y “el incremento de la prosperidad de los pueblos” y, específicamente, en “estimular la iniciativa económica privada y el flujo de capitales privados”, dentro de “un marco estable para las inversiones y un trato justo y equitativo a las inversiones”.

En Latinoamérica, estos instrumentos internacionales fueron inicialmente muy resistidos, siendo incorporados recién en la década del noventa, como consecuencia de la consagración del liberalismo económico y político en países como Argentina, Bolivia, Venezuela, Chile y Perú.

<sup>1</sup> JAWLE, Guido E., Los Tratados de Protección y Promoción Recíproca de Inversiones, la Responsabilidad del Estado y el Arbitraje Internacional, En: *Seminarios Jurídicos, Variaz Auctores, Instituto de Estudios de Derecho Administrativo*, Montevideo, 2001, p. 344.

<sup>2</sup> Fierstaple, *Commerce and Navigation Treaties*, suscritos, en gran medida, por los Estados Unidos de Norteamérica.

<sup>3</sup> JAWLE, Guido E., Op. Cit., p. 342.

<sup>4</sup> Esta medida, como otros reflejos, darán lugar en Latinoamérica a los conocidos doctrinarios Drigo y Calvo: las orden de ideas en la incorporación de la llamada “Cláusula Calvo” a los contratos celebrados con extranjeros, lo que importa un compromiso expreso del investido de no solicitar protección diplomática, y a recurrir a los tribunales o leyes del Estado receptor para resolver sus diferencias.

<sup>5</sup> VEGA, María del Carmen, *Convenios Internacionales de Promoción y Protección de Inversiones*, En: *Guía Legal de Negocios*, levantado en el Perú, Beatriz Boza (ed.), Tercera Edición, PROMPERU, Lima, 1998, p. 117.

<sup>6</sup> KARL, Joachim, Oración por: Casuarina, Fernando, *Los Tratados Bilaterales de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones y el Acceso al Arbitraje*, Revista de Economía y Derecho, Universidad de Ciencias Aplicadas, Número 2, 2004, p. 30.

## I. Cláusulas tipo dentro del sistema de protección de la inversión

### I.1. **Trato justo y equitativo**

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

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

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

### I.2. **Trato Nacional**

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

En efecto, al parecer esta cláusula general puede hallarse sujeta a múltiples excepciones, tales como: la propiedad conjunta, la participación limitada en la propiedad de una empresa, el cumplimiento de requisitos adicionales para la constitución de una empresa, para la realización de inversiones o, inclusive, la prohibición de acceder al crédito local.<sup>11</sup> Por este motivo, algunos autores consideran a esta cláusula como un "estándar relativo", en contraposición al trato justo y equitativo, que califica como un "estándar absoluto".<sup>12</sup>

El TLC Perú – Estados Unidos detalla el trato nacional tanto para los inversionistas como para "las inversiones" en el artículo 10.3, debiéndose remitir al anexo de definiciones para establecer los alcances de ambos conceptos. Se establece que "cada parte concederá un trato no menos favorable

<sup>7</sup> TAWIL, Guido S., Op. Cit., p. 347.

<sup>8</sup> VEGA, María del Carmen, Op. Cit., pp. 125 y 126.

<sup>9</sup> TAWIL, Guido S., Op. Cit., p. 347.

<sup>10</sup> *Ibid.* p. 348.

<sup>11</sup> Detalladas por VEGA, María del Carmen, Op. Cit., p. 126.

<sup>12</sup> Así lo menciona YMAZ VEDELA, Ezebal M., *Procedimientos de Inversiones Extranjeras: Tratados Bilaterales*, La Ley, Buenos Aires, 1999, p. 28. Lo cual resulta aplicable, también, para la cláusula de la nación más favorecida, que veremos a continuación.

que el que conceda en circunstancias similares a sus propios inversionistas o a las inversiones en sus territorios de sus propios inversionistas en la referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación y venta u otra disposición de las inversiones" (el subrayado es nuestro).

### 1.3. Tratamiento acordado a los inversionistas de la nación más favorecida o cláusula de la nación más favorecida

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

Los supuestos de excepción desde los TBIs pueden estar vinculados a convenios de doble imposición u otros acuerdos de materia impositiva, o, de ser el caso, a acuerdos de integración regional. En el TLC Perú – Estados Unidos, el trato de la nación más favorecida se encuentra en el artículo 10.4. Al igual que en el caso del trato nacional, los alcances son tanto para los inversionistas como para las inversiones disponiéndose un trato no menos favorable que el que se conceda en circunstancias similares, "en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación y venta u otra forma de disposición de inversiones, multilateralizándose así el tratado".

### 1.4. Reglas de transferencia de moneda y requisitos de desempeño (performance requirements)

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

En relación a las reglas para transferencia de moneda, el TLC Perú – Estados Unidos las incorpora en el artículo 10.8 signado como de "Transferencias", indicándose que: "cada parte permitirá que todas las transferencias relacionadas con una inversión cubierta se hagan libremente y sin demora desde y hacia su territorio". Las transferencias incluyen: "aportes de capital; ganancias; dividendos; ganancias de capital y productos derivados de la venta o liquidación, total o parcial, de la inversión cubierta; intereses; pago por regalía; gastos de administración y asistencia técnica y otros cargos; pagos realizados conforme a un contrato, incluyendo un convenio de préstamo", etc. Las transferencias deben realizarse "en moneda de libre uso al tipo de cambio vigente en el mercado en la fecha de la transferencia".

Un punto a destacarse es el relacionado con la prohibición de legislar impidiendo la realización de una transferencia en materia de quiebra, insolvencia, infracciones criminales, garantizar el cumplimiento de sentencias o laudos y otros, si es que las normas no son "de aplicación equitativa, no discriminatoria y de buena fe".

En cuanto a la prohibición de imponer requisitos de desempeño a los inversionistas, el TLC Perú – Estados Unidos establece en el artículo 10.9, entre otros, que ninguna parte podrá hacer cumplir cualquier obligación o compromiso, entiéndase mediante legislación, de: exportar un determinado nivel o porcentaje de mercancías o servicios; alcanzar un determinado grado o porcentaje de contenido nacional; comprar, utilizar u otorgar preferencia a las mercancías producidas en su territorio; transferir a una persona en su territorio una tecnología particular, un proceso productivo u otro conocimiento de su propiedad, etc.

### 1.5. Solución de controversias. El sistema CIADI

Uno de los elementos de mayor importancia en el contenido de los TBI y de los TLCs de última generación es el relacionado a los mecanismos previstos para la solución de los conflictos Inversionista-Estado cuando el primero estime que ha existido una afectación indebida en contra de su inversión.

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

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

En otros supuestos se establece un procedimiento similar al reseñado en el párrafo anterior, pero, en el caso de que no existiera acuerdo, se deberá constituir un arbitraje conforme a las reglas de la CNUDMI –es el caso de los TBI de Argentina con el Reino Unido y Canadá–.Etc., sin perjuicio de la posibilidad de los inversores de hacer prevalecer la cláusula de la ración más favorecida a fin de recurrir al CIADI.<sup>13</sup>

El TLC Perú – Estados Unidos, en su artículo 10.15, ha previsto primero que en caso de controversia relativa a una inversión, las partes deberán tratar de solucionarla mediante consultas y negociación. De darse el arbitraje, este podrá ser de conformidad con el convenio del CIADI y las Reglas de Procedimientos Arbitrales, de conformidad con las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI o, si el demandante y el demandado lo acuerdan, ante cualquier otra institución de arbitraje o bajo cualesquiera otras reglas de arbitraje.

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

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

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

Ahora bien, las denominadas Reglas de Iniciación, Reglas de Arbitraje y Reglas de Conciliación –conjuntamente con lo dispuesto en el citado Convenio–, regulan la jurisdicción y procedimientos del CIADI, siendo que la mayor parte de las reglas aplicables en estas instancias son disponibles por las partes.

<sup>13</sup> YHAZ VIDELA, Esteban M., *Protección de Inversores Extranjeros. Tratados Bilaterales*, La Ley, Buenos Aires, 1999, p. 61.

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

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

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

### 1.6. Expropiación directa e indirecta. Criterios establecidos por el CIADI y defectos del sistema

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

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

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

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

Así, el artículo 5 del TBI Argentina-Francia señala que "2. Las Partes Contratantes se abstendrán de adoptar, de manera directa o indirecta, medidas de expropiación o de nacionalización o cualquier otra medida equivalente que tenga un efecto similar de desposesión, salvo por causa de utilidad pública y con la condición que estas medidas no sean discriminatorias ni contrarias a un compromiso particular".

<sup>14</sup> VEGA, Pablo del Carmen. Op. Cit., p. 129.

<sup>15</sup> YMAZ-VEDELA, Op. Cit., p. 49.

Por su parte, el Protocolo de Colonia para la Promoción y la Protección Recíproca de Inversiones en el Mercosur establece en el artículo 4:

*"Expropiaciones y Compensaciones.- 1. Ninguna de las Partes Contratantes tomará medidas de nacionalización o expropiación ni ninguna otra medida que tenga el mismo efecto, contra inversiones que se encuentren en su territorio y que pertenezcan a inversores de otra Parte Contratante, a menos que dichas medidas sean tomadas por razones de utilidad pública, sobre una base no discriminatoria y bajo el debido proceso legal. Las medidas serán acompañadas de disposiciones para el pago de una compensación previa, adecuada y efectiva".*

El artículo 1110(1) del Tratado de Libre Comercio de Norte América, señala que:

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

- (a) por causa de utilidad pública;*
- (b) sobre bases no discriminatorias;*
- (c) con apego al principio de legalidad y al Artículo 1105(1); y*
- (d) mediante indemnización conforme a los párrafos 2 a 6. [los que disponen que la compensación debe ser: equivalente al valor justo de mercado que tenga la inversión expropiada inmediatamente antes de que la medida expropiatoria se haya llevado a cabo; que sea hecha sin demora, completamente liquidable y que pueda transferirse libremente".*

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

Bajo el orden de ideas expuestas, repasemos algunas de las interpretaciones que sobre este extremo ha formulado el CIADI, adelantando que para dicho centro un acto legislativo, reglamentario u otro por parte de uno de los órganos del Estado o de una de sus subdivisiones puede constituir un acto indirecto expropiatorio o nacionalizador y constituir un acto violatorio de los derechos del inversionista.

Observamos, por ejemplo, el caso *Metalcad Corporation con los Estados Unidos Mexicanos*, proceso donde el Tribunal Arbitral entendió que la expropiación incluye no solo la confiscación de la propiedad de manera abierta, deliberada y con conocimiento de causa, tal como una confiscación directa o una transferencia formal u obligatoria de títulos en favor del Estado receptor, sino también *"(...) una interferencia disimulada o incidental del uso de la propiedad que tenga el efecto de privar totalmente o en parte significativa, al propietario del uso o del beneficio económico que razonablemente se esperaba de la propiedad"*, aunque no necesariamente en beneficio obvio del Estado receptor.

En ese sentido, al considerar *"(...) la negativa del Municipio respecto al permiso de construcción sin base alguna en la construcción material propuesta y sin deficiencias en el sitio, conjuntamente con sus acciones administrativas y judiciales subsiguientes respecto al Convenio, impidieron de manera efectiva*

e ilegalmente la operación por parte de la Demandante del confinamiento"; concluyendo por tales apreciaciones que "(...) estas medidas, consideradas conjuntamente con las afirmaciones del gobierno federal mexicano, en las cuales Metalclad se basó, y en la ausencia de una negativa del Municipio emitida a tiempo, en orden o con alguna base sustantiva respecto al permiso local de construcción, equivalen a una expropiación indirecta".

Por otro lado, en la controversia seguida por Técnicas Medioambientales Tedmed S.A. con los Estados Unidos Mexicanos, se manifiesta en primer lugar que "(...) si bien en un sentido formal la expropiación importa la apropiación forzada por el Estado de la propiedad tangible o intangible de particulares a través de actos administrativos o acción legislativa a ese efecto, el término también cubre situaciones que constituyen una expropiación de facto, en las que tales actos o legislación transfieren los bienes que constituyen su objeto a tercero o terceros distintos del Estado expropiador, o cuando dicha legislación o actos privan de tales bienes a los sujetos que los sufren, sin atribuirlos a terceros o al propio Estado".

De esta forma, generalmente se entiende que la expresión equivalente a la expropiación (*tantamount to expropriation*) alude a la llamada expropiación indirecta (*creeping expropriation*).

Continúa el análisis del Tribunal Arbitral que conoció la citada controversia, respecto de las medidas legislativas involucradas con el reclamo, que "(...) para establecer si la Resolución constituye medida equivalente a una expropiación bajo los términos del artículo 5(1) del Acuerdo, es necesario determinar, en primer término, si en razón de la resolución la demandante se vio privada, de manera radical, de la utilidad económica de su inversión, como si los derechos relativos a ésta –por ejemplo, la percepción o goce de los beneficios asociados con el confinamiento o su explotación– hubiesen cesado. Es decir, si o raíz de actuación atribuible a la demandada, los bienes en cuestión han perdido valor o utilidad para quien se beneficia de los mismos y en qué medida. Esta determinación es importante, pues es una de las bases para distinguir, desde la perspectiva de un tribunal internacional, entre una medida regulatoria, expresión normal de la autoridad estatal en ejercicio del poder de policía, que trae consigo una disminución de los bienes o derechos del particular, y una expropiación de facto, que priva de toda sustancia real a tales bienes o derechos".

Debe incidirse en lo indicado por el Tribunal cuando anota que "(...) se entiende que medidas adoptadas por un Estado, de naturaleza regulatoria o no, revisten las características de una expropiación indirecta en su modalidad de facto si es irreversible y de carácter permanente, y si los bienes o derechos alcanzados por tal medida han sido afectados de forma tal que toda manera de explotarlos ha desaparecido; es decir, virtualmente, el valor económico de la utilización, goce o disposición de los bienes o derechos afectados por el acto o decisión administrativa ha sido neutralizado o destruido. Bajo el derecho internacional, existe privación de la propiedad también cuando existe despojo de su uso o del goce de sus beneficios, o interferencia en tal uso o goce de efectos o magnitud equivalentes, aún cuando no se afecte la titularidad legal o jurídica de los bienes en cuestión, y siempre que el despojo no sea efímero".

Finalmente, en el caso *Liberian Eastern Timber Corporation* con la República de Liberia, el Tribunal Arbitral consideró que la revocación de un contrato de concesión que otorgaba la exclusividad de actividades madereras por veinte años a una empresa francesa, debía ser considerada una expropiación o nacionalización ilegal por no ajustarse a las condiciones de la expropiación.

En conclusión, para que el inversionista invoque la protección de un TBI o el capítulo de inversión de un TLC, no es necesario estar ante presupuestos objetivos o precisos que permitan que se verifique un caso de expropiación, basta que sea una medida similar, "una modificación de las condiciones contractuales o una progresiva regulación por parte del Estado de la operatoria de la inversión, con algún tipo de implicancia económica financiera, o en la propiedad extranjera".<sup>18</sup>

<sup>18</sup> TEMPONE, Rubén Eduardo, *Asociación de Inversiones Extranjeras*, Ciudad Argentina, Buenos Aires – Madrid, 2003, p. 51.



### III. LOS CONTRATOS PÚBLICOS DE INFRAESTRUCTURA

El Estado tiene un marco jurídico específico relativo a inversiones en infraestructura que no es el caso detallar. Sucintamente debe indicarse que para obras públicas existe regulación de manera conjunta con las compras públicas en donde, si bien es cierto se verifican normas en algún grado exorbitantes del derecho común, no se puede sostener que por ello estemos ante la presencia de un contrato administrativo clásico, tal como acontece en el ordenamiento español, por ejemplo, y en donde se diferencia entre este y los llamados contratos privados de la administración.

Para el régimen de concesiones de obras de infraestructura y de servicios públicos la conclusión es la misma. Agregándose que no ha existido, a diferencia de otros países latinoamericanos, un desarrollo doctrinario y jurisprudencial que genere una corriente respecto de la existencia de potestades implícitas contractuales consistentes en la variación unilateral o *ius variandi* del contrato tomado como "administrativo" por razones de interés público o en la interpretación unilateral y ejecutoria de este por parte del Estado.

Superada la dificultad del *ius variandi*, queda sin embargo el llamado "*factum principis*" o "hechos de Estado", consistente en la potestad del Estado de variar indirectamente un contrato mediante cambios en la legislación tributaria, laboral, etc. Esta potestad, que en un marco de igualdad de trato y de estabilidad jurídica y política no vendría a ser problema, se constituye en un obstáculo para los inversionistas por cuanto puede afectar la estructura económica financiera de la inversión. Para generar credibilidad respecto de este punto, es decir, para garantizar la invariabilidad de determinado marco jurídico, el Sistema de Protección de las Inversiones Extranjeras contiene dos mecanismos, el primero de ellos constituido por las denominadas cláusulas de estabilidad legal dentro de los Tratados de Protección de las Inversiones –cuyo uso no es muy generalizado– y el conocido entre nosotros, contrato de estabilidad jurídica, que otorgan seguridad de estabilidad normativa al inversionista durante un periodo determinado. Dicha garantía ha sido incluida dentro del Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos en los anexos 10-H, 10-HA y 10 H-B.

Ahora bien, las inversiones norteamericanas en infraestructura pública en el marco de contratos de obra pública o de concesión se encuentran protegidas del *ius variandi* porque dicho instituto no se encuentra regulado en nuestro ordenamiento. Asimismo, se encuentran resguardadas, de suscribirse un contrato de estabilidad jurídica de acuerdo a los requisitos que determina la normativa específica, del llamado hecho de Estado (muchas veces confundido y asimilado al *ius variandi*).

Debe agregarse además que sobre las inversiones productos de los contratos públicos de infraestructura se aplican las garantías relativas a la expropiación directa e indirecta:

*Artículo 10.28: Definiciones.*

*Para los efectos de este Capítulo*

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

- a) *respeto a los recursos naturales que una autoridad nacional controla, como para su explotación, extracción, refinamiento, transporte, distribución o venta;*
- b) *para proveer servicios al público en representación de la Parte, como generación o distribución de energía, tratamiento o distribución de agua o telecomunicaciones; o*

c) para realizar proyectos de infraestructura, tales como la construcción de vías, puentes, canales, presas u oleoductos que no sean de uso y beneficio exclusivo o predominante del gobierno".

Por otro lado el tratado considera como inversión:

"inversión significa todo activo de propiedad de un inversionista o controlado por el mismo, directa o indirectamente, que tenga las características de una inversión, incluyendo características tales como el compromiso de capitales u otros recursos, la expectativa de obtener ganancias o utilidades, u la sujeción de riesgo. Las formas que puede adoptar una inversión incluyen:

- a) una empresa;
- b) acciones, capital y otras formas de participación en el patrimonio de una empresa;
- c) bonos, obligaciones, otros instrumentos de deuda y préstamos;
- d) futuros, opciones y otros derivados;
- e) contratos *live in mano*, de construcción, de gestión, de producción, de concesión, de participación en los ingresos y otros contratos similares;
- f) derechos de propiedad intelectual;
- g) licencias, autorizaciones y permisos y derechos similares otorgados de conformidad con la legislación interna; y
- h) otros derechos de propiedad tangibles o intangibles, muebles o inmuebles y los derechos relacionados con la propiedad, tales como arrendamientos, hipotecas, gravámenes y garantías en prenda".

#### IV. ¿INHIBICIÓN INCONSTITUCIONAL DE LOS PODERES DEL ESTADO POR LAS LIMITACIONES LEGISLATIVAS, REGLAMENTARIAS, ADMINISTRATIVAS Y JUDICIALES SOBRE LAS INVERSIONES NORTEAMERICANAS?

Aunque no en los términos que indico, se ha sostenido que la aprobación del Tratado de Libre Comercio tiene riesgos inconstitucionales al restringirse la potestad legislativa, reglamentaria, sancionadora y la actividad jurisdiccional del Estado. Pues bien, estos argumentos no son novedosos como el sistema de protección de la inversión extranjera. En efecto, las críticas expuestas ya han sido formuladas en Argentina con ocasión no de la suscripción de los Tratados Bilaterales de Protección de Inversiones, sino por las demandas arbitrales interpuestas por los inversionistas extranjeros por los efectos confiscatorios de la pesificación de las tarifas de los servicios públicos mediante normativa específica, todo esto al amparo de dichos tratados.<sup>11</sup> Los mismos argumentos que se sintetizan en la pérdida de soberanía nacional son esgrimidos en Bolivia y en el Ecuador. Ahora bien, ¿es esto cierto? ¿Se ha perdido soberanía? Si se ha perdido, ¿en que medida? ¿Es esto inconveniente? ¿Existen alternativas?

<sup>11</sup> Dra. María Censor y Mariela Cienfuegos: "La Ley 25.521, de Emergencia Pública y Reforma del Régimen Cambiario, no sólo declaró una vez más la emergencia pública sin que, sobre la base de dicha declaración y previa derogación del régimen de convertibilidad del peso con el dólar estadounidense establecido en la Ley 23.526, con sustento en el artículo 76 de la Constitución Nacional, se delegase hasta el 30 de diciembre de 2001 en el Poder Ejecutivo Nacional la facultad de (...) establecer el sistema que determinará la relación de cambio entre el peso y los dólares extranjeros, y dictar regulaciones cambiarias". Así fue como mediante el Decreto No. 21.2001 el Poder Ejecutivo Nacional determinó primero la creación de un mercado oficial y esa relación fue entre el peso y el dólar estadounidense (de US\$ 1 = \$ 1,40) y luego por el Decreto No. 260/2001 se estableció un "mercado único y libre de cambios por el cual se cancela toda la operación de cambios".

Para contestar estas preguntas en primer lugar debe tocarse el punto de la actual relativización del principio de soberanía. En efecto, en el presente, donde la globalización se ha vuelto más intensa y constituye un fenómeno irreversible<sup>19</sup>, el concepto de soberanía no existe más como un concepto absoluto, por lo contrario el término implica relatividad. Es menester por tanto avocarnos al punto.

### 1. Relativización del principio de soberanía

El desarrollo tecnológico ha ocasionado la eliminación o en su caso disminución de las distancias, lo que ha dinamizado el comercio internacional y el flujo de capitales.<sup>20</sup> El Derecho Constitucional ha cedido posiciones ante el Derecho Internacional por efecto de distintos tratados que crean órganos supranacionales, por los Tratados Bilaterales de Protección de la Inversión y por la liberalización del comercio internacional mediante la Organización Mundial del Comercio (en adelante OMC) que ya no se circunscribe a aspectos arancelarios sobre mercancías sino que también emite acuerdos relativos a servicios y hasta al campo de las contrataciones públicas. El Derecho Constitucional ha sufrido transformaciones también frente al Derecho de la Integración, sea este bilateral, multilateral o regional, con sus distintos grados de intensidad (puede hablarse, entonces, de pérdida de soberanía por efecto de la suscripción de un Tratado de Libre Comercio? ¿acaso la soberanía no se ha relativizado en la Unión Europea y, en menor grado, en el Mercado Común del Sur (en adelante MERCOSUR), en la Comunidad Andina de Naciones (en adelante CAN) y también por los distintos Tratados de Libre Comercio que existen en el mundo? ¿acaso la soberanía no se ha relativizado con los Tratados Bilaterales de Protección de la Inversión suscritos con Alemania, Argentina, Austria, Bolivia, Colombia, Chile, Cuba, Dinamarca, Ecuador, España, Malasia, Noruega, Países Bajos, Paraguay, Portugal,

De el suero el Congreso Nacional, con las medidas que adoptó sero la política legislativa y las bases para instaurar un nuevo régimen monetario y cambiario, abandonando el sistema de convertibilidad que había establecido la ley 23.928, y recurrió a la delegación legislativa para abrir paso a lo que sería un brusco cambio de los cimientos legales del sistema económico vigente hasta ese momento.

En esta oportunidad, la emergencia incorporó también a los contratos públicos de concesión de obras y servicios públicos celebrados como consecuencia de la privatización, disponiendo el cese de la utilización del dólar estadounidense para la fijación de las tarifas de los servicios públicos de jurisdicción nacional, la prohibición de emplear mecanismos de ajuste tarifario y la delegación en el Poder Ejecutivo para la renegociación de los contratos, con la carga para los prestatarios de mantener la continuidad del servicio.

Así, los artículos 8, 9 y 10 de la Ley 25.561 proporcionaron al Poder Ejecutivo Nacional la habilitación legal para renegociar los contratos de obras y de servicios públicos, sometidos a la jurisdicción federal, celebrados por la administración pública nacional con sujeción a las normas del derecho público, sometidos a la jurisdicción federal, celebrados por la administración pública nacional a favor del Estado, se armonizan con la garantía compensadora de la renegociación que favorece al concesionario (artículo 9) y con el principio de irrenunciabilidad del servicio público, a favor del usuario-consumidor, que establece el artículo 10. Esto es la fórmula de sustentabilidad ocasional de los contratos públicos durante la emergencia pública.

DROMI, Roberto; CANOSA, Armando; MERTEHIKIAN, Eduardo *Renegociación de Contratos Públicos en Emergencia*, Buenos Aires - Madrid, Ciudad Argentina, 2003, p. 31.

BIELSA, Rafael; LAWAGNA, Roberto; ROSATTI, Horacio, *Op. Cit.*, p. 145.

<sup>19</sup> Sobre lo irreversible de la globalización, Rando indica que ello es un fatalismo, que una cosa es que la globalización se encuentre bien enmarcada y que se dilata desarticulada y otra que sea irreversible. Por otro lado, Dromi, en su obra "El Derecho Público en la Hipermodernidad", refiere que la Hipermodernidad surge como una nueva modernidad, potenciada y superadora y que procura renovar los derechos del hombre, marcar límites y exigencias en la búsqueda de certezas, que desea compartir la soberanía resistiendo el poder del Estado en la regulación y en el control, solidificar la economía, entre otros. Pues bien, desde otro punto de vista, lo irreversible está dado en cuanto a que cualquier cambio no será inmediato. La globalización económica está presente y en la posición del Perú como país importador de capital, de la fractura actual de una integración sudamericana como bloque regional abierto y de la posibilidad de potenciar exportaciones y recibir inversiones mediante un Tratado con la principal potencia del mundo con los beneficios que ello conlleva, no cabe un análisis de mediano o largo plazo. Véase: RANDLE, Pericó, *Soberanía global. Abandó líno el mandamato*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1995, p. 141; DROMI, Roberto, *El Derecho Público en la Hipermodernidad*, Editorial Hispania Libros, Madrid, México, 2005, p. 21.

<sup>20</sup> La globalización puede definirse como "la interconexión de los mercados productivos financieros y de consumo y la interconexión empresarial, sostenida por el avance de las telecomunicaciones. El big bang de su evolución ha dependido básicamente de los dos sistemas ómnibus de las sociedades contemporáneas. Los redes de comunicación e información y los mercados financieros". GLZMAN CARRQUIRY, *Una Aputura por América Latina*, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 2005, p. 27.

Reino Unido, República Checa, República de Corea, República Popular de China, Rumania, Suecia, Suiza, Singapur, Tailandia y Venezuela y cuyos efectos, según el caso, se han multilateralizado por efecto de la cláusula de trato de la nación más favorecida? ¿es razonable oponerse al TLC con Estados Unidos alegando la pérdida de soberanía porque se encuentran restringidas algunas potestades del Estado respecto de las inversiones norteamericanas, como si esto fuese una novedad, un sistema ajeno al Perú? Quien piense así o desconoce el sistema imperante global del tratamiento de inversiones respecto de países exportadores de capital y países en vías de desarrollo o, conociéndolo, se opone, por cuestiones de presencia o figuración política por seguir ideologías estatistas y aislacionistas que rechazan el crecimiento o desarrollo dentro del esquema internacional imperante. La soberanía en su concepción pura, como indica Soros, es un concepto anacrónico, válido como punto de partida pero no como dogma.<sup>20</sup>

Los Tratados Internacionales se originan mediante la negociación y cada quien negocia de acuerdo a sus intereses y posición, a la exhibición de sus fortalezas y al estudio de las debilidades de su contraparte. Los países que tienen como lastre índices altos de corrupción y de debilidad institucional por adolecer de un poder judicial ineficiente y carente de independencia, un poder ejecutivo y legislativo propensos al populismo, una alarmante inseguridad, violencia social, educación pésima, infraestructura deficitaria, carencia de capitales, un mercado pequeño y antecedentes de vulneración de la propiedad privada, ¿están acaso en capacidad de exigir soberanía en el trato a los inversionistas extranjeros en cuanto a conservar —si alguna vez lo tuvieron— la potestad soberana de modificación de los términos del contrato (*ius variandi* en la extinta tesis dualista del contrato administrativo)<sup>21</sup> o, de modificar indirectamente los términos del mismo en base a su potestad legislativa o reglamentaria?

## 2. Competitividad del Perú

Se ha tomado como base principal de esta numeral los estudios realizados por el Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico (en adelante CIUP)<sup>22</sup> y por el Instituto Peruano de Economía. Por una cuestión metodológica se han fusionado varios puntos y se han agregado algunos más.

### 2.1 Barreras para la competitividad

Así las cosas, dentro de las principales barreras para la competitividad, que es importante conocer para establecer un diagnóstico situacional del país dentro de la economía mundial y su posición de negociación, tenemos las siguientes:

#### a) Inseguridad jurídica

La inestabilidad de políticas es una constante en Latinoamérica. De la aplicación de las recetas prescritas por el Consenso de Washington y, ante su fracaso por ser o por deficiente aplicación, se ha pasado a un escenario en donde el retorno a ideologías de izquierda de los setenta se han concretado o estuvieron a punto de concretarse y se mantienen en estado de latencia, salvo Chile y quizás también Colombia, no se percibe una orientación firme hacia políticas tendentes a una economía competitiva y globalizada.<sup>23</sup>

<sup>20</sup> SOROS, George, *Globalización*, Editorial Planeta, Madrid, 2002, p. 20.

<sup>21</sup> Sobre este punto se ha escrito bastante. Cabe indicar solamente que en el Perú nunca ha existido un contrato administrativo en la idea de contraposición con un contrato privado de la administración y en donde en el primero el Estado goce de potestades "inherentes a su naturaleza" tales como modificar unilateralmente el contrato (*ius variandi*), incorporarlo unilateralmente siendo la decisión ejecutiva y ejecutoria, etc.; y en el segundo, el Estado actúa como un particular despojado de los imperium.

<sup>22</sup> [www.cim.org.pe/ileadociba/competitividad.pdf](http://www.cim.org.pe/ileadociba/competitividad.pdf)

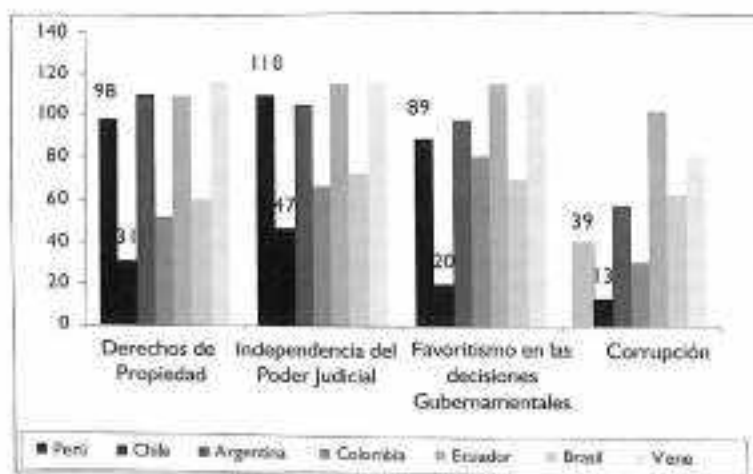
<sup>23</sup> Sociedad Aysar, *Canciller chilena*, indicó en 2003, el día en que Chile firmó su acuerdo de libre comercio con Estados Unidos: "No se podría recomendar, en cada gobierno, la siguiente estrategia del país: Nosotras hemos establecido objetivos estratégicos

Además de lo indicado, la inseguridad jurídica contiene varias aristas; la referida primero a los derechos de propiedad, la cuestionada independencia del Poder Judicial, la corrupción estatal, la percepción de favoritismo en las decisiones gubernamentales, la deficiencia en la función legislativa y en la labor del cumplimiento de la ley por parte del Ejecutivo.

De acuerdo al latino barómetro 2005, el Perú es el país menos confiable de América Latina<sup>25</sup>, estando tercero, después de Ecuador y México, en la percepción de corrupción de funcionarios. Transparencia Internacional ubica al Perú en el puesto 65 de 158 países en el índice de percepción de la corrupción. El Banco Mundial, por su parte, señala que el Perú se ubica en el puesto 10 dentro de los indicadores de cumplimiento de la ley, con un subíndice de aprobación debajo de la media. En cuanto a la independencia del Poder Judicial, tenemos uno de los índices más bajos de la región. Respecto a la propiedad, el Perú se encuentra en el puesto 98, muy lejos de Chile (31), Colombia (51) y Brasil (60). Finalmente, la efectividad del Congreso es muy baja; se ubica en el puesto 115 de 117 países y el Poder Ejecutivo se muestra como débil y sin autoridad, siendo superado solo en la región por Ecuador y Paraguay.

#### BARRERAS INSTITUCIONALES

Fuente: WEF 2005 - 2006

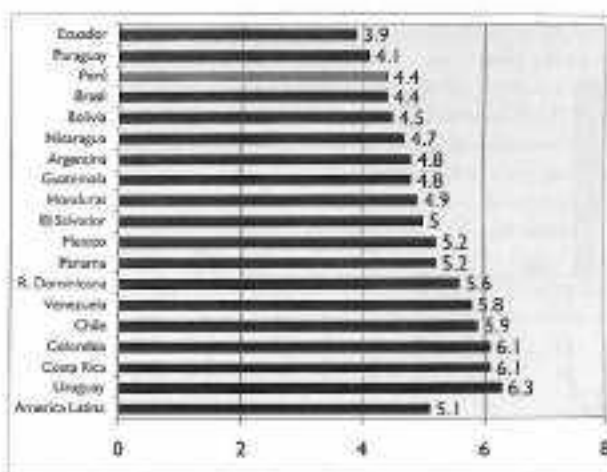


Creado por I CUP "Competitividad e Integración en la economía mundial"

claves para el país, sostenidos en el tiempo. Hay un consenso en la sociedad respecto de la necesidad de tomar palancas económicas serias, responsabilidad fiscal, y no se ponen en duda los pilares de una política económica de apertura" OPPENHEIMER, Andrés, Coarite Gómez, Editorial Sudamericana, Séptima edición, Buenos Aires, 2006, p. 33

<sup>25</sup> Estudio elaborado por el CUP. Las percepciones debían haber variado con los acontecimientos electorales en Bolivia y con la aprobación del Congreso Pleno del Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos.

## Logro de cumplimiento de las leyes



1) En la escala de 1 a 10 donde 1 es "El Estado no logra que se cumpla ninguna ley" y 10 es "El Estado logra que se cumplan todas las leyes"

Fuente: Latino Barómetro 2005.

Citado por el CIUP "Competitividad e Integración con la Economía Mundial"

## b) Infraestructura y costos logísticos

El Instituto Peruano de Economía (IPE) ha determinado que existe un déficit en infraestructura de 22 mil millones de dólares. El Perú alcanza un nivel de 2.1 en una escala del 1 al 7 en cuanto a calidad de infraestructura y facilidades portuarias; Chile ocupa el primer lugar con 4.9 puntos. El 12.9% de las vías se encuentran asfaltadas. Los costos logísticos son altos ascendiendo el total de sobrecostos por una ineficiente infraestructura a 1,425 millones de dólares anuales.

## Perú: necesidades de inversión en infraestructura

Sector	Unidad	Perú/2004	Total 2004
Transporte	US\$	2,001	7,004
Air/Via	US\$	4,771	6,424
Marino	US\$	229	381
Aeropuertos	US\$	90	143
Parque de	US\$	17	23
Carreteras	US\$	2,158	4,879
Agua potable	US\$	1,402	2,231
Saneamiento	US\$	643	1,700
Saneamiento de aguas servidas	US\$	176	406
Educación	US\$	4,418	5,211
Aplicación de tecnologías	US\$	1,109	1,316
Infraestructura de comunicaciones	US\$	208	238
Aplicación de tecnologías	US\$	3,975	5,072
Salud nacional	US\$	208	408
Teléfono celular	US\$	1,886	2,003
Teléfono fijo	US\$	189	1,287
Teléfono móvil	US\$	1,297	2,410
TOTAL	US\$	16,700	22,800

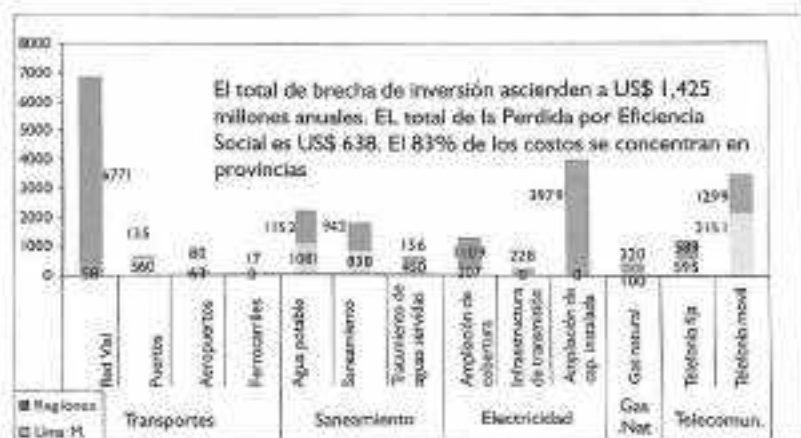
Fuente: IPE.

La brecha de inversión en infraestructura de servicios públicos en el Perú es de US \$ 22,879 millones equivalente al 33% del PBI del 2004

PERU - COMPETITIVIDAD

LA INFRAESTRUCTURA QUE NECESITA EL PERÚ

Brecha de inversión en infraestructura en Lima y regiones: 2005 (millones US \$)



Fuente: La infraestructura que el Perú necesita. IPE 2005.

Citado por (CIUP) "Competitividad e Integración con la Economía Mundial"

c) **Desarrollo tecnológico y cuadros técnicos**

Para nadie es un secreto que, salvo contadas excepciones, las universidades del Perú no se dedican a la investigación y carecen de calidad. Por tanto, los profesionales debidamente preparados por tanto, son una élite. En el plano técnico no hay mucho que decir; la gran mayoría opta por una carrera universitaria, siendo escasos, igualmente, cuadros debidamente preparados.

El Perú destina el 0.1% de su PBI en Investigación y Desarrollo según CONCYTEC. El estudio de la Universidad del Pacífico revela que, en términos per cápita, el Perú invierte 2.19 dólares contra la inversión promedio en América Latina de 24.96 dólares, ocupando en el mundo el puesto 111 en la inversión en ciencia y tecnología.

Estamos dentro de los países que desde hace 100 años producen y exportan casi lo mismo: materias primas y productos de baja tecnología.<sup>21</sup> Los productos primarios representan el 78% de las exportaciones.<sup>22</sup> En conclusión, no existen avances tecnológicos ni cuadros preparados.

d) **Exclusión social**

El resultado de políticas económicas responsables no llega a todos. Existen sectores de población a los cuales no les interesa el desarrollo tecnológico, la carencia de infraestructuras, la necesidad de capitales o la competitividad, sino satisfacer necesidades primarias día a día.

<sup>21</sup> DE RIVERO, Oswaldo, Perú, supervivencia e inestabilidad en el siglo XXI, En: [www.demot.org.pe/publicaciones/gb/oh150/gb15000000](http://www.demot.org.pe/publicaciones/gb/oh150/gb15000000). El autor cita a Surza como ejemplo de cómo la riqueza no se encuentra asociada con los recursos naturales. Dicho país, sin ningún recurso natural pero con una sociedad con cultura científica, exporta más valor que todo el MERCOSUR. No existen recursos naturales pero sí último grado de precisión de sus manufacturas, innovación en su industria química farmacéutica, eficiencia en los servicios financieros, de ingeniería, consultoría, turismo, etc.

<sup>22</sup> "Si se va a incorporar valor agregado al producto cosechado y se vende, por ejemplo, el mineral concentrado o el petróleo crudo, el valor se va a generar allí donde se refine y no en el país exportador de la materia prima. Los productores de materia prima se han convertido en ineficientes; regiones enteras son ahora ineficientes". UGARTECHE, Oscar Adolfo Estrella, Bernardino Mercado, Friedrich Ebert Stiftung, Fondo Editorial UNMSM, Lima, 2004, p.95.

La pobreza y la extrema pobreza en el Perú, de acuerdo a los índices presentados 2001 – 2006, se han reducido. Sin embargo, la realidad aplastante en conjunto es de exclusión económica social y, al parecer, no se vislumbran cambios significativos de no haber directrices específicas en reforma del Estado, descentralización y programas sociales. Alrededor del 52% de los peruanos, esto es, unos 14 millones, son pobres y viven con dos dólares diarios; otro 14%, unos 4 millones doscientos mil, viven con un dólar al día. Si contemplamos que dichas cifras conllevan escasa o nula presencia del Estado en muchas zonas andinas, altos índices de analfabetismo o instrucción precaria, resentimiento, concepciones reivindicativas indígenas que desafían el sistema económico, la globalización del capital<sup>17</sup> y la manipulación política de todo lo anterior, el panorama es desalentador. Desalentador en dos sentidos, como país y como punto de atracción de inversiones. Invertir en un país convulsionado socialmente, no resulta atractivo. Es imperativo que el crecimiento llegue a zonas y sectores sociales que no conocen los beneficios de una política macroeconómica seria. Caben los ajustes, no la supresión del modelo.

## VI. A MODO DE CONCLUSIÓN

Si bien es cierto que el sistema no es perfecto y la globalización del capital trae consigo elementos negativos, el sistema está. No insertarse en el mismo es aislarse y estancarse, es condenar a todo el país a una exclusión social a escala global. Tenemos un déficit de 22 mil millones de dólares en infraestructura y el 95% del presupuesto público se utiliza en cubrir gastos corrientes (mayoritariamente planilla pública, pensiones y pago de deuda), presupuesto que requiere el Estado no para ser eficiente en sus cometidos públicos, sino para mantenerse tal como se encuentra a la fecha, con una educación pobre, con un sistema de justicia lento, con los sistemas de salud y seguridad en el estado conocido. El resto del presupuesto es insuficiente para cubrir la infraestructura pública requerida para comenzar a ser competitivos: red de carreteras, puertos, aeropuertos, infraestructura de telecomunicaciones, energía, etc.

A nivel local no puede afrontarse las demandas tecnológicas, de experiencia y de capital necesario para afrontar el déficit de infraestructura. Hay que tener en cuenta además que no solo existen cometidos públicos insatisfechos por el Estado en perjuicio de la población, que ya es bastante, ese mismo perjuicio en salud, educación, orden, seguridad<sup>18</sup> y vivienda, esa postergación o exclusión social dramática, constituye también perjuicio en condiciones de inversión.

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

Si la globalización del capital tiene efectos nocivos, no es saludable por ello oponerse a la misma y aislarse, lo razonable es saber paulatinamente posicionarse, integrarse regionalmente con quienes se encuentran inmersos en el sistema a fin de crear mercados (una Comunidad Andina con Chile como país asociado, posteriormente como socio pleno y con perspectivas de entendimientos

<sup>17</sup> Sorolite Ffse Parzi, Ministro de Educación de Bolivia: "¿Qué tipo de sociedad queremos? ¿precapitalista o corrupta? Esa es la decisión que enfrentamos. Una cosa que la nueva Bolivia no necesitará es la competitividad. ¡Competitividad, me pregunto por qué! ¿Por qué estudiar negocios en un país sin negocios?". Véase: De Cordova y Lubrow David, *El Estado, el nuevo gobierno sigue la tradición indígena de estar se estar*. En *El Comercio, Street Journal Americas*, p. 65, 6 de julio de 2006.

<sup>18</sup> Este elemento no debe subestimarse. No exago entre nosotros el principio de autoridad por lo que continúen desórdenes que constituyen actos delictivos que quedan impunes. Es preferible afrontar los probables costos iniciales de una policía con autoridad que un cuerpo pasivo que consumamos es humillado por el cacer de prerrogativas legales en el ejercicio de su primordial función.



de libre comercio con Centroamérica y México, formando un cinturón en el pacífico con Estados Unidos, una relación sólida con el Brasil mirando el continente asiático).

Los inversionistas no están ansiosos de invertir en Latinoamérica. No debe omitirse el hecho de que la inversión extranjera directa se constituye en herramienta de desarrollo para Latinoamérica, solo por excepción. La Comunidad Europea, Estados Unidos y Japón son los receptores de la misma en un 71%, registrando esta triada un flujo de salida del 82% de las inversiones. Es decir, la regla general es que la inversión extranjera directa es una herramienta de desarrollo para los desarrollados.<sup>29</sup>

Los capitalistas vendrán sin duda donde puedan hacer negocios, debemos ejercitar lo que se ha convenido en denominar "el poder blando o soft power, aclarando que ese poder se origina en la atracción que un país (o actor social) es capaz de ejercer desde su cultura, sus ideas y sus políticas...el mismo que consiste en la habilidad de obtener lo que se desea a través de la atracción en lugar de la coerción o de los pagos, aclarando que ese poder tener utilidad, ese es su interés, el nuestro es el crecimiento en puestos de trabajo, en capacidad contributiva, en infraestructura, en desarrollo".<sup>30</sup>

Oponerse al Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos por el hecho de que el Estado pierde soberanía equivale a pensar en la soberanía de forma tradicional, desfasadamente asociada a la idea de un poder limitado exclusivo y excluyente. Los ordenamientos jurídicos nacionales deben adaptar sus instituciones de acuerdo al Derecho Internacional y al de Integración. La aldea local no puede quedar aislada, tampoco suprimida, debe convivir con otras y estar inmersa en la aldea global. En una negociación no puede ganarse todo, por lo que el análisis debe ser de conjunto. El sistema no es perfecto, restringe potestades y prerrogativas públicas y, el Derecho Internacional de las inversiones tiende a la protección de estas y de los inversionistas, porque para eso fue diseñado, pero mucho peor es encontrarse fuera del sistema.

---

<sup>29</sup> Datos del año 2002. Véase RUNDMÖLLER CAMINITI, Franz, ICSID, Beña Dumiente. Desafiando ante la globalización y el fidejazo crecientemente de los controversios en relación de inversión extranjera. En: *Revista Iberoamericana de Arbitraje y Mediación*. <http://www.servflm.com/central/rae/colaboracion/inversion.htm>.

<sup>30</sup> NYE J., Joseph S., *Soft Power*, Nueva York, Public Affair, 2004, p. x, citado por DROMI, Roberto, *El Derecho Público en la Modernidad*, Editorial Hiperión Libros, Madrid - México, 2005, p. 47.