

LA EXPROPIACIÓN INDIRECTA Y CONSTRUCTIVA Y LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN DE INFRAESTRUCTURA Y DE SERVICIOS PÚBLICOS

MARIO LINARES JARA^(*)

Sumario: 1. Introducción. 2. Las inversiones extranjeras. La doctrina Drago y Calvo, la actual globalización del capital y el sistema internacional de protección de las inversiones extranjeras. 3. Identidad entre contrato público de concesión de infraestructura o de servicio público e inversión. 4. Expropiación directa e indirecta. Derecho Internacional y Derecho Administrativo. 5. Criterios establecidos en torno a la expropiación indirecta y a medidas equivalentes a expropiación en los arbitrajes internacionales. 6. La expropiación indirecta constructiva. 7. A modo de conclusión.

(*) Abogado por la Universidad de Lima. Magíster en Derecho y Economía de los Servicios Públicos por las Universidades Carlos III de Madrid y Paris X Nanterre en Convenio con la Escuela de Postgrado Ciudad Argentina con sede en Buenos Aires. Estudios de Postgrado en Derecho Administrativo en la Universidad de Salamanca. Profesor de Derecho Administrativo y Contratación Pública en la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima. Profesor de Contratación Pública e Integración Económica en el Programa de Posgrado «Gestión Estratégica de las Adquisiciones Públicas», en la misma universidad. Ha sido profesor visitante en las maestrías de Derecho y Economía de los Servicios Públicos y de Derecho de la Integración en la Escuela de Posgrado Ciudad Argentina-EPOCA, en Buenos Aires. Profesor del XXI Curso de Posgrado en Derecho Administrativo de la Universidad de Salamanca en el presente año. Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Administrativo, Miembro fundador de la Asociación de Estudios en Derecho Administrativo-AEDA y Codirector de la Revista Peruana de Derecho Administrativo Económico. Socio de Linares Consultores S.A.C.

1. INTRODUCCIÓN

Debe decirse desde un inicio que la expropiación indirecta no se enmarca dentro de la idea de potestad del Estado respecto del derecho de propiedad en función a la prevalencia del interés público sobre los intereses de los particulares sino que más bien pertenece al Derecho Internacional o si se quiere al Sistema Internacional de Protección de las Inversiones Extranjeras, inversiones que muchas veces se concretan en contratos de concesión de servicios públicos o de infraestructuras de servicios públicos, siendo esto último justamente el punto de relación con el Derecho Administrativo.

A fin de poder enunciar en forma gruesa las implicancias de la expropiación indirecta, debe abordarse primero y también a grosso modo, que la misma se identifica con los riesgos no comerciales que asumen los inversionistas extranjeros respecto del Estado receptor de la inversión y que se equiparan a una expropiación ilegítima o sin compensación tras el ejercicio de potestades legislativas, reglamentarias o decisiones administrativas. Así pues, la revocación sin fundamento de una licencia necesaria para ejecutar un contrato de concesión, o la revocación o rescate de la misma concesión por efecto de una «nacionalización», puede tomarse como un acto expropiatorio pues incide en la inversión efectuada, esto, claro está, en el marco del respectivo Tratado de Protección de Inversiones o el Tratado de Libre Comercio que hayan suscrito el Estado receptor de la Inversión con el Estado del inversionista.

La expropiación indirecta como puede inferirse puede colisionar con institutos como el de la potestad legislativa o reglamentaria e incluso el de la propia soberanía pues este tipo de expropiación se deduce ante tribunales arbitrales internacionales, generalmente con las reglas del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones - CIADI. Es menester por tanto abordar el tema con algunas explicaciones previas.

2. LAS INVERSIONES EXTRANJERAS. LA DOCTRINA DRAGO Y CALVO, LA ACTUAL GLOBALIZACIÓN DEL CAPITAL Y EL SISTEMA INTERNACIONAL DE PROTECCIÓN DE LAS INVERSIONES EXTRANJERAS

En 1822, una empresa privada británica en cumplimiento del contrato suscrito con la recién formada Gran Colombia envía a dicho país suministros para barcos, armas y uniformes para 10,000 hombres por un

importe de 186,000 libras, siendo sin embargo la mercadería rechazada por considerar los funcionarios de turno que el precio era excesivo. En 1857, luego de negociaciones infructuosas y a mérito de ser solicitado por la empresa, en 1857 cinco navíos de guerra británicos bloquean Cartagena amenazando bombardear la ciudad si el Estado colombiano no honraba su deuda.

La orden del bombardeo nunca fue emitida, no por negociaciones sino por una epidemia que afectó a los marineros quienes fueron atendidos por la población que iba a ser agredida, suerte que no tuvo el puerto venezolano de Maracaibo que si fue bombardeado en diciembre de 1902 por una escuadra multinacional formada por navíos británicos, alemanes e italianos, buscando con ello el pago de deudas contraídas por el gobierno venezolano con empresarios nacionales de las armadas atacantes.⁽¹⁾

Los episodios enunciados constituyen ejemplos de lo que se conoció como la diplomacia de la fuerza, concepto que fue rechazado por los diplomáticos argentinos Drago y Calvo, el primero mediante un nota de protesta y el segundo mediante su obra «Derecho Internacional Teórico y Práctico», obra que alcanzó aceptación general en Latinoamérica y que alcanzó nivel de doctrina y que se sintetiza en que las controversias de nacionales de Estados extranjeros con los países receptores de inversión, debieran solucionarse utilizando los sistemas judiciales de estos últimos, no pudiendo los extranjeros recurrir a la protección de sus Estados.

La doctrina se convirtió luego en cláusula tipo en los contratos entre los Estados latinoamericanos y los inversionistas extranjeros, conociéndose como cláusula Calvo, manteniéndose vigente hasta más o menos los años 90 del siglo XX, en donde virtud al Consenso de Washington y a las reformas liberales ejecutadas, comenzaron a suscribirse entre los países exportadores e importadores de capital e incluso entre estos últimos, Tratados Bilaterales de Protección de Inversiones – TBIs, en donde entre otras medidas de fomento de las inversiones, se otorga a los inversionistas extranjeros la facultad de recurrir en caso se afecte la inversión con medidas expropiatorias sin compensación o expropiatorias indirectamente (no por simples incumplimientos contractuales), a tribunales arbitrales interna-

(1) BLACKABI, Nigel, «El arbitraje según los tratados de Inversión y los capítulos de inversión en los tratados de libre comercio», en *El contrato de arbitraje*, Universidad del Rosario, Legis, 2005, Bogotá, 2005, p. 285; ZULETA JARAMILLO, Eduardo, «¿El regreso a las cañoneras y Calvo?: Hacia donde va el arbitraje entre inversionistas y Estados», en *Revista Internacional de Arbitraje*, Bogotá, 2005, p. 155.

cionales, arbitrajes que generalmente deberán ser solicitados ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones – CIADI, instancia creada en 1965 vía el Convenio de Washington.

En los últimos 20 años, en el ámbito global es clara la prevalencia del sistema económico liberal, sistema en donde el capital fluye a los países del primer mundo en primer lugar, recalando el 70% de las inversiones extranjeras en los Estados Unidos, la Unión europea y Japón. El saldo, se distribuye primero en países de grandes mercados, como la India y China, luego y estando antes Brasil, México y Chile, se encuentra nuestro país en conjunto con el resto de Latinoamérica y el Caribe.

Debe indicarse que en la actualidad, los Tratados de Libre Comercio no solo contienen un régimen de liberalización arancelaria sino que además de ello poseen un Capítulo denominado de Inversión, que viene a ser en la praxis un Tratado de Protección de Inversiones incorporado. Este hecho, aunado a la utilización cada vez más recurrente del Arbitraje Internacional en materia de Inversiones Extranjeras ha significado que los laudos en materia de arbitraje sobre inversiones extranjeras sean precedentes importantes a considerarse, pues estos vienen a constituir reglas elaboradas en base a los estándares de los tratados.

3. IDENTIDAD ENTRE CONTRATO PÚBLICO DE CONCESIÓN DE INFRAESTRUCTURA O DE SERVICIO PÚBLICO E INVERSIÓN

Para muestra de la identidad entre contratos públicos e inversión, basta el artículo 10.28 del Tratado de Libre Comercio entre Perú y los Estados Unidos.

«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 el tratado indica:

«Inversión significa todo activo de propiedad de un inversionista o controlado por el mismo, directa o indirectamente, que tenga las características de una inversión, incluyendo características tales como el compromiso de capitales u otros recursos, la expectativa de obtener ganancias o utilidades, o la asunción 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 llave en mano, de construcción, de gestión, de producción, de concesión, de participación en los ingresos y otros contratos similares;
- f) derechos de propiedad intelectual;
- g) licencias, autorizaciones y permisos y derechos similares otorgados de conformidad con la legislación interna; y
- h) otros derechos de propiedad tangibles o intangibles, muebles o inmuebles y los derechos relacionados con la propiedad, tales como arrendamientos, hipotecas, gravámenes y garantías en prenda;»

Entre la lista de conceptos que implican el término «inversión» que pueden hallarse en los Tratados de Protección de Inversiones destacan todo «tipo de activo», o «todo elemento del activo», o «todo tipo de bienes», o «todo aporte o bien», «invertido en cualquier sector de la actividad económica (...) de la parte en cuyo territorio ha sido efectuada» o «invertido en el territorio de una de las Partes»⁽²⁾.

⁽²⁾ Ymaz Videla hace referencia a los tratados suscritos con Alemania, Bélgica, Luxemburgo, Chile, España e Italia (YMAZ VIDELA, Esteban M., *Protección de inversiones extranjeras. Tratados bilaterales*, La Ley, Buenos Aires, 1999, p. 18).

A pesar de lo extenso de las fórmulas, existe cierto consenso en la delimitación de lo que es una «inversión». Así pues, esta no puede consistir en transacciones ocasionales o créditos a corto plazo. La inversión debe poseer por lo menos una cierta duración, cierta regularidad de beneficio y rendimiento, un elemento de riesgo para ambas partes, compromiso o aportación sustanciales y debe ser importante para el desarrollo del Estado receptor.⁽³⁾

Ahora bien, dentro de un contrato público como el de concesión, en cualesquiera de sus variantes, se encuentran evidentemente dichos conceptos, estando por tanto protegidas las inversiones extranjeras en infraestructura pública o en servicios públicos, quedando limitada la actuación estatal que incida directamente sobre la propiedad e incluso expectativas de ganancias legítimas de los inversionistas.

4. EXPROPIACIÓN DIRECTA E INDIRECTA. DERECHO INTERNACIONAL Y DERECHO ADMINISTRATIVO

Tanto los Tratados de Protección de Inversiones como los Capítulos de Inversión de los Tratados de Libre Comercio no se oponen al ejercicio legítimo de la potestad expropiatoria sino que buscan que la misma sea ejercida respetando condiciones básicas, entre ellas; que la medida se adopte por interés público o un concepto equivalente y con un debido procedimiento, que la medida no sea discriminatoria y que la medida sea acompañada de una indemnización, pronta, justa y oportuna.

Ahora bien, las expropiaciones no deben necesariamente llevar el rótulo puesto para ser tales, existen medidas que denominan expropiación indirecta y las que equivalen a una expropiación. Ante las mismas, los tratados en cuestión, exigen el mismo trato que para la expropiación a secas, así pues, el artículo VII del Tratado de Protección de Inversiones suscrito entre Perú y el Reino de España refiere:

«La nacionalización, expropiación, o cualquier otra medida de características o efectos similares que pueda ser adoptada por las autoridades de una parte contratante contra las inversiones de la otra parte contratante en su territorio, deberá aplicarse exclusivamente por razones de necesidad o utilidad pública se conforme a las disposiciones legales y en ningún caso será discriminatoria. La

⁽³⁾ CREMADES, Bernardo M. y CAIRNS, David, «La seguridad jurídica de las inversiones extranjeras: la protección contractual y de los tratados», en *Derecho del comercio internacional. Temas y actualidades. Arbitraje*, Zavalía, Buenos Aires, 2004, p. 244.

parte contratante que adoptara estas medidas pagara al inversor o a su derechohabiente, sin demora injustificada, una indemnización adecuada, en moneda convertible y libremente transferible.

La expropiación indirecta en buena cuenta está dada por «(...) medidas que si bien formalmente no son expropiaciones, nacionalizaciones o incumplimientos contractuales graves, tienen el mismo efecto de desposesión sobre el inversor»⁽⁴⁾.

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 suscrito entre el Perú e Italia indica:

«Las inversiones a las que se refiere este convenio no estarán sujetas a ninguna medida que pueda limitar el derecho de propiedad, posesión, control o goce de las inversiones, temporal o permanentemente, salvo donde esté específicamente estipulado por las actuales legislaciones locales o nacionales, reglamentos y órdenes emitidos por las autoridades competentes.

Las inversiones de inversionistas de una de las partes contratantes no se serán «de jure» o «de facto», directa o indirectamente, nacionalizadas, expropiadas o sujetas a cualquier medida que tenga un efecto equivalente en el territorio de la otra parte contratante, excepto por necesidad pública o interés nacional y a cambio de una compensación completamente efectiva e inmediata, y bajo la condición de que estas medidas se tomen de acuerdo a una base no discriminatoria y de conformidad con todas las disposiciones y procedimientos legales».

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

«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 medi-

(4) YMAZ VIDELA, *Protección de inversiones extranjeras. Tratados bilaterales*, cit., p. 48.

das 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 (TLCAN), 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. [las 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»*

Pasada revista a los instrumentos indicados, es notorio que no estamos ante reglas propias de nuestro sistema sino ante «estándares» del derecho consuetudinario, estándares que dejan un margen de apreciación al juzgador y que no se ciñen a formulas predeterminadas o supuestos de hecho específicos que pueden ser útiles en muchos casos para evitar controversias y procesos pero que pueden dejar sin solución muchos otros.

Ahora bien, el estándar de «medidas equivalentes a una expropiación» encuentra una aproximación Derecho Administrativo en la llamada discrecionalidad técnica o conceptos jurídicos indeterminados, en donde y como ha sostenido desde hace mucho García de Enterría, se llega a determinar el concepto en cada caso concreto estableciendo zonas de certeza tanto negativa como positiva y utilizando en la zona gris o de incertidumbre, las técnicas de control de la discrecionalidad, esto es en función a lo razonable, lo proporcional y lo adecuado a un fin específico.

Al hilo de lo expuesto, por ejemplo, un acto reglamentario o administrativo de un Ministerio por el cual este determine que virtud a una emergencia, el concesionario deberá soportar cargas adicionales a las establecidas en el contrato sin que se incremente la tarifa o peaje pactado o este reciba alguna compensación; los árbitros designados o en todo caso, el propio Estado, ante el requerimiento del trato directo previo al arbitraje

internacional correspondiente, deberán evaluar si existe certeza en el sentido de que el acto en sus efectos equivale a una expropiación. Es decir, establecerán si se encuentran dentro del estándar, si la carga se ubica dentro de la zona de certeza negativa o positiva y en caso de duda atender a si razonablemente y de acuerdo al fin del estándar - que no es otro el de no privar del derecho de propiedad al inversor - el acto o la medida ejecutada debe tenerse por expropiatoria.

Como es de verse, los estándares devienen en reglas vía los laudos internacionales. Estas reglas no pueden tomarse como atentatorias de los poderes inherentes a los Estados soberanos en resguardo del interés público en la medida que los estándares se encuentren contenidos en un tratado internacional. Ante argumentos relativos a la inconveniencia del sistema o de los estándares, debe recordarse nuestra posición en el mercado mundial de las inversiones extranjeras y nuestra necesidad de capitales a fin de suplir el déficit en infraestructura necesaria para el desarrollo. Las principales economías en vías de desarrollo se encuentran dentro del sistema de protección de inversiones, queda entonces desenvolverse dentro del mismo con la debida diligencia y con reglas claras al momento de la suscripción de los contratos respectivos.

5. CRITERIOS ESTABLECIDOS EN TORNO A LA EXPROPIACIÓN INDIRECTA Y A MEDIDAS EQUIVALENTES A EXPROPIACIÓN EN LOS ARBITRAJES INTERNACIONALES

Bajo el orden de ideas expuestas, debe verse algunas de las interpretaciones que sobre este extremo han formulado los tribunales arbitrales, adelantando que 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 inversor.

Observamos por ejemplo el caso Metalclad Corporation v. los Estados Unidos Mexicanos, donde el Tribunal Arbitral entendió que la expropiación en el TLCAN incluye no sólo 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 esperaría de la propiedad».

«(...) en parte, por la percepción adversa del Municipio hacia los efectos ambientales del confinamiento de residuos peligrosos y la conveniencia geológica del lugar para el confinamiento. Con lo anterior, el Municipio actuó fuera de su autoridad. Como se indicó anteriormente, 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 subsecuentes 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. vs. 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».

Continúa el análisis del Tribunal Arbitral que conoció la citada controversia:

«(...) 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 a raíz de actuación atribuible a la demandada, los bienes en cuestión han perdido valor o utilidad para quién se beneficia de los mismos, y en qué medida.

Finalmente, queremos incidir 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»

Adicionalmente debe considerarse que no necesariamente el énfasis se encuentra en situar a la medida como equivalente a una expropiación, basta la pérdida de control sobre la propiedad. Se cita el laudo entre Starret Housing v. Irán en donde el demandante no había sido expropiado sino que se le había impuesto un Administrador temporal:

«(...) es reconocido en el derecho internacional que cuando las medidas que un Estado adopta interfieren con derechos de propiedad a tal grado que los derechos son inutilizados, pueden considerarse expropiados, aún cuando el Estado no haya buscado expropiarlos y la titularidad de los bienes formalmente permanezca con el propietario original»

En el caso Waste Management v. Estados Unidos Mexicanos el Municipio de Acapulco se negó al pago de cantidades establecidas virtud a un contrato de concesión, estableciendo el tribunal:

«(...) Puede notarse que el artículo 1110 (1) distingue entre expropiación directa e indirecta, por un lado, y medidas equivalentes a la expropiación, por el otro. Una expropiación indirecta es incluso una toma de propiedad. En forma contraria, cuando una medida equivalente a expropiación es reclamada, puede que no exista una transferencia de propiedad por una persona o entidad, sino más bien un efecto sobre la propiedad que hace que la distinción formal sobre titularidad sea irrelevante»⁽⁵⁾

6. LA EXPROPIACIÓN INDIRECTA CONSTRUCTIVA

Puede ser que un acto administrativo o legislativo, por si mismo, no constituya una expropiación indirecta, mas la combinación con otros actos si genere dicha figura. Esto es lo que se conoce como expropiación constructiva⁽⁶⁾

⁽⁵⁾ Los laudos citados se han tomado de YMAZ VIDELA, *Protección de inversiones extranjeras. Tratados bilaterales*, cit., pássim, y de GONZALES DE COSSIO, Francisco, «Medidas equivalentes a expropiación en arbitrajes de inversión», en *Revista Internacional de Arbitraje*, Bogotá, 2006.

⁽⁶⁾ GONZALES DE COSSIO, «Medidas equivalentes a expropiación en arbitrajes de inversión», cit., p. 159.

Los eventos si son aislados puede que no tengan significado alguno en cuanto a su carácter expropiatorio, pero si se analizan en conjunto y estos causan que se pierdan los atributos de propiedad, estaremos pues ante un caso de expropiación constructiva. En el caso *Waste Management v. Estados Unidos Mexicanos*, el voto en discordia indico:

«Una expropiación constructiva – creeping - se compone de un número de elementos, ninguno de los cuales puede - en forma separada - constituir un ilícito internacional. Estos elemento constitutivos incluyen el no pago, no reembolso, cancelación, negación a acceso judicial, la práctica de exclusión, el trato no conforme, obstáculos legales inconsistentes, y demás (...). Una nacionalización o expropiación – en particular una expropiación compuesta de múltiples componentes – debe necesariamente ser mas que la suma de sus partes»

En el caso *Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. v Republica de Costa Rica*, el tribunal explico:

«... el período de tiempo comprendido en el proceso puede variar – de transferencia inmediata y total a una en que únicamente en forma gradual y mediante pasos pequeños alcancen una condición en que se pueda decir que el propietario en verdad ha perdido los atributos de la propiedad. Es claro, sin embargo, que una medida o serie de medidas pueden eventualmente llegar a constituirse en un taking, aunque los pasos individuales en el proceso no lo sean ni transfieran titularidad».

7. A MODO DE CONCLUSIÓN

En los antiguos textos de Derecho Administrativo es posible ubicar un capítulo referido a las relaciones con las demás ramas del derecho, privilegiándose obviamente al Derecho Constitucional. Ahora, con la globalización del capital y con los Estados integrados en sus distintos niveles a mérito de Tratados Internacionales, de Libre Comercio o de Integración, debe enseñarse la dinámica existente con el Derecho Internacional y el de Integración, al menos en el punto donde ello se hace mas notorio y necesario, las inversiones extranjeras en obras de infraestructura, en concesiones de servicios públicos o mediante otras variantes de asociación público privadas.

La expropiación indirecta y la denomina expropiación en construcción son cuestiones inacabadas; es más, el arbitraje internacional de las inversiones que atiende a los derechos de los inversionistas y las potestades públicas y/o la tutela del interés público de los Estados receptores de la misma, ha hecho que comiencen a revisarse algunos criterios aplicados

LA EXPROPIACIÓN INDIRECTA Y CONSTRUCTIVA Y LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN

y provenientes del arbitraje comercial, entre ellas las decisiones sin fundamento respecto de recusaciones, la existencia de una segunda instancia o Corte de apelaciones en el CIADI y el acceso a los laudos.

Si bien no se espera en un futuro próximo cambios importantes, es deber de los Estados prever y eliminar puntos de conflicto y contar de antemano con regulación preexistente clara que haga que no solamente se fomenten las inversiones en infraestructura pública y servicios públicos sino que se proteja los intereses públicos de forma adecuada.

El Derecho Administrativo y la modernización del Estado peruano

Ponencias presentadas en el Tercer Congreso Nacional
de Derecho Administrativo (Lima, 2008)

Organizado por



ASOCIACIÓN PERUANA DE
DERECHO ADMINISTRATIVO

GRILEY