

# ***Sujeción a los tribunales y leyes peruanos en los contratos del Estado con extranjeros***

MARCIAL RUBIO

- I. Sentido y finalidad de la norma.
- II. Alcance del concepto Estado en el artículo 17° de la Constitución.
- III. Alcances del artículo 17° de la Constitución en relación a la condición de los contratantes del Estado peruano.
- IV. Alcances del sometimiento contractual a las leyes y tribunales de la República.
- V. Una nota marginal.
- VI. Consideraciones finales.

**Constitución Política** del Perú, Art. 17°— Las compañías mercantiles, nacionales o extranjeras, están sujetas, sin restricciones, a las leyes de la República. En todo contrato del Estado con extranjeros, o en las concesiones que otorgue aquél en favor de éstos, debe constar el sometimiento expreso de los segundos a las leyes y a los tribunales de la República y su renuncia a toda reclamación diplomática.

## **I. Sentido y finalidad de la norma.**

El artículo 17° de la Constitución representa una afirmación soberana del Perú en su trato económico y comercial con extranjeros. En los momentos en que el Congreso Constituyente sesionaba y aún muchísimo después, el proble-

ma de la aplicación de leyes nacionales a inversionistas extranjeros constituía un verdadero problema político que normalmente conllevaba la intervención diplomática ante el Estado, a fin de defender los intereses de los capitales foráneos.

Es así como el Diario de los Debates del Congreso Constituyente del Perú (Tomo V, página 3636), recoge en los siguientes términos la fundamentación del artículo que comentamos: "Los capitales extranjeros cuando se establecen en estos países latinoamericanos, tienen siempre como defensores inmediatos, a los agentes diplomáticos... toda la fuerza, toda la influencia de Inglaterra, de Estados Unidos, de Alemania, etc., están al servicio de las grandes empresas y es escuchada oportunamente en el país para defender los intereses extranjeros. Los intereses de las empresas extranjeras se encuentran pues, en situación privilegiada en nuestros países. Cuando se presenta un conflicto de cualquier naturaleza lejos de que las autoridades respectivas sean las autoridades nacionales, las autoridades correspondientes son el ministro alemán, el ministro francés, etc.

... como abogado había defendido en diversas oportunidades los intereses de los trabajadores y se había dado cuenta que en realidad, no ha tenido que luchar con el abogado peruano defensor de las empresas extranjeras, sino con el diplomático extranjero que defiende los intereses de las empresas extranjeras. Por esto, es una necesidad que se constata en nuestro ambiente latinoamericano y en nuestro ambiente nacional, que el capitalista que viene a los países latinoamericanos, conozca sus leyes y se someta íntegramente a su legalidad, a fin de que no tenga que acudir a su representante diplomático o a su gobierno para la defensa de sus intereses...". (1)

Resulta de interés analizar estos párrafos para desentrañar la verdadera finalidad que se pretendió otorgar a esta norma, y la base tácita de la realidad a la cual responde.

Como un primer elemento de juicio, tenemos el hecho evidente de que está dirigida a regir las actividades económicas y comerciales de extranjeros dentro del territorio nacional. Desde la primera frase de la cita, la opinión referida se limita a este aspecto: "los capitales extranjeros cuando se establecen en estos países latinoamericanos".

A partir de allí, y tácita pero claramente, continúa un alegato en cierta medida nacionalista al expresar que dichos intereses "... se encuentran pues en situación privilegiada en

nuestros países" y que, en el fondo, las autoridades que resuelven sobre su afectación no son las nacionales sino los representantes diplomáticos que, tras su intervención, reciben en apoyo el peso decisivo de la fuerza e influencia de sus países, por aquella época dominantes en el Mundo: Inglaterra, Estados Unidos, Alemania, etc.

Jorge Basadre atribuye esta preocupación nacionalista al problema de La Brea y Pariñas: "El artículo sobre compañías mercantiles incluye unas frases (inspiradas por la experiencia con el arbitraje sobre La Brea y Pariñas) referentes a que en todo contrato del Estado con extranjeros o en las concesiones otorgadas por aquél a éstos debe constar el sometimiento expreso de los segundos a las leyes y a los tribunales de la República y su renuncia a toda reclamación diplomática". (2)

La norma, como vemos, está ubicada dentro del sistema de interacción entre potencias y países pobres que, posteriormente, la Ciencia Política ha definido como "Relaciones de Dominación y Dependencia", pero no responde a un planteamiento sistemático sino que trata de afrontar pragmáticamente el problema.

La solución que se plantea es la dación de una norma jurídica que operaría como freno a este tipo de relación dependiente del exterior en la resolución de conflictos: los inversionistas extranjeros deberían pactar con el Estado en sus contratos y concesiones el sometimiento a leyes y tribunales nacionales, renunciando a la intervención diplomática.

Aunque asunto interesante, no entraremos a analizar el carácter eminentemente formal de esta solución y, por tanto, su precaria validez muchas veces enervada en actos de Gobierno. La historia de sus cumplimientos e incumplimientos daría lugar a una interesante investigación que, desgraciadamente, tropieza con el casi infranqueable silencio y secreto que se ha cernido sobre los documentos oficiales en los cuales consta. La Administración Pública ha sido renuente a darles debida publicidad y hacerlos accesibles a quienes deseen investigarlos.

En todo caso, resulta evidente que tras el planteamiento del artículo 17<sup>o</sup> está la idea de mantenimiento de la decisión soberana del Estado dentro de la doble vía de definición que la Soberanía tiene para el Derecho: hacia el exterior la igualdad e independencia entre los Estados y, dentro de su propio territorio, la autosuficiencia y competencia exclusiva de dirimir conflictos sin intervención de otras personas o Estados:

"El Estado es soberano, en el sentido de que sus sistema y ordenamiento son supremos frente a la voluntad de los individuos y grupos que forman parte de él. De ahí que la palabra Soberanía se identifique con Poder, aunque propiamente la soberanía es sólo un atributo del Poder: el de la supremacía. La soberanía es esencialmente interna, pues la llamada soberanía externa, o internacional, es simplemente independencia. La idea de soberanía implica un poder superior y un poder inferior, en tanto que en el plano internacional las relaciones de los Estados son de igualdad e independencia. La soberanía es mando, o sea poder de ordenar, y es evidente que el Estado no ordena de modo soberano sino en su territorio". (3)

El otro elemento que cabe destacar es la base fáctica en la cual se da la norma y que considera, básicamente, las relaciones y contratos comerciales que el Estado realiza con extranjeros para la explotación de sus recursos naturales o la eventual instalación de plantas industriales.

En la Década del Treinta, época de promulgación de la Constitución vigente, el Estado tenía una reducida participación en la vida económica nacional como empresario. Su papel era el de regular la actividad económica privada y, en el caso de la explotación de recursos naturales, su papel de dueño con la consiguiente capacidad de darlos en explotación mediante diversas fórmulas (concesiones, etc.).

En este sentido, el tipo de contratación del Estado con extranjeros, estaba perfectamente representado por el caso del protocolo y pacto de arbitraje sobre La Brea y Pariñas a que hace mención Basadre. En consecuencia, la dinámica de esta contratación no estaba determinada tanto por la rapidez y flexibilidad que requeriría un Estado empresario, sino por la necesidad de seguridades frente a la entrega en explotación de recursos naturales, lo que configuraba una negociación más compleja y menos ágil en aras de salvaguardar los intereses del país. A partir de 1921 y hasta 1968, la actuación del Poder Ejecutivo ante el caso de La Brea y Pariñas pesó como un problema jurídico que no debía repetirse en la vida nacional:

"Todo hace suponer que, en 1921, el Gobierno no intentaba cumplir la Ley N° 3016 y que el convenio arbitral fue suscrito con la finalidad encubierta de dar apariencia legal a la transacción efectuada poco después. Esta transacción se verificó mediante el acuerdo Salomón-

Grant Duff de 2 de marzo de 1922. El tribunal arbitral se reunió en París el 24 de abril de 1922 para incorporarla a su laudo y declararla obligatoria para ambas partes.

Como ya se ha señalado, la solución transaccional directa no había sido autorizada por la Ley 3016. El Ejecutivo carecía de facultad otorgada por el Poder Legislativo para poderla iniciar, discutir o aprobar. Sólo podía pactar un arbitraje". (4)

Ese fue el espíritu y el sentido de la norma contenida en el artículo 17° de la Constitución: crear un freno eminentemente formal pero obligatorio para los funcionarios y poderes del Estado, a fin de que la resolución de problemas semejantes a los de La Brea y Pariñas, corresponda a los tribunales peruanos mediante la aplicación de sus propias leyes, evitando extralimitaciones mediante norma expresa. Desde aquella época, sin embargo, las funciones económicas del Estado han variado sustancialmente y hoy nos encontramos con que tiene un fuerte conjunto de entes empresariales en sus manos, que realizan actividades típicamente comerciales y que, en tal calidad, requieren de una flexibilidad adecuada a sus características y tipo de operaciones. Esta es una situación que no fue contemplada por el Congreso Constituyente al aprobar la Constitución, especialmente su artículo 17° y que ha variado sustancialmente la base real sobre la cual éste se aplica, por lo que su vigencia ha devenido en muchos casos obsoleta y, en algunos, ha sido inobservada.

Para una adecuada comprensión del problema que estamos planteando, creemos indispensable primeramente, hacer un análisis de sus implicancias jurídicas a fin de esclarecer la naturaleza del conflicto norma-realidad en el caso, para lo cual nos ocuparemos del alcance de los conceptos Estado y Extranjeros dentro de ella, finalizando con el estudio del tipo de operaciones contractuales que cubre.

### III. Alcance del concepto Estado en el artículo 17° de la Constitución.

De acuerdo a la actual estructura del Estado, y para efectos de contratación económica, podemos considerar tres tipos de entidades públicas: los Poderes del Estado, los Gobiernos Locales y los Organismos Públicos descentralizados (principalmente las empresas públicas).

De ellos resulta evidente que los dos primeros están comprendidos sin discusión dentro del artículo 177.

Los Poderes del Estado porque son las entidades que expresan la voluntad de éste. El hecho de que dentro de nuestra vida jurídica y política estén separados con más o menos claridad no los autonomiza hasta el punto de ser algo diferente del Estado mismo. Por el contrario, a pesar de la especialización de sus funciones, son los instrumentos de actuación que él tiene:

"La voluntad de la persona Estado es denominada soberanía. Dado que es voluntad la soberanía no puede dividirse, por lo que resulta impropio hablar de separación de poderes. En realidad, el Poder del Estado es uno; las funciones estatales son ejercidas por órganos y no por poderes. Sin embargo, es tradicional designar los órganos del Estado con el nombre de Poderes, llamados Legislativo, Ejecutivo y Judicial" (5).

Las municipalidades porque, en el caso del Perú, son parte del Estado y están sujetas a supervigilancia por el Gobierno Central a falta de los Consejos Departamentales considerados por nuestra Constitución como responsables de esta tarea (art. 193° incisos 7° y 8°) pero que, como sabemos, nunca funcionaron. Respecto a la pertenencia de las municipalidades (también llamadas Gobiernos Locales) a la unidad del Estado, José Pareja señala:

"En el régimen municipal centralizado, característico de los pueblos latinos, predomina la noción de la unidad del Estado y del Gobierno, como es el caso del Perú en que el Estado es uno e indivisible. El régimen municipal responde al mismo criterio de unidad, de uniformidad y de jerarquía; las comunas son supervigiladas y, a veces, hasta designadas por el Gobierno Central, que establece su jurisdicción y límites. Las Municipalidades tienen un carácter principalmente administrativo y burocrático como es entre nosotros, según lo establece la Constitución (art. 203)". (6)

Es de resaltar también que, según la Ley Orgánica del Presupuesto Funcional de la República, Ley 14816, en sus artículos 3° y 4°, los Poderes del Estado y los Gobiernos Locales (Municipalidades), están incluidos en el Presupuesto Nacional y por tanto, desde el punto de vista económico, funcionan con recursos del Estado y actúan, en consecuencia, como parte de él.

Por lo tanto, en principio, todos los contratos que los Poderes del Estado y los Gobiernos Locales firmen con extranjeros, deberán estar sometidos a leyes y tribunales peruanos para caso de conflicto.

Lo que podría discutirse es que las empresas públicas, en su calidad de organismos públicos descentralizados, puedan ser identificados como Estado. Un ligero análisis nos permitirá concluir la respuesta:

1. En diversas disposiciones, sobre todo en el D. L. 18183, se ha establecido que los recursos con que operan las empresas públicas pertenecen al Estado. El último considerando de este Decreto-Ley establece: "Que la constitución de Empresas Públicas orientadas al cumplimiento de determinados fines específicos, no puede conducir a la segregación de funciones del poder administrativo ni disminuir la potestad del Estado de disponer sus propios bienes y recursos, bien sea que éstos se originen en la percepción del impuesto, o bien que provengan de operaciones empresariales".
2. Todas las empresas públicas están sometidas por las Leyes Orgánicas de los Sectores de la Actividad Pública y por diversas disposiciones legales tales como el D. L. 18183 ya citado y su modificatorio el D. L. 18191, a la conducción de sus actividades en armonía con la política general del Sector de la Administración Pública al cual pertenecen, debiendo someter determinados acuerdos a consideración del Ministro correspondiente para su aprobación, con lo cual dependen jerárquicamente del Gobierno Central.
3. Aunque en algunos asuntos gozan de autonomía económica y administrativa, es indudable que por las razones antedichas y por el hecho de estar sometidas al Derecho Público y ser creadas por Ley (7), no adquieren autonomía suficiente como para perder su característica de organismos estatales.

En base a estas razones, consideramos que también las empresas públicas deberán someterse a las normas establecidas en el artículo 177 de la Constitución.

Queda todavía un posible problema de identificación del Estado: sus empresas privadas. El crecimiento de la actividad económica del Estado lo ha llevado a ser propietario de diversas empresas en las que es socio de otros inversionistas: tales por ejemplo la Banca asociada, las empresas pertenecientes al Banco

Popular del Perú, diversas empresas privadas en las cuales COFIDE es accionista y las llamadas empresas estatales asociadas que contemplan las leyes de Industria, Pesquería, Minería, Telecomunicaciones y Electricidad (8). En estas empresas el Estado es a veces accionista mayoritario y, a veces, siendo minoritario goza de capacidad determinante (9) en algunas decisiones de importancia, por lo que resultan el caso límite donde la aplicación de la norma se vuelve oscura: por un lado, manejan recursos del Estado estándole también sometidas en sus decisiones de manera indirecta a través de sus representantes y, por otro, no son reconocidas como empresas públicas y se someten al régimen de la actividad comercial privada con algunas normas de excepción (10).

Así, el artículo 17 del D. L. 18446 de 27 de Octubre de 1970 establece: "Las empresas bancarias, financieras, de seguros y en general toda empresa organizada desde su origen como entidad privada, en las cuales el Estado se convierta en accionista, cualquiera sea el número de acciones que detente, continuará en la condición de empresa privada, sin más limitación que las de sus estatutos y las disposiciones legales que rigen al Sector Privado".

A su vez, el artículo 42 del D. L. 18880 (Ley General de Minería), de fecha 8 de Junio de 1971, establece a propósito de las empresas estatales asociadas y especiales de ese sector: "Las Empresas Mineras Asociadas y Especiales, cualquiera que sea la participación del Estado, no forman parte del Sector Público Nacional".

El asunto toca el problema de la doble actuación del Estado, sujeta en algunos casos al Derecho Público y en otras al Privado. En principio, la norma constitucional se aplicaría a ambas situaciones porque no hace distinciones entre las maneras de actuar del Estado en relación a las normas de Derecho. Sin embargo, dos razones diferentes pero complementarias nos inclinan a pensar que en estas empresas no cabe la calificación de estatales: por un lado, la existencia de socios privados del Estado que impide reconocerlas como entidades estatales puras a las que aparentemente se dirige la Constitución y, por otro, hay que tomar en cuenta que mediante disposiciones expresas contenidas en diversas normas antes citadas, estas empresas no se someten en ningún sentido al Derecho Público, permaneciendo en el régimen privado, con lo cual

no podrían tampoco ser asimiladas con propiedad al concepto de Estado, persona de eminente carácter público por naturaleza.

De esta manera, consideramos que el concepto de Estado en el artículo 17 de la Constitución comprende a los Poderes del Estado, a los Gobiernos Locales (Municipalidades) y a las Empresas Públicas, no así a las empresas privadas de propiedad estatal.

### III. Alcances del artículo 17° de la Constitución en relación a la condición de los co-contratantes del Estado peruano

El artículo 17 de la Constitución se refiere de manera genérica a **extranjeros** que contraten con el Estado, sin hacer mayores precisiones sobre el alcance del concepto. En consecuencia, es necesario determinar quiénes pueden ser calificados como tales.

De un análisis de los posibles co-contratantes no nacionales, podemos obtener la siguiente clasificación:

1. Otros Estados.— Podrían contratar con el Estado peruano de Gobierno a Gobierno, o a través de entidades públicas tales como empresas estatales y toda suerte de entes semejantes a los que en el Perú constituyen los organismos públicos descentralizados.
2. Organismos Internacionales.— Son organismos constituidos por acuerdos multilaterales entre diferentes Estados y que gozan de una condición especial dentro del contexto internacional. Tales el Banco Interamericano de Desarrollo, el Banco Mundial, la Organización de Estados Americanos, etc.
3. Personas extranjeras de derecho privado.— En esta condición podemos incluir a las personas naturales y a las personas jurídicas constituidas de acuerdo al régimen de derecho privado en el extranjero. Se ha discutido muchísimo sobre si las personas jurídicas tienen o no nacionalidad y la verdad es que la Doctrina del Derecho no goza de opinión uniforme en este campo. Hay desde quienes se la niegan, hasta quienes discrepan sobre cuál es el elemento que la determina: nacionalidad de sus socios, lugar de constitución, domicilio, etc. El hecho de que la Doctrina no esté de acuerdo en establecer la nacionalidad de las empresas por uno de estos criterios,

# ESTUDIOS Y NOTAS

señala lo arduo del problema que nos ocupa y la poca luz que podremos encontrar en ella para resolverlo. No es nuestra intención, por otra parte, repetir o profundizar esta polémica sin fin dentro de la literatura jurídica. Por ello, y para no desviar nuestra atención del objeto principal de este trabajo, haremos una breve referencia a las ventajas e inconvenientes que trae cada uno de los criterios, y a la forma como se han reflejado en nuestra legislación positiva, con el ánimo de extraer una conclusión que aclare el panorama.

El criterio de la nacionalidad de los socios parece ser importante: si todos o su mayoría son extranjeros, aunque la empresa fuese constituida y tuviese domicilio en el Perú, será una empresa extranjera desde el punto de vista de sus intereses objetivos.

Sin embargo, este criterio pierde cierta importancia cuando consideramos que no es necesario tener la propiedad de la mayoría absoluta del capital de una empresa para poder manejarla. Es usual que una minoría que unifica en sí un veinte o veinticinco por ciento del accionariado, gobierna la empresa frente a una mayoría de propietarios cuyo único interés puede ser la rentabilidad de su inversión.

Hay que tener en cuenta, además, que el criterio de nacionalidad de los propietarios puede ser burlado a través de testaferros (palabra desgraciadamente connotativa para estos efectos por el uso político indiscriminado y tendencioso que ha recibido) que siendo propietarios formales, en realidad obedecen intereses de terceros que, a través de ellos, rigen la vida empresarial.

En consecuencia, es posible que una empresa sea formalmente propiedad de peruanos pero que éstos en realidad, no sean los verdaderos propietarios ni gobiernen autónomamente la empresa.

Roberto Mac Lean nos dice respecto a esta teoría: "Esta era la solución seguida en el Perú hasta la promulgación del Decreto-Ley N° 18350. Pero si bien es cierto que determinar la nacionalidad del propietario cuando éste es una persona natural no ofrece mayores dificultades, la situación es distinta y da origen a dilatadas argumentaciones, cuando el propietario es una persona jurídica, llegándose en muchos casos a negar tal nacionalidad por completo" (11). De esta manera puede comprobarse que no sólo existe el problema del incumplimiento de la norma por el uso de intermediación en la propiedad y sus derechos, sino que también es problemática el llegar a determinar la nacionalidad de una empresa desde el punto de vista técnico, cuando el propietario es otra persona jurídica.

Mac Lean da diversos ejemplos de normas jurídicas que en el Perú recogieron este criterio de calificación: "...las leyes Nos. 11780 del Petróleo, 13836 sobre Construcciones Navales, 14012 de Empresas de Aviación, 15720 sobre Aeronáutica Civil y el Decreto Supremo N° 071-68-HA sobre crédito, consideraban "nacionales" a las compañías cuyo capital social perteneciera en un 60% a peruanos; al mismo tiempo la Ley 6207 sobre cabotaje y los Decretos Leyes Nos. 17330 sobre Bancos, en su artículo 2; y 17420 sobre Agentes Marítimos, y el Decreto Supremo 017-69-TC, acerca de Empresas Navieras; consideraban como "nacionales" a compañías cuyo capital social fuese de peruanos en un 75%; y por último —pero en forma simultánea— el artículo 1° del Decreto-Ley N° 17330 sobre Bancos, consideraba como "nacionales" a aquellas compañías cuyo capital perteneciera en su totalidad a personas naturales peruanas y/o personas jurídicas que estuviesen constituidas en igual forma. El criterio para fijar el carácter del



capital era eminentemente político" (12). El criterio de lugar de constitución establece que la empresa adquiere la nacionalidad del país en el cual se realizó el procedimiento legal de su constitución, pero es también equívoco desde que intereses extranjeros pueden constituir una empresa en el Perú y hacerla figurar como nacional cuando, en verdad, se trata de una empresa extranjera por sus intereses. En opinión de Mac Lean:

"En el Perú el artículo IX del Título Preliminar del Código Civil parece indicar que las Personas Jurídicas tienen la nacionalidad del país de constitución; criterio que ha sido el sostenido por la Corte Internacional de Justicia de La Haya en el caso de la Barcelona Traction" (13) \* .

El criterio del domicilio sostiene que empresa extranjera es aquella cuyo propietario tiene fijado su domicilio fuera del país total o parcialmente en unidades de tiempo más o menos largas (semestres o años). Este criterio resulta más realista que los anteriores en tanto que exige residencia en el país para considerar a una empresa como nacional, lo que evidentemente tendrá un correlato real en el hecho de que los intereses del inversionista y el criterio con que maneja su empresa, deberán estar más ligados a los intereses del país donde vive que al que puede ser el de su nacionalidad.

Mac Lean, cuyo artículo tiene la ventaja de ser la publicación más reciente hecha en el Perú sobre este tema desde el ángulo jurídico, señala otros casos de legislación nacional en los cuales se ha adoptado este criterio: "En la Parte Cuarta, E, del Decreto-Ley N° 18350, Ley General de Industrias, promulgado el 27 de Julio de 1970, se definió por primera vez como capital social nacional el perteneciente a peruanos con un mínimo de seis meses al año

de residencia en el país, o a extranjeros, aunque no sean residentes, que renuncien a remitir capitales y utilidades fuera del país. Este último aspecto se convirtió en el elemento esencial de la doctrina peruana. El mismo texto fue incorporado al Decreto-Ley N° 18810, Ley General de Pesquería, promulgado el 25 de Marzo de 1971, en su Parte Sexta, C; pero sufrió algunas transformaciones antes de ser aprobado como texto común para Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador y Perú" (14).

Es en realidad el Régimen Común de Tratamiento a los Capitales Extranjeros de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, aprobado en el Perú mediante el Decreto-Ley 18999 el que fija, en nuestro concepto, un criterio realmente adecuado para la determinación de lo que es una inversión nacional y, por oposición, lo que es una inversión extranjera.

Mac Lean lo describe y comenta en los siguientes términos:

"El artículo 1° del Régimen Común de Tratamiento a los Capitales Extranjeros de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, con la modificación introducida en el Perú por el artículo 1° del Decreto-Ley 18999, considera como inversionista nacional —además del Estado, de las personas naturales nacionales, de las personas jurídicas nacionales que no persigan fines de lucro, de las comunidades laborales, y de las empresas constituidas en el país cuyo capital pertenezca en más del ochenta por ciento a inversionistas nacionales y que esta proporción se refleje en la dirección técnica, financiera, administrativa y comercial de la empresa— a las personas naturales extranjeras que hayan residido ininterrumpidamente en el país por no menos de un año y, además, renuncien al derecho de reexportar el capital y a transferir utilidades al exterior. No basta, pues, con

ser residente como en la doctrina tradicional, ni con renunciar a la exportación del capital y utilidades como en la tesis peruana. Pero es evidente que la característica más importante de la nueva doctrina es la renuncia a la expatriación del capital y de las utilidades, pues de esta forma la inversión se vincula de una manera indisoluble a la economía nacional" (15).

La inversión de las personas naturales o jurídicas contempladas en el párrafo anterior será considerada nacional y, la que no sea provenientes de ellas, deberá ser considerada como inversión extranjera.

Como señala Mac Lean, esta fórmula tiene la ventaja de definir al inversionista no por criterios formales sino por lo que será realmente su interés final, el cual va ligado indisolublemente al destino último de sus actividades económicas: si no tiene derecho a exportar capitales (como sucede con las personas naturales y jurídicas peruanas domiciliadas de acuerdo a la legislación de control de moneda extranjera o con los extranjeros que renuncien a expatriar capital y utilidades), entonces se tendrá la garantía de que sus intereses como inversionista no son en prácticamente ningún caso foráneo y, en consecuencia, se hace bien en tratarlo como nacional.

En base a esta definición y a los tipos de empresas que desde este criterio pueden formarse por la composición de su capital (extranjeras, mixtas y nacionales según diversas proporciones de capital nacional y extranjero de acuerdo al artículo 17 del D. L. 18900), podemos decir que será considerada como empresa extranjera aquella en la cual la inversión de propiedad de inversionistas nacionales sea menor del 51% del capital de la empresa.

Hecho este análisis, queda por ver si es que este criterio es utilizable para determinar lo que son empresas extranjeras para el artículo 17° de la Constitución.

En principio parecería que esta definición es bastante técnica y reducida al problema no de determinar la nacionalidad de la empresa, sino de establecer un criterio económico-financiero para darle un tratamiento uniforme a través de los mecanismos crediticios, incentivos, reducción de barreras arancelarias dentro del Pacto Andino, etc.

Sin embargo, y como se podrá apreciar tras un análisis más profundo, puede descubrirse que, en realidad, este criterio de dife-

renciación obedece al verdadero interés económico del inversionista y, por lo tanto, no sólo tiene aspectos técnicos sino también políticos. Ya lo hemos dicho: el inversionista que no pretende exportar capitales ni utilidades ha ligado sus intereses a la economía nacional y, por ello los problemas que la norma del artículo 17° tenía como finalidad solucionar (conflicto de intereses entre el Estado y un extranjero que se proyecta a un conflicto de intereses entre dos Estados), no se presentará ya porque el otro Estado no tiene legitimidad ni siquiera de hecho para defender una actividad económica cuyos frutos e inversión no están destinados a beneficiarlo.

Por estas razones consideramos que el criterio de diferenciación introducido por los Decretos-Leyes 18900 y 18999 es adecuado para interpretar el término extranjeros, dentro del contexto de la norma establecida en el artículo 17° de nuestra Constitución.

De todas las personas y entidades no nacionales antes descritas, resulta evidente a la luz de la teoría del Derecho Internacional, que los Estados no deben ser considerados como extranjeros para efectos de la aplicación de la norma constitucional, pues su personería jurídica es reconocida como de naturaleza internacional:

"El Estado adquiere su personalidad internacional en el momento en que se constituye y resulta operante" (16).

En otro lugar de su libro, el propio autor señala: "Es evidente que, básicamente, los estados reconocidos por los demás son los sujetos o personas internacionales por excelencia" (17).

Al margen de la discusión sobre si la personería jurídica internacional del Estado aparece con su nacimiento o con su reconocimiento por otros, que está fuera de nuestro punto de atención, es evidente que cada uno de ellos no es un extranjero para los otros. No es, sin embargo, ésta la única razón para no aplicar la sujeción establecida por la Constitución a los contratos que firmen con el Estado peruano. Además de esta argumentación formal, persiste la existencia de dos principios fundamentales que, precisamente, sustentan las relaciones internacionales de los Estados: Soberanía e Igualdad.

Ya hemos visto como para Raúl Ferrero, Soberanía en el plano internacional implicaba "simplemente independencia". Ella no debe entenderse únicamente como la ausencia de

## ***Sujeción a los tribunales y leyes peruanos en los contratos del Estado con extranjeros***

dominación política mediante un sistema colonial, sino como todo intento de sujeción de un Estado a las normas de derecho o a las decisiones políticas promulgadas o tomadas claramente: "Para unos autores, los Estados no se hallan ligados sino por las normas que aceptan libremente. Es la tesis de la soberanía radical. Para otros, la estructura fundamental del derecho internacional es la subordinación, si bien aparece como coordinación de sujetos jurídicamente equivalentes" (18). En consecuencia, el mismo principio de Soberanía que rige la vida internacional de los Estados, estaría siendo violado al tratar de imponer normas constitucionales a otros Estados en la contratación internacional con ellos. Respecto al principio de Igualdad, Portocarreo nos trae dos párrafos también interesantes:

"La igualdad es así el derecho fundamental que tiene todo estado para ejercer con idéntica posibilidad que los demás los derechos que le corresponden. Todos los estados son iguales, actúan en el mismo plano jurídico —principio de isonomía— y cualquiera de ellos tiene, una vez reconocido, la misma capacidad jurídica que los demás para actuar en el exterior.

Ningún estado tiene jurisdicción sobre otro. Como consecuencia de su igualdad jurídica, cada uno de ellos es dueño de obligarse o no, en virtud de una voluntad soberana. Únicamente el principio de la interdependencia, que se funda en la solidaridad y que tiene por fin la cooperación internacional, limita el alcance de la regla. Pues en virtud del principio de la interdependencia los estados admiten que dentro de la comunidad internacional ellos dependen unos de otros, y aceptan ciertas restricciones a su independencia para realizar más adecuadamente sus propósitos comunes". (19)

Es también evidente que, cuando el Estado pe-

ruano contrate con empresas públicas pertenecientes a otros Estados está contratando con ellos mismos y que, por lo tanto, no procede la aplicación del artículo 17?, aunque será menester un análisis especial para determinar si dichas empresas están sujetas al régimen de Derecho Público o Privado en su respectivo país.

En caso de estar sujetas al régimen del Derecho Privado, al igual que en nuestra situación, no gozarían de su carácter estatal y deberán ser tratadas como empresas privadas extranjeras, siéndoles de aplicación la norma constitucional.

En lo referente a Organismos Internacionales, es normal no considerarlos como extranjeros, dado que su personería existe en virtud de algún convenio internacional aprobado por los Estatutos y, como emanados de ellos, tienen también personería de Derecho Internacional.

"Una organización de Estados que declara en su instrumento de constitución que asume personería jurídica internacional goza de tal calidad... Existen hoy numerosas entidades de cooperación interestatal, con el carácter de especializadas; son organismos no políticos y de personalidad limitada al desempeño de los fines que le son propios... Todos los organismos especializados gozan de una personalidad jurídica relativa, pues ella se limita a los fines de su creación". (20)

De lo dicho deducimos que, tampoco a los Organismos Internacionales, debe aplicarse el artículo 17? de nuestra Constitución por gozar de personería de Derecho Internacional, aunque restringida a sus finalidades.

A la inversa de los casos anteriores, será aplicable la norma constitucional a las personas naturales y personas jurídicas extranjeras de Derecho Privado que sí deben ser consideradas extranjeras de manera indubitable, según su condición particular en cada caso.

#### IV.—Alcances del sometimiento contractual a las leyes y tribunales de la República.

Este tema es abordable desde dos perspectivas diferentes: por un lado, las condiciones en que la norma es obligatoria para el Estado y sus representantes y, por otro, los tipos de contratos que le deben estar sometidos. Trataremos ambos temas por separado.

Respecto a las condiciones de obligatoriedad del artículo 17° de la Constitución para el Estado y sus representantes, se ha presentado la siguiente situación: en momentos en que la presión financiera de la Deuda Externa del país se tornó insostenible y fue necesaria una renegociación, algunos acreedores parecen haber insistido en el no sometimiento a las leyes y tribunales peruanos. Ante este impase y ante la urgencia de la refinanciación, se recurrió en algunos casos al argumento de que la Constitución sólo regía dentro de los límites del territorio de la República y que, en consecuencia, si los contratos de refinanciación se firmaban fuera del país, el artículo 17° no les era aplicable. De esta manera, se habría firmado algunos de estos contratos sin el sometimiento constitucional expreso. (21)

Consideramos que esta argumentación es una ficción legal que, con ser práctica, tiene una discutible validez desde el punto de vista jurídico porque el funcionario que firma estos contratos lo hace por delegación expresa de los Poderes del Estado y, en consecuencia, está sujeto a las normas obligatorias en el país, de las cuales la Constitución es la fundamental. En cierto sentido, diríamos que quién es autorizado a firmar un contrato a nombre del Estado en el extranjero, está subjetivamente sujeto a la soberanía de éste y, en tal razón, mal se puede hablar de la no obligatoriedad de cumplir el mandato constitucional.

Además de esta razón vinculatoria que nos parece indiscutible, está el hecho de que, una eventual sentencia condenatoria pronunciada en el extranjero contra el Estado, tendría repercusiones en el país bien a través de un egreso presupuestal, bien en un aumento de los gastos de las empresas públicas, efectos que podrían evitarse invocando la inconstitucionalidad de la aplicación de dicha sentencia, salvo que ella fuese incumplida de hecho, lo que también corroboraría la invalidez jurídica del no sometimiento expreso.

En base a lo dicho, consideramos que la obligatoriedad del artículo 17° de la Constitución para el Estado en sus contratos con extranjeros no reconoce fronteras ni ficciones y que, por tanto, en principio el sometimiento a leyes y tribunales nacionales deberá constar expresamente, no importando el lugar de la firma del contrato, ni la calidad y condiciones de la persona que lo autoriza, siempre que actúe en representación del Estado.

El segundo punto de vista sobre los alcances de la norma, era el de analizar a qué tipo de contratos era aplicable el mandato constitucional, en función del lugar del cumplimiento de las obligaciones de él emanadas: cumplimiento total en el país; cumplimiento parcial en el país y parcial en el extranjero, y cumplimiento total en el extranjero.

De los antecedentes doctrinales, de los debates del Congreso Constituyente y de toda la literatura posterior respecto a este punto, resulta claro que el motivo de dación de la norma es evitar que los contratos cuya realización debía efectuarse en el país en todo o en parte, fuesen sometidos a legislación y tribunales extranjeros, o a intervención diplomática, tal como señaláramos en la primera parte de este trabajo.

Con la aparición de la actividad económica del Estado peruano, principalmente a través de sus empresas públicas dedicadas a la exportación, los contratos de ejecución en el extranjero son más numerosos y el problema de aplicación del artículo 17° parece haber sido un obstáculo serio para la normal realización de sus operaciones.

Hasta hace unos años, el papel del Estado estaba reducido a la prestación de servicios administrativos y sociales que, por su propia naturaleza, no podían o no debían ser asumidos por entidades particulares. Eventualmente se convertía en agente dinámico de la actividad económica a través de algunas empresas públicas no siempre eficaces o preponderantes. Ejemplos son la antigua Empresa Petrolera Fiscal, la Siderúrgica de Chimbote, la Compañía Peruana de Vapores y otras actividades no exactamente empresariales en tabacos, coca, sal, etc. (los llamados Estancos).

Desde hace pocos años, sin embargo, ha asumido un importante rol de empresario y ha tomado paulatinamente bajo su dirección, importantes sectores de la producción de bienes y servicios, así como de comercialización. Sobre todo, nos interesan en este caso las actividades en las que forzosamente debe entrar en relaciones contractuales con extranjeros.

Ellas son: comercialización internacional, en la cual efectúa la exportación de minerales (D.L. 18880, art. 34°), y exportación de harina y aceite de pescado (D.L. 18810, art. 37°); diversas actividades del sub-sector Telecomunicaciones ahora bajo control del Estado (D.L. 19020, art. 1°); la explotación y comercialización del petróleo (D.L. 17440, art. 6°); todas las actividades financieras a través de la Banca estatal, la Banca asociada, algunas instituciones financieras y la Corporación Financiera de Desarrollo, legisladas en numerosos dispositivos que no es del caso citar.

Estos son sólo algunos ejemplos de las múltiples relaciones económicas internacionales que ha asumido el Estado, en las cuales debe contratar con extranjeros y que eran obviamente inverosímiles en la mente de quienes varios años atrás promulgaron la Constitución vigente.

La agilidad que requiere el Estado para cumplir con estas funciones no es, ni mucho menos, la que necesitaba anteriormente para otorgar concesiones sobre bienes nacionales o pactar algunas inversiones extranjeras importantes que, por lo demás, debían ser normalmente ejecutadas en el país.

Un segundo elemento interviniente en el problema es la desconfianza que, para extranjeros, producen la aplicación de justicia y el proceso legislativo de otros países. Es exactamente la misma percepción que hizo a nuestros constituyentes establecer el sometimiento obligatorio del artículo 17° a las leyes y tribunales del Perú.

En teoría ello no debería suceder y tanto la administración de justicia como las leyes de cualquier Estado merecen respeto externo e interno. Sin embargo, el problema al que aludimos escapa a lo que podríamos llamar la "ideología jurídica", defensora de estos principios, para ubicarse en el plano de la relatividad política, donde la seguridad del cumplimiento de contratos y compromisos estatales depende muchísimo de coyunturas y cambios de timón político, que indudablemente generan inseguridades.

Con ello no queremos ni mucho menos defender puntos de vista ajenos a los intereses del país y justificar la sujeción a leyes y tribunales extranjeros o intervenciones diplomáticas, pero sí deseamos plantear el problema en sus justos términos dentro de los márgenes de contratación a que se ve sometido el Estado: *el planteamiento de cláusulas no negociables* por un país de escasos recursos, que necesita expandir sus vinculaciones económicas rela-



cionándose con otros que no tienen la misma necesidad de él, puede generar impases que lo releguen al inmovilismo económico y a la incapacidad de obtener sus metas.

Un tercer elemento es el problema del lugar de ejecución de los contratos del Estado. Anteriormente, en la época de promulgación de la Constitución vigente, los contratos que celebraba el Estado con extranjeros se cumplían en todo, o en buena parte, en territorio nacional. Tal vez los casos más corrientes fuesen la emisión de bonos, algunos préstamos externos y los contratos de inversión extranjera en el país o el otorgamiento de concesiones para la explotación de recursos y servicios nacionales. En todos estos casos la parte de cumplimiento contractual realizada en el país era apreciable y, como ya dijimos, resultaba perfectamente practicable que se exigiera el cumplimiento del precepto constitucional. Incluso era políticamente importante que la reclamación diplomática o la aplicación de leyes extranjeras no interviniesen en asuntos fundamentalmente internos.

Otra es la situación en la actualidad. Las nuevas actividades del Estado implican la contratación de obligaciones a efectuarse fuera de territorio nacional, para lo cual es evidentemente forzado recurrir a tribunales y leyes peñanas a fin de solucionar conflictos.

Un cuarto problema son las costumbres y usos de la contratación internacional. Muchos contratos suelen someterse al arbitraje de instituciones y organismos extranjeros o internacionales, cosa que al Estado le es teóricamente imposible de aprobar, con lo que los acuerdos pueden frustrarse siendo convenientes para el país. Por lo demás, es evidente la seriedad y competencia de algunas entidades en el arbitraje de determinados asuntos.

Por todas estas razones se plantea una objeción importante a la aplicación del artículo 17° de nuestra Constitución (básicamente por haber cambiado o haberse diversificado el espectro de hechos y actos jurídicos que le corresponden en la realidad a la cual norma).

Es por esta problemática que, con fecha 13 de Abril de 1973, se promulgó el Decreto-Ley 19988 cuyo artículo único establece:

"Las operaciones de carácter comercial, financiero o industrial que sean desarrolladas fuera del territorio de la República por organismos públicos descentralizados de naturaleza empresarial, podrán regirse, excepcionalmente, por las prácticas del comercio internacional y por las normas del Derecho Inter-

nacional generalmente aceptadas para ese tipo de operaciones sin perjuicio del trámite de aprobación vigente".

Es claro que este Decreto-Ley se refiere a la cláusula de sometimiento obligatorio que exige la Constitución, exonerando a las empresas públicas de tal requerimiento, cuando se trate de operaciones desarrolladas fuera del territorio nacional, pues es la única limitación verdaderamente trascendental que tienen en su actuar en la legislación nacional.

En rigor, el D.L. 19988 es una disposición Interpretativa del artículo 17° de la Constitución en cuanto que, probablemente recogiendo el espíritu de los constituyentes al dar la norma, exceptúa su cumplimiento en aquél tipo de contratos que no fueron expresamente considerados al aprobarla.

Sin embargo, puede discutirse la validez jurídica del Decreto-Ley 19988 en virtud de que el mandato constitucional no hace distinciones en razón del lugar de cumplimiento de los contratos y, por tal causa, no procedería hacer excepciones por Ley donde no las efectúe la Constitución, norma jerárquicamente superior dentro de nuestro sistema legal.

Esta discusión es interminable y se repite constantemente en los casos de reglamentos del Poder Ejecutivo que restringen o amplían el sentido de las leyes y en los casos en que, como en éste, las leyes modifican en cierta manera el sentido de la Constitución. En la práctica, y en la normatividad social efectiva, las necesidades políticas y económicas hacen que muchas normas vayan transfigurando su sentido para adaptarse a las nuevas situaciones y, lo que ayer se entendió por determinado concepto o norma legal, es diferente de lo que hoy se opina.

Un conocido autor de la teoría del Derecho, afirma sobre este sistema de interpretación de las normas:

"La *"ratio legis"*.—Estos términos son frecuentemente empleados en la interpretación jurídica. Designan la razón de ser de la ley, los motivos que la han inspirado.

Sin duda, no se trata de las circunstancias más o menos accidentales que han originado la ley (*occasio legis*): tal un crimen sensacional que da lugar a una revisión de ciertas reglas penales. Se trata más bien de necesidades sociales que el legislador ha querido satisfacer. Sin embargo, según el punto de vista en que uno se coloque, la *ratio legis* puede ser considerada como el fin realmente querido por el legislador en la época de la elaboración de la

ley, o de una manera más general, como el ideal que inspira la ley y que puede realizarse por medios nuevos". (22)

Por ello, consideramos que la validez del D.L. 19988 se justifica en dos razones:

—La primera es el hecho de que los constituyentes no normaron, al menos de lo que se deduce del Diario de Debates anteriormente citado, el caso de los contratos estatales de naturaleza comercial, financiera o industrial, que se desarrollan fuera de territorio nacional.

—La segunda consiste en la realidad económico-política que crea desbalances objetivos entre las partes contratantes donde, muchas veces, las metas de desarrollo no pueden ser cumplidas con posiciones irreductibles en la contratación.

Aunque afirmamos como válida esta interpretación, la reconocemos discutible. No en vano dice Du Pasquier:

"... la teoría de la interpretación no ha descubierto una fórmula infalible para establecer el sentido preciso de las leyes. Los diversos procedimientos de interpretación pueden conducir a resultados opuestos: las diferentes maneras de raciocinar sobre un texto son a menudo divergentes... la ratio legis es una noción demasiado extensible. Por lo tanto una elección juiciosa debe escoger los diferentes medios; estos deben ser utilizados con destreza; la personalidad del intérprete juega, pues, un papel predominante. La interpretación es un arte más que una ciencia" (23).

De todo lo dicho, y a manera de conclusión, se desprende de acuerdo a nuestra interpretación, que el mandato del artículo 17° se aplica, en principio, a todo tipo de contratos del Estado con personas naturales o jurídicas extranjeras de Derecho Privado, no importando el lugar donde deben cumplirse las obligaciones que de él emanen. Sin embargo, en el caso de los contratos de empresas públicas con extranjeros, cuyas operaciones de carácter comercial, financiero o industrial deban desarrollarse fuera del territorio nacional, se podrá de manera excepcional pactar de acuerdo a las prácticas del comercio internacional y por las normas del Derecho Internacional generalmente aceptadas. Ello, en nuestro problema, significa que en estos casos se podrá recurrir a tribunales extranjeros o, también, al arbitraje de instituciones especializadas en la resolución de determinadas materias, pudiéndose también renunciar a la aplicación de las leyes peruanas.

### Una nota marginal.

Como dato adicional a la complejidad del problema, es interesante analizar brevemente la prolija elaboración que mereció el D.L. 19988 por parte del Gobierno. Ella se manifiesta en lo siguiente:

1. Los considerandos del Decreto-Ley están redactados de tal manera que se salvaguarda en todo momento la soberanía nacional:

#### "CONSIDERANDO:

Que como reafirmación de la soberanía nacional y del derecho del Perú a beneficiarse con la explotación y comercialización de sus recursos propios, el Estado viene asumiendo un activo papel de promotor y de empresario ingresando con creciente vigor en los mercados internacionales;"

Con este considerando se está en cierta manera reelaborando el concepto de soberanía, sin renunciar a él, trasladando la argumentación tradicionalmente política al campo económico.

Soberanía, de esta manera, no son exclusivamente las formas, los principios de libre determinación, etc., sino también la actividad económica independiente realizada por el Estado.

Además de ello, este primer considerando es el que da pié para que, los posteriores, demuestren que la soberanía en su ejercicio, a veces requiere la resignación del cumplimiento del artículo 17° de la Constitución:

#### "CONSIDERANDO:

Que las actividades de carácter empresarial que realizan los organismos pertinentes exigen un alto grado de flexibilidad y dinamismo sin el cual no hay posibilidad de competir con éxito en dichos mercados;

Que la viabilidad de algunas operaciones a desarrollarse fuera del territorio de la República, exigen, en ciertos casos, de normas particulares;

Que, en consecuencia es necesario establecer las normas a que deben sujetarse tales operaciones".

Esta argumentación es la clave para encontrar la problemática que han enfrentado las empresas públicas, y que corrobora nuestras afirmaciones anteriores: el artículo 17°

de la Constitución resta la agilidad necesaria para operar económicamente.

2. Un segundo dato dentro del Decreto-Ley es la no mención expresa de la norma constitucional. Es obvio que a ella se refiere todo el texto aclaratorio, pues, como ya hemos dicho, no existen otras normas que limiten de esta manera la actividad de las empresas públicas. No obstante, se prefiere guardar silencio sobre el punto concreto y dar una disposición genérica, y alambicada en cierta forma, que de seguro cumplió su finalidad de discreción. Si relacionamos esta ausencia de mención con la reafirmación de soberanía que se hace en el primer considerando, aparece en forma clara la precaución acerca de una posible acusación política por lo que, presumiblemente, podría interpretarse como renuncia de ella.
3. Finalmente, es de destacarse el carácter de excepcionalidad que se le otorga a este Decreto-Ley, suponiéndose por interpretación a contrario, que lo normal será la exigencia del sometimiento a leyes y tribunales peruanos.

## VI.—Consideraciones finales.

A través de este artículo hemos tratado de presentar desde un punto de vista diferente al tradicional, un problema que más que jurídico es político. La pequeña digresión realizada en los párrafos precedentes mediante un rápido análisis de contenido del texto del D.L. 19988 nos permite ver cómo el Gobierno, al modificar o interpretar el texto del artículo 17° de la Constitución, ha debido recurrir a una reinterpretación de la Soberanía (por lo demás interesante) y a una redacción generalista para evitar la aparición de flancos políticos débiles. La revisión de los debates del Congreso Constituyente, nos demuestra también la obsolescencia de la norma constitucional al haber variado las condiciones en las que el Estado ejerce su actividad económica, especialmente a través de las empresas públicas. Los contratos con extranjeros que en la época del Congreso Constituyente realizaba el Estado, eran mucho menores en número y complejidad que los que está obligado a verificar en la actualidad, por lo que el fundamento real de la norma ha variado al menos en forma parcial y su texto no se adecúa totalmente a las necesidades de los actos que regula.

El análisis de la norma en lo referente a los conceptos **Estado** y **extranjeros**, creemos que ha demostrado su falta de precisión y claridad. La actual concepción del rol económico del Estado ha generado la aparición de multitud de entidades e instituciones que, como las empresas públicas y las empresas privadas de su propiedad, no están debidamente contempladas en el artículo 17° de la Constitución y, por tanto, pueden llevar a multitud de interpretaciones sobre su alcance perjudicando la dinámica empresarial. Igual imprecisión aparece en relación a quiénes no siendo nacionales, contratan con el Estado peruano, cuya asimilación al concepto de extranjeros es discutible y en muchos casos problemática. Todo esto se refleja en la norma del D.L. 19988, que expresa la existencia de un impase en la contratación estatal, al menos, a través de sus empresas públicas. Aunque consideramos que la solución con él dada es jurídicamente válida, reconocemos la existencia de contra-argumentos que le restan constitucionalidad y que, en el futuro, puedan determinar una eventual declaración de nulidad de los contratos que se efectúen bajo su amparo, lo que podría conllevar consecuencias políticas y económicas graves.

En consecuencia, aparece necesaria una modificación del artículo 17° de la Constitución. Para realizarla es preciso considerar los temas que hemos tratado, pero también es verdad que ellos no agotan su problemática. Pensamos sobre todo en el tema de la reclamación diplomática o, en relación a recientes hechos políticos, en lo que llamaríamos la negociación intergubernamental de asuntos de política empresarial, tales como el acuerdo entre los gobiernos del Perú y los Estados Unidos de Norteamérica sobre la expropiación de la Cerro de Pasco y otras empresas por las que se pagó una suma global al gobierno norteamericano. El problema resulta así complejo y con muchos elementos intervinientes. Por ello es indispensable una revisión constitucional que aporte una solución global, donde el realismo legislativo no sea un obstáculo para el respeto de los derechos del Estado y de los principios que lo rigen.

## NOTAS

- ( 1 ) Esta cita corresponde a la selección de textos hecha por Eduardo Ferrero Costa en **Derecho Internacional Público**, materiales de enseñanza, Pontificia Universidad Católica del Perú, Programa Académico de Derecho; Lima, 1972; p. 372.
- ( 2 ) BASADRE, Jorge... **Historia de la República del Perú**.— Lima, Editorial Universitaria S. A., 1968.— Cap. CLXXXVIII, p. 294 del T. XIV.
- ( 3 ) FERRERO, Raúl... **Teoría del Estado**.— Lima, Ediciones Librería Studium S. A., s. f.— Cap. VII, p. 77.
- ( 4 ) BASADRE, Jorge., . Op. Cit. Cap. CLXXI, p. 97 del T. XIII.
- ( 5 ) FERRERO, Raúl... **Op. cit.** Cap. XIII, p. 177.
- ( 6 ) PAREJA PAZ-SOLDAN, JOSE... **Derecho Constitucional Peruano**.— Lima, Ediciones Librería Studium, 1966.— Cap. XXXIII, p. 396.
- ( 7 ) El artículo 39? del Código Civil les da por esta razón, también el carácter de personas jurídicas de Derecho Público interno:  
"Código Civil, art. 39?—El principio de las personas jurídicas de derecho público interno, los órganos encargados de representarlas y la manera de realizar las funciones que les corresponden, se determinan en las leyes respectivas".
- ( 8 ) Ver: para Industrias el D. L. 19262 art. 10? inc. b); para Pesquería el D. L. 18810 art. 49?; para Minería el D. L. 18880 arts. 40? y 41?, y D. L. 19615 art. único; para Telecomunicaciones el D. L. 19020 art. 16? inc. c); para Electricidad el D. L. 19521, Definiciones, letra G.
- ( 9 ) Por ser de interés para el desarrollo de estas ideas, transcribimos los artículos 10? y 11? del D. L. 19453 a través de los cuales se podrá apreciar claramente lo que se entiende por capacidad determinante del Estado:  
D. L. 19453, art. 10?—"Las empresas sujetas a contratos de adquisición gradual, requerirán necesariamente acuerdo de la Junta General de Accionistas, con el voto conforme de la totalidad de los representantes de las Acciones del Estado, en los casos siguientes:  
a. Aumento o reducción del capital, modificación de Estatutos, emisión de obligaciones, transformación, fusión y disolución de la empresa.  
b. Desarrollo de actividades distintas a las especificadas en el contrato de adquisición".  
D. L. 19453, art. 11?—"Las Empresas sujetas al contrato de adquisición requerirán necesariamente acuerdo del Directorio, con el voto conforme de la totalidad de los Directores representantes del Estado, en los casos siguientes:



- a. Enajenación, arrendamiento o cualquier tipo de contrato que implique el retiro o pérdida, incluso parcial, del derecho de utilizar el total o una parte sustancial de los activos o bienes esenciales a la producción de la Empresa o que pudieran originar su dependencia de terceros.
- b. Adquisición de bienes o realización de inversiones, distintos a los requeridos para la actividad normal de la Empresa.
- c. Contratación de créditos en el extranjero o en el país, en cuanto excedan globalmente de un porcentaje sobre el patrimonio de la Empresa, que se fijará en contrato de adquisición.
- d. Constitución de hipotecas o prendas.
- e. Otorgamiento de fianza u otras garantías a favor de terceros.
- f. Designación de los Auditores Externos de la Empresa.
- g. Celebración, modificación o terminación de contratos de gerencia, administración, asesoría técnica de empresas extranjeras, contratos de transferencia de tecnología y relativos a patentes y licencias; y,
- h. Aprobación de los contratos de ejecución futura o con vigencia obligatoria para la Empresa hasta la fecha en que el Estado adquiera más de la mitad de las acciones representativas del capital social". (El Decreto-Ley 19453 es el que norma los contratos de adquisición gradual de las empresas dedicadas a actividades de Industria Básica por el Estado, ya que según la Ley General de Industrias estas actividades serán desarrolladas por empresas estatales).
- (10) Estas normas de excepción se refieren a los derechos de información de los accionistas y funcionamiento de los órganos de dirección de la empresa, estando contenidas en los siguientes dispositivos: art. 17 del D. L. 18872; art. 157 del D. L. 19453 para el caso de Industria Básica a ser adquirida por el Estado; y en el art. 142 del D. L. 19020 para las empresas estatales asociadas que operen servicios de radiodifusión.
- (11) MAC LEAN, Roberto... **Consideraciones preliminares a un estudio del régimen legal de las inversiones extranjeras en el Perú**, en **Derecho**, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1974, Núm. 31, p. 90.
- (12) **Loe. cit.**
- (13) **Loe. cit.**
- \* Código Civil, art. IX del Título Preliminar.— "La existencia y capacidad civil de las personas jurídicas extranjeras, de derecho privado, se rigen por la ley del país en el cual se han constituido.  
La capacidad de las personas jurídicas nunca podrá ser contraria al orden público ni más extensa que la concedida a las nacionales".
- (14) **Ibidem.**— p. 91.
- (15) **Loe. cit.**
- (16) PORTOCARRERO OLAVE, Felipe... **Derecho Internacional Público.**— Ministerio de Guerra, República Peruana, 1966.— Cap. IV, p. 36.
- (17) **Ibidem.**—Cap. IV, p. 35.
- (18) **Ibidem.**—Cap. IV, p. 47.
- (19) **Ibidem.**—Cap. VI, pp. 62-63.
- (20) FERRERO, Raúl. . **Derecho Internacional.**— Lima, 1966.— Cap. IV, p. 49.
- (21) Podemos la frase en condicional porque el hermetismo de la administración pública en el otorgamiento de facilidades para consultar los documentos respectivos que tienen carácter reservado, nos ha impedido corroborar esta información que parece verosímil, por lo menos a partir de 1967.
- (22) DU PASQUIER, Claude... **Introducción a la teoría general del Derecho y a la filosofía jurídica.**— Lima, Librería e Imprenta Gil, 1950.— p. 210.
- (23) **Ibidem.**—p. 211.

