

LAS CLÁUSULAS DE ESTABILIZACIÓN EN LOS CONTRATOS DE INVERSIÓN Y EL ARBITRAJE INTERNACIONAL

FRANCESCA BENATTI*

Università Cattolica del Sacro Cuore, Milán, Italia

SERGIO GARCÍA LONG**

Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, Perú

Recibido: 23 de septiembre del 2021 / Aprobado: 24 de noviembre del 2021

doi: <https://doi.org/10.26439/iusetpraxis2022.n054.5447>

RESUMEN. Las partes pueden garantizar la estabilidad del contrato mediante la inclusión de cláusulas específicas. En contratos internacionales de inversión se pactan cláusulas de estabilización para otorgar protección frente a diferentes riesgos. El presente trabajo analiza la estructura contractual de las cláusulas de estabilización y cómo estas han sido tratadas en arbitrajes internacionales.

PALABRAS CLAVE: cambio de circunstancias / cláusulas de estabilización / riesgo legal / contratos de inversión / arbitraje internacional

STABILIZATION CLAUSES IN INVESTMENT CONTRACTS AND INTERNATIONAL ARBITRATION

ABSTRACT. Parties can secure the stability of contracts with specific clauses. In international investment agreements, stabilization clauses are agreed to provide protection against different risks. This paper analyzes the contractual structure of stabilization clauses and how it has been treated in international arbitration.

KEYWORDS: Change of circumstances / stabilization clauses / legal risk / investment contracts / international arbitration

* Abogada por la Università degli Studi di Milano. Ph. D. en Derecho Comparado por la misma casa de estudios. Profesora de Derecho Privado en la Università Cattolica del Sacro Cuore. Autora de tres libros y más de ochenta artículos sobre responsabilidad civil, derecho de contratos, derecho comparado, propiedad y arbitraje. Correo electrónico: francesca.benatti@unicatt.it.

** Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (*summa cum laude*). Asociado en Vargas Pareja Abogados. Especialista en derecho de contratos, societario, financiamientos, M & A y arbitraje. Ha sido profesor adjunto en Derecho de Obligaciones, Responsabilidad Civil, Análisis Económico del Derecho y Temas de Derecho Societario en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Autor de dos libros, más de treinta artículos y coordinador de cuatro obras colectivas en temas de su especialidad. Correo electrónico: sergio.garcial@pucp.edu.pe.

1. INTRODUCCIÓN

El riesgo legal o normativo se refiere a los cambios en el tiempo de la ley existente al momento de la firma del contrato, incluida la jurisprudencia al respecto, lo cual puede provocar cambios adversos en el contrato. Este riesgo legal puede ser parte de uno mayor: el riesgo político, que se refiere a los cambios que puede implementar una nueva autoridad, como un nuevo presidente o jefe de Estado¹. La materialización de estos riesgos podría generar diferentes efectos, los cuales podrían desencadenar la aplicación de alguna excusa al cumplimiento contractual conforme a la ley aplicable, como el caso fortuito o fuerza mayor (imposibilidad física o legal) o la excesiva onerosidad (riesgo económico), o la activación de algún pacto incorporado en el contrato y relacionado con la ocurrencia de circunstancias inesperadas, como las cláusulas de *force majeure*, *hardship*, MAC (*material adverse change*) / MAE (*material adverse effect*), equilibrio económico-financiero, entre otros. Mientras que algunos de estos pactos no giran en torno al riesgo político o legal, algunos sí lo hacen. Teniendo en cuenta estos vacíos, las partes suelen acordar cláusulas específicas en contratos que estén especialmente expuestos al riesgo político y legal. Aquí destacan las cláusulas de estabilización (especialmente, las jurídicas).

En el derecho de inversiones, es usual que los inversionistas negocien el pacto de estas cláusulas de estabilización frente a los Estados. Por un lado, es interesante observar la estructura contractual de las cláusulas de estabilización, sus consecuencias y los riesgos que buscan regular. Por otro lado, es pertinente prestar atención a la jurisprudencia arbitral y cómo son entendidas en el arbitraje internacional, pues el pacto de las cláusulas de estabilización puede generar tensiones frente a potestades estatales y normas de orden público. Ello se presenta de manera particular en las cláusulas de estabilizaciones relacionadas con el riesgo político y legal.

Para tales efectos, la sección 2 de este trabajo dedica unas breves reflexiones sobre el derecho peruano en torno a los “contratos-ley” o convenios de estabilidad jurídica. La sección 3 trata sobre las cláusulas de estabilización en contratos de inversión, mientras que la sección 4 sobre las cláusulas de estabilización en arbitrajes internacionales. Finalmente, la sección 5 concluye con unas reflexiones en torno al tema.

2. APUNTES SOBRE EL “CONTRATO-LEY” EN EL PERÚ

Una de las normas más controversiales de la Constitución Política del Perú de 1993 para los contractualistas peruanos ha sido y es el artículo 62 y su relación con los

1 A manera introductoria, sobre el riesgo político y legal y el impacto que puede tener en diversos tipos de contratos, véanse de manera general Heller (1978), La Porta Drago (1993), Vermeule (2012), Yackee (2014) y Menchola Arana y Paz Sime (2019).

artículos 1355 y 1357 del Código Civil peruano de 1984 (vigente con anterioridad a la norma constitucional)²:

Artículo 62. Libertad de contratar

La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley.

Mediante contratos-ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades. No pueden ser modificados legislativamente, sin perjuicio de la protección a que se refiere el párrafo precedente.

Artículo 1355. La ley, por consideraciones de interés social, público o ético puede imponer reglas o establecer limitaciones al contenido de los contratos.

Artículo 1357. Por ley, sustentada en razones de interés social, nacional o público, pueden establecerse garantías y seguridades otorgadas por el Estado mediante contrato.

Al respecto, debemos tener en cuenta dos precisiones y advertencias: (1) el artículo 62 es el resultado de una buena intención que tuvo una mala redacción y (2) el artículo 62 debe ser visto desde su ámbito civil, público e internacional para evitar incurrir en lecturas parciales o sesgos.

En primer lugar, el legislador constitucional redactó el artículo 62 con el objetivo de corregir las omisiones del legislador civil en el Código Civil peruano y así reforzar la protección a favor de las inversiones extranjeras.

El original artículo 1134 del Código Civil francés de 1804 señalaba que “las convenciones legalmente formadas tienen el lugar de la ley para aquellos que la hicieron” (*pacta sunt servanda*) y que no pueden ser revocadas sino por el consentimiento mutuo o por las causas que la ley autorice” (santidad contractual):

Art. 1134

Les conventions légalement formées *tiennent lieu de loi* [énfasis añadido] à ceux qui les ont faites.

Elles ne peuvent [énfasis añadido] être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise.

Elles doivent être exécutées de bonne foi.

2 En relación con las diversas lecturas propuestas por los comentaristas peruanos, véanse De la Puente y Lavalle (1996), Cárdenas Quirós (1997, 2000), Amado y Miranda (2000), Gutiérrez Camacho (2000), Avendaño Valdez (2007), Merino Acuña (2009), Bullard González (2010), Tantaleán Odar (2012), Escobar Rozas y Cabieses Crovetto (2013), Saavedra Velazco (2014), Torres Méndez (2016) y Campos García (2020).

La frase “el contrato tiene ‘el lugar de la ley’” o —en su variante más conocida— es “ley entre las partes” fue propuesta por Domat³ y fue un éxito en la legislación civil comparada⁴. La misma frase fue replicada en las codificaciones civiles de Chile (artículo 1545)⁵, Ecuador (artículo 1588)⁶, Colombia (artículo 1602)⁷, Venezuela (artículo 1159)⁸, Bolivia (artículo 519)⁹, Costa Rica (artículo 1022)¹⁰, Honduras (1348)¹¹, Nicaragua (artículo 1836)¹², Panamá (artículo 976)¹³, República Dominicana (artículo 1134)¹⁴, España (artículo 1091)¹⁵, Italia (artículo 1372)¹⁶, entre otros. Además, las codificaciones civiles de Chile, Ecuador, Colombia, Venezuela, Bolivia e Italia mencionan a la santidad contractual inmediatamente después del *pacta sunt servanda*. Por el contrario, los legisladores peruanos de los Códigos Civiles de 1936 (artículo 1328) y 1984 (artículo 1361) se apartaron de esta técnica legislativa y prefirieron decir que los contratos “son obligatorios”, sin hacer expresa referencia a la santidad contractual:

3 En su obra *Loix civiles dans leur ordre naturel*. Sobre la obra de Jean Domat, véanse Di Nova (1994) y Guzmán Brito (2004a).

4 Sobre el *pacta sunt servanda* y el *sanctity of contract* en general, véanse Kunz (1945), Wehberg (1959), Parry (1959), Block (1981), Di Nova (1994) y Waddams (2019).

5 “Art. 1545. Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”.

6 “Art. 1588. Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”.

7 “Art. 1602. Los contratos son ley para las partes
Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”.

8 “Art. 1159. Los contratos tienen fuerza de Ley entre las partes. No pueden revocarse sino por mutuo consentimiento o por las causas autorizadas por la Ley”.

9 “Art. 519. Eficacia del contrato
El contrato tiene fuerza de ley entre las partes contratantes. No puede ser disuelto sino por consentimiento mutuo o por las causas autorizadas por la ley”.

10 “Art. 1022. Los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes”.

11 “Art. 1348

Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos”.

12 “Art. 1836. Las obligaciones que nacen de los contratos, tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos”.

13 “Art. 976. Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos”.

14 “Art. 1134. Las convenciones legalmente formadas tienen fuerza de ley para aquellos que las han hecho”.

15 “Artículo 1091

Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse a tenor de los mismos”.

16 “Art. 1372 Efficacia del contratto

Il contratto ha forza di legge tra le parti.

Non può essere sciolto che per mutuo consenso o per cause ammesse dalla legge.

Il contratto non produce effetto rispetto ai terzi che nei casi previsti dalla legge”.

Artículo 1328. Los contratos *son obligatorios* [énfasis añadido] en cuanto se haya expresado en ellos, y deben ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes.

Artículo 1361. Los contratos *son obligatorios* [énfasis añadido] en cuanto se haya expresado en ellos.

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

A pesar de lo anterior, entiéndase que bastaba con el actual artículo 1361 del Código Civil de 1984 para que se entienda que allí está reconocido el *pacta sunt servanda*, así como la santidad contractual; caso contrario, se tendría que concluir que en el Perú los contratos no son ley entre las partes y que cualquiera puede modificarlos. De hecho, en la exposición de motivos se indica que el artículo 1361 significa que el contrato es ley entre las partes¹⁷. Si ello es así, resulta obvio que solo las partes pueden modificarlo.

Argentina es otra jurisdicción civilista cuyo artículo 957 del Código Civil y Comercial de la Nación usa la técnica legislativa de que el contrato “es obligatorio” entre las partes (*pacta sunt servanda*) y, además, indica de manera expresa que solo ellas pueden modificarlo (santidad contractual)¹⁸, al igual que Guatemala, cuyo artículo 1519 del Código Civil indica que el contrato “obliga” a los contratantes (*pacta sunt servanda*), aunque no hace referencia a la santidad contractual¹⁹. Otras jurisdicciones señalan que una parte “se obliga” frente a la otra, como el artículo 1309 del Código Civil de El Salvador²⁰ y el artículo

17 “Este dispositivo repite parte del artículo 1328 del Código Civil de 1936 y su razón de ser está en la fuerza vinculatoria del contrato, que se celebra para ser cumplido, esto es, que está sujeto al denominado deber de observancia (*Pacta sunt servanda*).

Existe, en efecto, un interés fundamental para que se cumpla la palabra prometida, que es lo que confiere seguridad sobre la base del comportamiento leal y honesto de las partes. De faltar esta fuerza vinculatoria, los contratos sólo serían expresiones de buena voluntad o, como se ha dicho ‘simples pedazos de papel’ y su incumplimiento injustificado provocaría graves trastornos sociales. Según se expresó, sólo se ha recogido parte del artículo 1328 del Código Civil derogado, pues de su análisis doctrinario se encontró que ese dispositivo contenía dos proposiciones distintas y que merecían, en consecuencia, un trato separado. En efecto, una primera consiste en la afirmación de que los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos y este concepto se resume en la célebre frase de que son ‘ley entre las partes’; en tanto que la segunda afirma que deben ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de los contratantes”.

18 “Art. 959. Efecto vinculante

Todo contrato válidamente celebrado es obligatorio para las partes. Su contenido sólo puede ser modificado o extinguido por acuerdo de partes o en los supuestos en que la ley lo prevé”.

19 “Art. 1519. Desde que se perfecciona un contrato obliga a los contratantes al cumplimiento de lo convenido, siempre que estuviere dentro de las disposiciones legales relativas al negocio celebrado, y debe ejecutarse de buena fe y según la común intención de las partes”.

20 “Art. 1309. Contrato es una convención en virtud de la cual una o más personas se obligan para con otra u otras, o recíprocamente, a dar, hacer o no hacer alguna cosa”.

1247 del Código Civil de Uruguay²¹. Por su parte, Portugal señala en el artículo 406 de su Código Civil que el contrato debe ser puntualmente cumplido (*pontualmente cumprido*) y que solo puede ser modificado por mutuo acuerdo (santidad contractual)²². Finalmente, el artículo 6 de los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos señala el contrato es “obligatorio” para las partes²³.

Sin perjuicio de estas diversas técnicas legislativas, entiéndase que cuando se dice que “el contrato es obligatorio” o una “parte se obliga” se refiere al *pacta sunt servanda*, y que el *pacta sunt servanda* incluye a la santidad contractual y viceversa.

También téngase en cuenta que en el idioma inglés se usa el término *binding* para referirse al *pacta sunt servanda*, como se observa en el artículo 26 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados²⁴, el artículo 1434 del Código Civil de Québec²⁵, el artículo 1.3 de los UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts²⁶, el artículo II. – 1:103(1) del Draft Common Frame of Reference²⁷, el artículo 1.2 de los OHADAC Principles²⁸ y el artículo IV.1.2. de los TransLex Principles²⁹. Asimismo, la sección § 21 del Restatement

21 “Artículo 1247. Contrato es una convención por la cual una parte se obliga para con la otra o ambas partes se obligan recíprocamente a una prestación cualquiera, esto es, a dar, hacer o no hacer alguna cosa.

Cada parte puede ser una o muchas personas”.

22 “Art. 406. Eficácia dos contratos

1. O contrato deve ser pontualmente cumprido, e só pode modificar-se ou extinguir-se por mútuo consentimento dos contraentes ou nos casos admitidos na lei.

2. Em relação a terceiros, o contrato só produz efeitos nos casos e termos especialmente previstos na lei”.

23 “Art. 6. Fuerza obligatoria del contrato

Todo contrato válidamente celebrado es obligatorio para las partes”.

24 “Art. 26

‘Pacta sunt servanda’

Every treaty in force is binding upon the parties to it and must be performed by them in good faith”.

25 “Art. 1434. A contract validly formed binds the parties who have entered into it not only as to what they have expressed in it but also as to what is incident to it according to its nature and in conformity with usage, equity or law”.

26 “Art. 1.3

Binding character of contract

A contract validly entered into is binding upon the parties. It can only be modified or terminated in accordance with its terms or by agreement or as otherwise provided in these Principles”.

27 “Art. II. – 1:103: Binding effect

(1) A valid contract is binding on the parties”.

28 “Ar. 1.2: Pacta sunt servanda

Contract parties are bound to perform the agreed obligations according to contractual terms”.

29 “Art. No. IV.1.2 - Sanctity of contracts

(a) A valid contract is binding upon the parties. It can only be modified or terminated by consent of the parties or if provided for by the law. The parties to a contract must, unless legally excused from performance, perform their respective duties under the contract (*‘pacta sunt servanda’*).

(Second) of Contracts usa el término *binding* para referirse a la vinculatoriedad legal³⁰. Desde que *binding* es traducido al castellano como “obligatorio” o “vinculante” no hay mayor discusión sobre el reconocimiento del *pacta sunt servanda* y la santidad contractual.

Como vemos, existen diversas maneras para referirse a las reglas básicas del derecho de contratos. Como explicaba Di Nova (1994) sobre la expresión de que el contrato es ley entre las partes, “en definitiva, como se ha dicho, no es un problema de fórmula, sino de norma” (p. 120).

Sin embargo, es importante advertir cómo el derecho interno puede ser percibido desde el extranjero. Un abogado francés —por ejemplo— podría tener otra lectura si considera que el original artículo 1134 del Código Civil francés fue replicado en su misma literalidad en otras jurisdicciones civilistas latinoamericanas y europeas, pero no en el Perú³¹. Entonces podría preguntarse —como ocurrió en un caso arbitral internacional— por qué el Código Civil peruano no dice que el contrato es ley entre las partes, como sí lo hacen expresamente otras codificaciones civiles³².

Por ello, en su momento el legislador constitucional de 1993 quiso corregir las omisiones del legislador civil a efectos de atraer la inversión extranjera³³ y, como resultado de ello, redactó el artículo 62 para (1) dejar constancia de que en el Perú el contrato es ley entre las partes, (2) de que en el Perú existe la santidad contractual y (3) de que en Perú

(b) A valid unilateral promise or undertaking is binding on the party giving it if that promise or undertaking is intended to be legally binding without acceptance”.

30 “§ 21. Intention To Be Legally Bound

Neither real nor apparent intention that a promise be legally binding is essential to the formation of a contract, but a manifestation of intention that a promise shall not affect legal relations may prevent the formation of a contract”.

31 Sobre el Código Civil francés y su recepción en Latinoamérica, véanse Ramos Núñez (1995, 1997), Guzmán Brito (2004b, 2004c), Mirrow (2004) y Fernández Rozas (2005); así como los trabajos publicados en Henríquez Herrera y Corral Talciani (2004) y Serrano Migallón (2017). También véase Arregui Zamorano (2012).

32 Otras codificaciones civilistas incluso no contienen ninguna referencia expresa, de una u otra manera, sobre el *pacta sunt servanda*, como Cuba.

33 Torres y Torres Lara (1998, p. 33) explicaba lo siguiente: “Uno de los cambios introducidos por la Constitución del 93, es la prohibición expresa de que el Estado pueda modificar mediante leyes u otras disposiciones, los contratos. Esto es una respuesta al excesivo intervencionismo con que el Estado penetró casi por completo su seguridad. En algunas áreas como el arrendamiento de precios, el Estado llegó a dictar (como en otros países, entre ellos nada menos que en Francia o Italia) leyes ampliando el tiempo de vigencia de los contratos, reduciendo la merced conductiva o impidiendo el desalajo aún con sentencias en etapa de ejecución. La Constitución del 93 pretende retornar a un régimen de mayor seguridad contractual, trasladando a la vía judicial, la solución de conflictos por excesiva onerosidad, por modificación substancial de las condiciones pre-existentes o por cualquier otra razón que justifique una revisión y ajuste al contrato”.

Sobre el desarrollo de la economía peruana en la época de los noventa y su atractivo frente a las inversiones extranjeras, pueden consultarse los trabajos publicados en Paredes y Sachs (1991). También, y sobre la privatización en el caso peruano, véase Barrantes et al. (2003).

el Estado puede suscribir cláusulas de estabilización en materia jurídica (*stabilization clauses*) —como son conocidas en contratos internacionales de inversión³⁴—.

Vale mencionar que el artículo 62 representa una novedad legislativa en materia constitucional al regular expresamente a la santidad contractual, la cual estuvo inspirada en la *contract clause* del primer párrafo de la Section 10 del Article I de la Constitution of the United States (1787), la cual regula a la *sanctity of contract*, aunque para ser más precisos esta noción de *sanctity* no se limita a los *contracts* sino también —y sobre todo— a la *private property*:

No State shall [énfasis añadido] enter into any Treaty, Alliance, or Confederation; grant Letters of Marque and Reprisal; coin Money; emit Bills of Credit; make any Thing but gold and silver Coin a Tender in Payment of Debts; pass any Bill of Attainder, ex post facto Law, or Law impairing the Obligation of Contracts [énfasis añadido] or grant any Title of Nobility³⁵.

Otro antecedente lo encontramos en el artículo 13 de la Constitución de Cuba de 1901: “Las obligaciones de carácter civil que nazcan de los contratos o de otros actos u omisiones que las produzcan, no podrán ser anuladas, ni alteradas por el Poder Legislativo ni por el Ejecutivo”.

Luego, el artículo 23 de la Constitución cubana de 1940 incluyó una redacción más extensa al respecto:

34 La doctrina legal peruana ha prestado poca atención a las cláusulas de estabilización en el ámbito internacional, salvo López Fung (2020), Núñez del Prado y Simó García (2020) y Núñez del Prado et al. (2021). En otras jurisdicciones de América también se discute sobre la estabilidad jurídica a favor de las inversiones extranjeras, como Galarza Muñoz (2018) en Ecuador, Torrealba (2008) en Venezuela, Galán Barrera (2006) y Pérez Rendón (2015) en Colombia, Sommer (2013) en Argentina, Alba Betancourt (2009) en México y Mortimore (2009) en América Latina y el Caribe. En general, sobre Latinoamérica y el arbitraje de inversión, véanse Granato y Oddone (2007), De Trazegnies (2008), Fach Gómez (2011), Lazo (2014), Segura España (2014), Cervantes Valarezo (2017) y Olivet y Ghiotto (2021).

35 También téngase presente la Section 1 del Amendment XIV (1868): “All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws”.

Respecto a la *contract clause* destacan los fallos de la Supreme Court en *Fletcher v. Peck* (1810) y *Dartmouth College v. Woodward* (1819), conforme a lo señalado por John Marshall. Si bien lo referido por Marshall representó en su momento una aplicación estricta de la *contract clause*, en posteriores casos, como *Charles River Bridge v. Warren Bridge* (1837) y *Home Building & Loan Association v. Blaisdell* (1934), se empezó a relativizar esta santidad por razones de interés público. Sobre la *contract clause* y el *case law* americano, véanse McBain (1914), Johnson (1928), Kauper (1932), Wright (1938) y Mendelson (1949) [nota al pie de los autores].

Las obligaciones de carácter civil que nazcan de los contratos o de otros actos u omisiones que las produzcan no podrán ser anuladas ni alteradas por el Poder Legislativo ni por el Ejecutivo y, por consiguiente, las Leyes no podrán tener efecto retroactivo respecto a dichas obligaciones. El ejercicio de las acciones que de éstas se deriven podrá ser suspendido, en caso de grave crisis nacional, por el tiempo que fuere razonablemente necesario, mediante los mismos requisitos y sujeto a la impugnabilidad a que se refiere el párrafo primero del artículo anterior³⁶.

La disposición citada se replicó de manera idéntica en el artículo 23 de la Ley Fundamental de Cuba de 1959. Posteriormente, la santidad contractual cubana no fue reconocida en las Constituciones de 1976 y 2019.

A pesar de las buenas intenciones del legislador constitucional peruano de importar la santidad contractual y dejar constancia de que el contrato es ley entre las partes, la técnica legislativa no fue la mejor y se empezó a hablar de “contratos-ley” (también conocidos en el Perú como convenios de estabilidad jurídica o en la contratación internacional como cláusulas de estabilización) para otorgar “garantías y seguridades” específicas, como la inalterabilidad tributaria, cambiaria, laboral, entre otros aspectos. Esta mención a los “contratos-ley” era innecesaria, pues estos ya estaban reconocidos de manera general por el artículo 1357 del Código Civil sin hablar de “contratos-ley”, además de la regulación en leyes especiales (antes y después de 1993), que prefieren el término “convenio de estabilidad jurídica”³⁷. Entonces, se empezó a generar una confusión terminológica. ¿Los contratos son ley entre las partes bajo el Código Civil peruano, pero también hay “contratos-ley” bajo la Constitución? ¿Un tipo de contrato es “más ley” que el otro?

Sobre el contenido de los “contratos-ley”, es importante subrayar que las “garantías y seguridades” que se otorgan a través de ellos son las que están fuera de la autonomía privada y la libre disponibilidad de las partes, esto es, las gobernadas por normas de derecho público. Por ejemplo, entre privados se pueden transferir un departamento, pero no las ruinas de Machu Picchu. Igualmente, los privados pueden asignarse entre ellos el

36 Sobre el contexto social de la época en que se redactó la Constitución de 1940, Guanche (2017, pp. 68-69) explicaba que “para los defensores de la moratoria, el liberalismo económico fue el principal causante del desastre. Cuestionaban la ‘santidad’ de los contratos y la imposición del derecho adquirido sobre el derecho ‘a la vida’ (el lema de la Asociación Nacional de Propietarios era ‘vivir es primero’). La prevalencia de estas nociones liberales, hacían imposible, según sus críticos, la consecución de un rumbo capaz de lograr un ‘capitalismo humanizado’. La defensa de los deudores, dentro del marco general de impugnación del derecho ilimitado de propiedad privada y de necesidad de intervención sobre la economía, representaba el propósito de refundar el capitalismo cubano poscrisis sobre nuevas bases” [nota al pie de los autores].

37 Las leyes especiales son las encargadas de definir el ámbito de aplicación de los “contratos-ley” o convenios de estabilidad jurídica según sectores específicos. Primero, los Decretos Legislativos 662 y 757 presentaron una regulación general (y la Ley 27342 al respecto), pero luego se emitieron normas específicas, como el TUO de la Ley General de Minería o el TUO de la Ley Orgánica de Hidrocarburos. Véase Danós Ordóñez (2013).

costo tributario de un contrato, pero no alterar la calidad de contribuyente definido por ley. Entonces, las “garantías y seguridades” consisten en el “congelamiento” de normas de derecho público que no están dentro de la libre disponibilidad de las partes, como las normas tributarias, cambiarias, entre otras. En ello consiste la protección adicional que se puede otorgar mediante el “contrato-ley”. De allí que Cárdenas Quirós (1997, 2000) señalara que mediante cualquier contrato se garantiza la inalterabilidad de las normas dispositivas vigentes a la firma del contrato, pero no de las imperativas, las cuales solo pueden “congelarse” mediante “contratos-ley”, aunque una contraposición más exacta sería referirse a los contratos de derecho privado versus los contratos de derecho público. Y fijémonos que, cuando se habla de “congelamiento” de la norma, ello no significa que el Estado no pueda legislar. Podrá hacerlo, pero dicho cambio no será oponible a los contratos protegidos por un —valga la redundancia— “contrato-ley”; caso contrario, se configuraría un incumplimiento contractual. Sin embargo, el ámbito de aplicación del “contrato-ley” no termina allí.

En el Expediente 005-2003-AI/TC (caso Telefónica)³⁸, el Tribunal Constitucional del Perú³⁹ resolvió sobre una demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 26285, la cual dispuso la desmonopolización progresiva de los servicios públicos de telecomunicaciones de telefonía fija local y de servicios de portadores de larga distancia. En específico, la demanda de inconstitucionalidad se planteó contra el artículo 3, que señala lo siguiente: “Artículo 3. Los contratos de concesión que celebre el Estado para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones tienen carácter de contrato-ley”.

¿No se suponía que mediante “contrato-ley” se otorgan “garantías y seguridades” específicas como la estabilidad tributaria? Al final, el Tribunal Constitucional consideró que la norma no era inconstitucional, pues la ley sectorial podía definir el ámbito de aplicación del “contrato-ley” respectivo según sea necesario por el interés público (en este caso, para desmonopolizar el mercado de telecomunicaciones), y que en virtud de ello se podía legislar que todo el contrato (entiéndase, todas sus cláusulas) sea a su vez “contrato-ley”. Entonces, ¿cómo queda el derecho peruano? ¿Los contratos bajo el Código Civil son ley entre las partes, pero también hay “contratos-ley” bajo la Constitución para aspectos específicos, sin perjuicio de que haya contratos que en todo su contenido puedan ser “contrato-ley”?

Se entiende la necesidad de proteger a la inversión extranjera, pero para ello no era necesario crear confusiones legales, y el Tribunal Constitucional no aprovechó la oportunidad para aclarar el panorama y generó aún más confusión. Si todo contrato ya es ley entre las partes, lo que correspondía —si se quería otorgar aún más protección— era que

38 Sobre el caso Telefónica, véase Barrantes et al. (2003).

39 Respecto a otros casos constitucionales en materia contractual, véase Landa (2014).

la ley sectorial determinase cuáles serían las específicas “garantías y seguridades” que se podrían otorgar mediante “contrato-ley” en el sector telecomunicaciones. Sin embargo, señalar que todo el contrato de concesión es “contrato-ley” puede sonar bien para proteger la inversión extranjera (incluso hasta ser populista), pero ello no debe realizarse por las vías legales incorrectas. En el derecho de contratos ya existen el *pacta sunt servanda* y la santidad contractual. Pareciera que el legislador de telecomunicaciones también quiso corregir las omisiones del legislador civil y, ante la duda, prefirió por la regla “mejor que sobre a que falte”, incluso si en el camino se generase más confusión legal.

Hace varios años en el arbitraje internacional que mencionábamos se evidenció lo complicado que era explicar ante un tribunal internacional lo que es el “contrato-ley” en el Perú. Según el laudo, parece que nunca entendieron, pero era de esperarse. Cómo se le podría explicar a un tribunal extranjero un derecho nacional incoherente⁴⁰.

3. LAS CLÁUSULAS DE ESTABILIZACIÓN EN CONTRATOS INTERNACIONALES DE INVERSIÓN

El Estado, como tal, mantiene su soberanía que proviene del derecho público, lo cual incluye la posibilidad de emitir nueva normativa jurídica que pueda afectar la ejecución de contratos en curso. Este riesgo normativo o *aléa de la souveraineté* es un riesgo cierto y conocido por el inversionista y, como tal, en los contratos de inversión se suelen incluir cláusulas contractuales que otorguen protección al inversionista frente al poder público de carácter irrenunciable de los Estados.

Tenemos cuatro medidas contractuales que pueden pactarse para proteger al inversionista⁴¹. Primero, la desnacionalización del contrato para extraerlo del derecho nacional del Estado y someterlo a los principios generales del derecho, la *lex mercatoria* o algún instrumento internacional de uniformización. Segundo, el pacto de arbitraje internacional para extraerse de la jurisdicción del Estado (el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones [CIADI], por ejemplo). Tercero, el pacto de cláusulas de estabilización normativa que permita congelar un marco jurídico vigente al momento de la suscripción del contrato. Cuarto, la inclusión de cláusulas de renegociación que se activen ante la materialización del *aléa de la souveraineté*.

40 Sobre la participación del Perú en arbitrajes de inversiones, véase el reciente reporte de Müller y Olivet (2021), el cual señala que a diciembre del 2020 el Perú acumulaba un total de veinticinco demandas de inversores y fue el país más demandado del mundo en el 2020 y el cuarto más demandado en América Latina y el Caribe. También puede consultarse el reporte de Olivet et al. (2021), que informa que a diciembre del 2020 había trescientas tres demandas contra países de América Latina y el Caribe, lo cual representa un 27,4 % de las demandas a nivel mundial y hace que se trate de la segunda región más demandada del mundo.

41 Véanse Peter (1986) y Bernardini (1998).

A efectos de este trabajo, conviene enfocarnos en las cláusulas de estabilización y las cláusulas de renegociación. Si bien ambas cláusulas son distintas, pueden interactuar entre ellas y complementarse, sobre todo cuando una cláusula de estabilización incluye un pacto de renegociación.

Es típico que en contratos internacionales de inversión celebrados entre el Estado y el inversionista se proceda a renegociar el contrato, sea *de facto* (de manera espontánea) o en virtud de un pacto que disponga la renegociación bajo ciertas circunstancias (renegociación convencional).

Salacuse (2001) propone una interesante clasificación de la renegociación: (1) *post-deal renegotiations* (renegociación después del contrato), que consiste en la renegociación que surge ante el término del plazo del contrato, a efectos de continuar con la relación contractual, pero con nuevos términos y condiciones; (2) *intra-deal renegotiations* (renegociación dentro del contrato), que consiste en la renegociación que se activa bajo determinados supuestos según el esquema contractual pactado por las partes, y (3) *extra-deal renegotiations* (renegociación fuera del contrato), que surge al margen del contrato o incluso en contra de este, de manera que suele dar lugar a renegociaciones forzadas y estresantes.

Las cláusulas de renegociación son supuestos de *intra-deal renegotiations* que pueden activarse ante determinadas circunstancias. La renegociación convencional puede ser amplia y materializarse en cláusulas específicas, como las cláusulas *hardship* en contratos comerciales, las cláusulas de *force majeure*, las cláusulas de estabilización en contratos de inversión, las cláusulas de equilibrio económico-financiero en contratación pública, las cláusulas escalonadas en arbitraje, entre otras.

Además, la existencia de un pacto también podría generar *extra-deal renegotiations*. Por ejemplo, si ocurre excesiva onerosidad y el contrato tiene una cláusula *hardship*, entonces debería seguirse el procedimiento regulado por ella. Pero si para el caso concreto tal procedimiento no le conviene a la parte afectada con la excesiva onerosidad podría optar por no seguirlo y actuar al margen del contrato. También podría ocurrir que el contrato no tenga un pacto específico, ante lo cual aplicaría una ley nacional. Si la ley aplicable no reconoce a la excesiva onerosidad o reconoce un modelo de excesiva onerosidad que no le conviene a la parte afectada, dicha parte afectada podría elegir por actuar al margen de la ley aplicable.

Por otro lado, tenemos a las cláusulas de estabilización, las cuales pueden ser entendidas en sentido amplio para abarcar distintos supuestos específicos: (1) cláusulas que congelan la normativa jurídica (cláusulas tradicionales de estabilización), (2) cláusulas que buscan mantener el equilibrio económico del contrato (cláusulas modernas de estabilización o de estabilización económica) y (3) cláusulas mixtas (normativas y económicas)⁴².

42 Véase Gjuzi (2018).

Estas cláusulas comenzaron a introducirse en la primera mitad del siglo pasado en los contratos de concesión entre los Estados latinoamericanos y las empresas estadounidenses para limitar o evitar el riesgo de expropiación y nacionalización. En *Aminoil v. Kuwait* (1982), sir Gerald Fitzmaurice destaca que

el Estado, por su parte, esperaría a que la empresa superara los problemas de la “dentición” y se convirtiera en un “negocio en marcha” y entonces intervendría y se haría cargo de ella. La aplicación de la “nacionalización” no estaba entonces muy en boga, pero el efecto era el mismo, a saber, que el Estado adquiría obligatoriamente la empresa, bien para explotarla él mismo, bien para entregarla a una sociedad de nacionalidad local ... A la luz de estos hechos, se empezaron a introducir cláusulas de estabilización en los contratos de concesión, especialmente por parte de las empresas americanas, a la vista de su experiencia en América Latina, y con el objetivo expreso de garantizar que las concesiones durasen todo el tiempo, salvo en el caso de que la propia concesión otorgase un derecho de rescisión anticipada.

Luego estas cláusulas se extendieron a casi todos los contratos de inversiones y a muchos sectores⁴³. Como fue subrayado en *Texaco Overseas Petroleum Co. and California Asiatic Oil Co. v. The Government of the Libyan Arab Republic* (1977), tales cláusulas son justificadas

por las considerables inversiones que realiza [el inversor] en el país en cuestión. El inversor debe estar protegido, en particular, contra las inseguridades jurídicas, es decir, contra los riesgos de modificación del derecho municipal del país de acogida o contra cualquier medida gubernamental que conduzca a la derogación o a la rescisión del contrato. (p. 456)

En primer lugar, tenemos a las cláusulas de estabilización jurídica⁴⁴. Teniendo en cuenta el poder inherente del Estado de emitir nueva normativa jurídica, las cláusulas de estabilización jurídica tienen el objetivo de congelar —a efectos del contrato— cierto paquete normativo existente a la fecha de celebración de este. De esa manera, cualquier norma posterior no puede modificar o de manera general producir un impacto en el contrato. Así, el inversionista tiene seguridad de que su contrato no se verá afectado por nuevas normas jurídicas de carácter público. La intención de la cláusula de estabilización es reconfirmar y darle más fuerza al *pacta sunt servanda* y a la santidad contractual en este contexto en donde interviene el Estado y aplica el derecho público (Gjuzi, 2018). Como tal, el paquete normativo que se estabilizada es uno de derecho público, que está fuera de la libre disponibilidad de las partes.

43 Sobre los diferentes sectores en que se pactan cláusulas de estabilización, véanse Bernardini (2008), Maniruzzaman (2007a, 2007b, 2008) y Ng'ambi (2012).

44 García-Amador (1993), Comeaux y Kinsella (1994), Peter (1998), Coale (2002), Horn (2004, pp. 12-13), Frank (2015) y Gehne y Brillo (2017).

Fijémonos que las cláusulas de estabilización normativa no impiden que el Estado pueda emitir nueva normativa, al ser este poder legislativo parte de su soberanía de derecho público. Lo que hace la cláusula de estabilización es que el inversionista pueda alegar como incumplimiento contractual el hecho de que un cambio normativo en el tiempo se quiera aplicar u oponer a su contrato. Si se pactó una cláusula de estabilidad normativa para congelar cierta normativa existente a la fecha de suscripción del contrato, esto significa que la norma jurídica puede cambiar de manera general, pero no para su contrato. No le sería oponible. De presentarse un incumplimiento, el inversionista podría someter la controversia ante un tribunal internacional. Esto evita que el Estado, de manera oportunista, pretenda usar su poder para cambiar la norma jurídica en general y así pueda afectar directamente un contrato celebrado con cierto inversionista particular.

La jurisprudencia ha examinado la naturaleza de este tipo de cláusula con resultados diferentes. Mientras que en el caso *Burlington v. Ecuador* (2012) se calificó como una cláusula de estabilización, en el caso *Perenco v. Ecuador* (2014) la solución fue la contraria, pues el tribunal arbitral observó que

si bien estas cláusulas estaban claramente diseñadas para proteger la negociación contractual, en opinión del Tribunal no constituyen cláusulas de estabilización per se. Por sus propios términos (por ejemplo, en “el caso de una modificación del régimen fiscal o la creación ... de nuevos impuestos no previstos en este Contrato ...”) los Contratos claramente no pretendían congelar la ley ecuatoriana en el momento de su firma y prohibir al Estado modificar el régimen fiscal.

En segundo lugar, se encuentran las cláusulas de estabilización económica, las cuales pueden incluir un pacto de renegociación⁴⁵. Se considera que la renegociación privada puede ser un buen inicio para que las partes intenten llegar a una solución por ellas mismas y así no sea necesario acudir a las cortes (Gjuzi, 2018).

El desequilibrio económico es un problema sobre el cual se han propuesto diversas soluciones a nivel nacional e internacional. Los derechos nacionales hablan de *imprévision*, *Geschäftsgrundlage*, *excessiva onerosità sopravvenuta*, *rebus sic stantibus*, *impracticability*, *frustration of purpose*, entre otros; mientras que en el derecho internacional se habla de *change of circumstances* y *hardship*. Además, la práctica contractual ha estandarizado el uso de cláusulas específicas como las cláusulas *hardship* o las cláusulas MAC/MAE⁴⁶.

45 Sobre la renegociación y adaptación de contratos internacionales de inversión, véanse Kolo y Walde (2000), Salacuse (2001), Berger (2003), Gotanda (2003), Kröll (2004), Al Faruque (2008), Russi (2008), Ng'ambi (2014) y Florou (2020).

46 Sobre las diferentes maneras de afrontar la excesiva onerosidad o *hardship*, véanse García Long (2020) y Benatti (2021). Sobre el cambio de circunstancias y la cláusula MAC/MAE en contratos corporativos, véase García Long (2016).

A pesar de las diferentes perspectivas, todas buscan darle una solución al desequilibrio económico. En el fondo, la diferencia está en el modelo contractual empleado. Los modelos anglosajones prefieren procedimientos privados que solo excusan a la parte afectada del cumplimiento del contrato mientras dura la excesiva onerosidad y/o habilitan la terminación del contrato (por la parte afectada o la contraparte, según corresponda). No se admite la intervención de las cortes ni la renegociación. Por el contrario, los modelos civilistas tienen una preferencia por judicializar el procedimiento de la excesiva onerosidad y admiten la renegociación. Proponen una primera etapa de renegociación privada del contrato y, ante la falta de acuerdo entre las partes, cualquiera de ellas podrá solicitar a una corte la adaptación o la terminación del contrato. Partiendo de estas premisas, los contratos internacionales de inversión también tienen un modelo particular para solucionar el problema del desequilibrio económico.

Las cláusulas de estabilización económica buscan garantizar el equilibrio económico del contrato durante toda su vigencia y, como tales, regulan un procedimiento contractual que puede ser preventivo o reactivo frente a circunstancias concretas. Este procedimiento contractual involucra una etapa de renegociación entre las partes. La cláusula es preventiva cuando dispone que el contrato deberá revisarse, por ejemplo, cada diez años a través de una renegociación a efectos de realizar los ajustes necesarios de ser el caso. Por el contrario, será reactiva cuando la cláusula se active ante la ocurrencia de algún acontecimiento específico que afecte la economía del contrato.

Estas cláusulas de estabilización económica poseen una lógica particular, pues se incorporan a contratos que se rigen por el derecho público y el privado, y porque tienen una extensa duración. Por ejemplo, un contrato de hidrocarburos es un contrato público por su objeto (los recursos naturales son del Estado), pero se rige por el derecho privado en relación con su negociación, interpretación, ejecución y terminación (sin perjuicio de aquella normativa pública que también sea aplicable). Como tal, la aplicación del derecho público exige tomar en cuenta consideraciones adicionales como el riesgo político, el normativo, el interés público, entre otros aspectos que pueden afectar al contrato y que exceden al derecho privado. Además, estos contratos suelen tener una larga duración.

Bajo este contexto, si un inversionista celebra un contrato para invertir una suma millonaria en la exploración y explotación de hidrocarburos por cincuenta años, será difícil anticipar desde la fecha de firma del contrato todas las contingencias que puedan afectarlo. Ante ello, las partes podrán pactar una cláusula que les permita revisar la economía del contrato cada cierto tiempo (de manera preventiva) o ante la materialización efectiva de ciertos eventos (de manera reactiva). Si partimos de la premisa de que los contratos de duración son contratos incompletos, entonces la renegociación puede

servir como una interesante y útil vía para buscar la cooperación entre las partes. Así, las partes logran que el contrato tenga estabilidad pero también flexibilidad⁴⁷.

Fijémonos que en las cláusulas de estabilización económica no se necesita que ocurra efectivamente excesiva onerosidad para que se active la renegociación del contrato y pueda revisarse el equilibrio económico del contrato, desde que esta puede ser preventiva. Este es un aspecto interesante que demuestra cómo una cláusula de estabilización económica puede ser más amplia y no limitarse al ámbito de aplicación de la excesiva onerosidad según la ley nacional aplicable, las cláusulas *hardship* en contratos comerciales o las cláusulas MAC/MAE en contratos corporativos o financieros⁴⁸.

En tercer lugar, están las cláusulas de estabilización mixtas, que pueden cubrir el riesgo normativo y el equilibrio económico del contrato. Se suele pactar una cláusula que se activa ante la promulgación de una ley que afecte el equilibrio económico del contrato⁴⁹. En este caso se identifica que el cambio adverso podría consistir en una modificación normativa y que la consecuencia adversa sería el desequilibrio económico. De ocurrir ello, se activa la renegociación del contrato y, ante la falta de acuerdo, cualquiera de las partes podrá acudir a los tribunales. Esta cláusula no incluye estabilidad de una normativa jurídica. Así, esta cláusula sería limitada en comparación con las amplias cláusulas de estabilidad jurídica o económica.

Además, a diferencia de la estructura contractual de la cláusula *hardship*, que puede habilitar la resolución del contrato, la cláusula de estabilización económica puede estar estructurada de tal manera que ante un cambio normativo las partes deban seguir adelante con el contrato, pero adaptándolo al cambio de circunstancias. En caso de que las partes no puedan ponerse de acuerdo en la adaptación, se acudirá a un tercero para que la realice. Al tratarse de contratos de larga duración, se entiende la preferencia por la conservación del contrato. Además, téngase en cuenta el interés público involucrado en el contrato que podría hacer aplicables otras reglas de derecho público, como el principio de conservación de los servicios públicos, el cual exigiría la conversación del contrato sobre su terminación.

Los siguientes casos son ejemplos de cláusulas de estabilización mixtas destinadas a proteger el equilibrio económico del contrato ante un cambio normativo. El artículo 34.12 "Equilibrium of the Agreement" del Model Exploration and Production Sharing Agreement of 1994 of Qatar señala lo siguiente:

Whereas the financial position of the Contractor has been based, under the Agreement, on the laws and regulations in force at the Effective Date, it is

47 Kolo y Walde (2000) y Salacuse (2001, p. 1327).

48 Véase Peter (1986, pp. 30-31).

49 Véanse Bernardini (1998), Al Faruque (2008) y Ng'ambi (2014).

agreed that, if any future law, decree or regulation affects Contractor's financial position, and in particular if the customs duties exceed ... percent during the term of the Agreement, both Parties shall enter into negotiations, in good faith, in order to reach an equitable solution that maintains the economic equilibrium of this Agreement. Failing to reach agreement on such equitable solution, the matter may be referred by either Party to arbitration pursuant to Article 31.

Asimismo, la cláusula de "Economic Stabilization" del Petroleum Production Sharing Agreement suscrito en 1995 por State Oil Company of the Azerbaijan Republic y un consorcio de compañías petroleras indica lo siguiente:

The rights and interests accruing to Contractor (or its assignees) under this Agreement and its Sub-contractors under this Agreement shall not be amended, modified or reduced without the prior consent of Contractor. In the event that any Government Authority invokes any present or future law, treaty, intergovernmental agreement, decree or administrative order which contravenes the provisions of this Agreement or adversely or positively affects the rights or interests of Contractor hereunder, including, but not limited to, any changes in tax legislation, regulations, or administrative practice, or jurisdictional changes pertaining to the Contract Area, the terms of this Agreement shall be adjusted to re-establish the economic equilibrium of the Parties, and if the rights or interests of Contractor have been adversely affected, then the State entity shall indemnify the Contractor (and its assignees) for any benefit, deterioration in economic circumstances, loss or damages that ensue therefrom. The State entity shall within the full limits of its authority use its reasonable lawful endeavours to ensure that the appropriate Governmental Authorities will take appropriate measures to resolve promptly in accordance with the foregoing principles any conflict or anomaly between any such treaty, intergovernmental agreement, law, decree or administrative order and this Agreement.

Como vemos, partiendo del poder que tiene el Estado para legislar, los inversionistas buscan protegerse del riesgo político y legal con el pacto de cláusulas específicas. Si tenemos en cuenta las cláusulas de estabilización en contratos de inversión, no debería haber inconvenientes para interpretar correctamente el artículo 62 de la Constitución Política del Perú, a pesar de su mala redacción y su referencia a los "contratos-ley".

Cabe destacar que, independientemente del modelo adoptado, existe una evolución de las cláusulas de estabilización, de las amplias hacia las estrechas⁵⁰. Ahora es habitual que se restrinjan:

- a. a un importe mínimo invertido,
- b. a determinados tipos de regulación,
- c. solo a las normas discriminatorias o arbitrarias.

50 Véase Papaefstratiou (2021).

La razón se debe a la percepción de las cláusulas de estabilización como un posible obstáculo para una mejor regulación en los países en desarrollo en términos de respeto a los derechos humanos y al medioambiente. La Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD, por sus siglas en inglés) advierte que

las cláusulas de estabilización deben tratarse con precaución, dada la naturaleza controvertida de dichas cláusulas y el hecho de que, en la práctica, se han utilizado para impedir la aplicación de leyes socialmente importantes, como la legislación medioambiental y de derechos humanos, a los inversores. (p. 35)

4. LAS CLÁUSULAS DE ESTABILIZACIÓN EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL

Las cláusulas de estabilización (sobre todo las jurídicas) constituyen uno de los aspectos más complejos y controvertidos del derecho internacional. La jurisprudencia, especialmente la de arbitraje, se ha centrado en analizar su validez y los límites de su aplicación. De hecho, es necesario equilibrar la necesidad de seguridad y protección de los inversores con la necesidad de que los Estados modifiquen sus leyes y reglamentos para adaptarse a las nuevas circunstancias y problemas concretos. Como ha sido destacado en *Marvin Feldman v. México* (2002):

Las formas en que las autoridades gubernamentales pueden obligar a una empresa a abandonar su actividad, o a reducir significativamente los beneficios económicos de la misma, son muchas. En el pasado, los impuestos confiscatorios, la denegación del acceso a las infraestructuras o a las materias primas necesarias, la imposición de regímenes reguladores poco razonables, entre otros, se han considerado acciones expropiatorias. Al mismo tiempo, los gobiernos deben ser libres de actuar en el interés público más amplio mediante la protección del medio ambiente, regímenes fiscales nuevos o modificados, la concesión o la retirada de subvenciones gubernamentales, la reducción o el aumento de los niveles arancelarios, la imposición de restricciones de zonificación y similares. Una regulación gubernamental razonable de este tipo no puede lograrse si cualquier empresa que se vea afectada negativamente puede pedir una compensación, y es seguro que el derecho internacional consuetudinario reconoce esto.

Los primeros casos de la década de 1970 se centraron en la validez de las cláusulas de estabilización a la luz del principio de soberanía estatal.

Se pueden encontrar tres tesis:

- a. algunas decisiones sostenían que la renuncia a la facultad de cambiar su regulación era un ejercicio de soberanía;
- b. otros afirmaron que los Estados conservaban la facultad de expropiar o nacionalizar, pero debían garantizar una compensación justa, y

- c. según una orientación diferente, las cláusulas solo imponían al Estado el deber de actuar de buena fe, pero no afectaban su soberanía.

Sin embargo, se observa⁵¹ con razón que las diferencias teóricas no se tradujeron en resultados diferentes: en general, siempre se concedió una compensación. Relevante es *LETCO v. Liberia* (1986), en que se señaló lo siguiente:

Esta cláusula, comúnmente denominada “cláusula de estabilización”, se encuentra habitualmente en los contratos de desarrollo a largo plazo y, al igual que los procedimientos de notificación del Acuerdo de Concesión, tiene por objeto evitar las acciones arbitrarias del gobierno contratante. Esta cláusula debe respetarse, especialmente en este tipo de acuerdos. De lo contrario, el Estado contratante podría eludir fácilmente sus obligaciones contractuales mediante la legislación.

La cuestión de la validez de estas cláusulas a la luz de las leyes nacionales es más compleja. Se tiende a introducir o utilizar principios que pueden conducir a su nulidad (Erkan, 2011). Recientemente, en Israel el Tribunal de Justicia invalidó una de estas cláusulas contenidas en el plan del gas. Es interesante observar que esta cláusula fue defendida tanto por el Estado como por los inversores frente a la opinión contraria de varias ONG y parlamentarios. La decisión fue muy debatida porque es una de las primeras de este tipo. Comenta De Vries (2017) que

el HCJ [Israel’s High Court of Justice] ofrece una interesante perspectiva de un tribunal nacional al examinar la cuestión: ¿tiene un gobierno la facultad de comprometerse con una SC [stabilization clause] cuando dicho compromiso podría equivaler a una renuncia efectiva al ejercicio de los derechos soberanos que le asigna la ley? La respuesta del HCJ a esta pregunta —al menos en el contexto israelí— es negativa. Por lo tanto, aunque se considere que una SC de la variedad de congelación parcial bloquea el ejercicio de la discrecionalidad del Gobierno, podría ser declarado nulo. (p. 338)

Sin embargo, la tensión entre el principio de soberanía estatal y la cláusula de estabilización lleva a la necesidad de una interpretación de las cláusulas que no sea ni demasiado restrictiva ni demasiado amplia, como se muestra en la decisión del caso *Bogdanov v. Moldova* (2013).

En primer lugar, hay que identificar los comportamientos del Estado que pueden dar lugar a un incumplimiento de la cláusula. En *Duke v. Perú* (2008) se acoge una visión amplia: el tribunal afirmó que esta disposición abarca no solo las modificaciones de la legislación fiscal aplicable, sino también los cambios en su interpretación y aplicación por parte de los órganos administrativos o judiciales. Además, el incumplimiento del compromiso de estabilización de la carga fiscal puede verificarse incluso “en ausencia

51 Gehne y Brillo (2017).

de pruebas ... de una interpretación o aplicación estable". Por ejemplo, cuando no hay una interpretación o aplicación estable que sea "patentemente irrazonable" o "arbitraria", el tribunal no debe realizar un ejercicio "comparativo", es decir, examinar si la interpretación administrativa o judicial representa un cambio en comparación con la práctica interpretativa anterior y estabilizada.

En segundo lugar, el comportamiento del Estado debe valorarse de buena fe y, por lo tanto, las circunstancias del caso concreto son determinantes. De hecho, es una opinión bien establecida que la conducta no debe ser arbitraria. Sobre todo, la evaluación de la nueva legislación ha de realizarse teniendo en cuenta todas sus implicaciones y no solo las desfavorables para el inversor⁵²:

Quando se promulga y aplica una nueva ley, ésta debe ser examinada en su totalidad, y también debe situarse en su contexto general. La estabilización no puede significar que un inversor tenga derecho a escoger las disposiciones favorables de una nueva legislación y solicitar que se le exima de la aplicación de las disposiciones desfavorables. Esto no sólo sería inmanejable, sino que también crearía problemas de transparencia y previsibilidad en cuanto a qué disposiciones se aplican a un inversor concreto y cuáles no. El hecho de que disposiciones específicas dentro del marco legal general puedan haber tenido efectos adversos en las operaciones y negocios de los Demandantes no puede, por lo tanto, ser suficiente para concluir que la posición de los Demandantes fue "adversamente afectada" bajo el Artículo 6 de la FIL de 1994. (AES Corporation and Tau Power B.V. v. Republic of Kazakhstan, ICSID Case No. ARB/10/16. Award 1 December 2013)

Por último, hay que considerar en qué medida la cláusula de estabilización y las obligaciones asumidas por el Estado han afectado la decisión de invertir y si han creado expectativas legítimas. Estos perfiles son complejos y dependen de un examen de diferentes factores. En particular, las expectativas legítimas tienen que estar por encima de las meras expectativas, aspiraciones o esperanzas subjetivas del inversor y evaluarse objetivamente a la luz de todas las circunstancias en las que se realizó la inversión, incluida la situación imperante en el Estado en el que se lleva a cabo la inversión y teniendo en cuenta los derechos del Estado. Según la jurisprudencia en *Continental Casualty v. Argentina* (2008) es posible distinguir entre: (a) las declaraciones políticas, que "tienen el menor valor jurídico"; (b) los compromisos contractuales, que "por regla general" crean derechos legales y, por lo tanto, expectativas de cumplimiento, y (c) las declaraciones legislativas genéricas, que "engendran expectativas reducidas". Entonces, las cláusulas de estabilización parecen generar expectativas legítimas, aunque nunca deben considerarse como una garantía férrea de que las políticas no cambiarán.

52 Véase Papaefstratiou (2021).

Por otro lado, la interacción entre las cláusulas de estabilización y las cláusulas paraguas de los tratados es más controvertida. Por ejemplo, en el caso *El Paso v. Argentina* (2011) se estableció lo siguiente:

Interpretada de este modo, la cláusula paraguas ... no extenderá la protección del Tratado a los incumplimientos de un contrato comercial ordinario celebrado por el Estado o una entidad de propiedad estatal, pero cubrirá las protecciones adicionales de las inversiones acordadas contractualmente por el Estado como soberano —como una cláusula de estabilización— insertadas en un acuerdo de inversión.

En cambio, la solución en *Burlington v. Ecuador* (2012) fue diferente. Según la doctrina⁵³ la posibilidad del inversor de recurrir a la cláusula paraguas está limitada, entre otras razones, por la determinación de la distinción entre el incumplimiento soberano y el comercial de las obligaciones adoptada por el tribunal al interpretar la aplicación de la cláusula paraguas.

A pesar de algunas excepciones, es interesante observar que la ausencia de una cláusula de estabilización puede tener consecuencias importantes. En *Methanex v. USA* (2005), el tribunal arbitral estableció lo siguiente:

Como cuestión de derecho internacional general, una regulación no discriminatoria para un fin público, que se promulga de acuerdo con el debido proceso y que afecta, entre otras cosas, a un inversor o inversión extranjera, no se considera expropiatoria e indemnizable a menos que el gobierno regulador se haya comprometido específicamente con el entonces supuesto inversor extranjero que contempla la inversión a abstenerse de dicha regulación.

En el mismo sentido, en el caso *Toto v. Líbano* (2009), el tribunal consideró que, en ausencia de una cláusula de estabilización,

los cambios en el marco normativo sólo se considerarían como violaciones del deber de conceder plena protección y un trato justo y equitativo en los casos en que se produjera un cambio drástico o discriminatorio en las características esenciales de la transacción". Según la opinión mayoritaria, se distinguen de la legal stability obligation que está limitada por la razonabilidad⁵⁴.

También la cláusula de estabilización afecta la medida de la indemnización o de los daños y perjuicios. En este sentido, Cameron (2010, p. 60) destaca que el derecho del Estado a nacionalizar o expropiar existe independientemente de la presencia de la cláusula de estabilización, pero que los daños y perjuicios debidos al inversor tenderán a aumentar como resultado de una prohibición de no hacerlo, sobre la base del lucro cesante en virtud del principio de la confianza legítima. En particular, esto ocurre cuando

53 Tomić (2020, p. 269).

54 Véase Maynard (2016) [nota al pie de los autores].

la cláusula en cuestión detalla el procedimiento de cálculo de los daños. Sin embargo, el análisis jurisprudencial no permite identificar claramente los parámetros utilizados por los árbitros.

5. REFLEXIONES FINALES

El tema de las cláusulas de estabilización está estrechamente vinculado a dos aspectos centrales del debate actual, especialmente en un momento de competencia entre Estados y de crisis económica y sanitaria: la seguridad económica y la seguridad jurídica. Como señala Irti (2011), nuestro tiempo está caracterizado por una

trágica antinomia... que ve, por un lado, la soberanía cerrada en territorios definidos en lugares rodeados de fronteras, y, por otro, las interminables extensiones de la tecno-economía entre la territorialidad de la regla y la espacialidad de lo regulado, rompiendo la antigua co-extensión de la política, el derecho y la economía. Las esferas de la actividad humana ya no coinciden: la última, la económica, se ha liberado de las limitaciones territoriales y ha creado su propio horizonte inalcanzable. (p. 118)

Esto ha llevado, por un lado, a difuminar la distancia entre el sector público y el privado y, por otro, a dar más fuerza a las empresas, que a menudo pueden negociar con la misma fuerza, imponiendo sus condiciones a los Estados. Entonces, las inversiones suelen estar determinadas por una evaluación de la estabilidad del marco normativo y económico. Las cláusulas de estabilización responden a sus necesidades.

Sin embargo, puede ser compartida la tesis según la cual

resulta indudable de que existe una tensión insoportable entre las cláusulas de estabilización, la soberanía de los Estados y los derechos humanos. No creemos que pueda afirmarse, *prima facie*, que uno debe primar sobre el otro. En efecto, el análisis debe ser absolutamente casuístico, y el ejercicio a realizar debe ser siempre uno de ponderación. Nos encontramos ante uno de esos típicos casos en que todos los valores en juego deben ser maximizados en su conjunto. (Núñez de Prado & Simó García, 2020, p. 500)

A menudo, se trata de casos de “elecciones trágicas”⁵⁵: inversiones con menor protección laboral o medioambiental, en lugar de quizá desempleo y pobreza. Está claro que esto no debe ser una *race to the bottom*. Si la política parece débil y el consenso internacional difícil de encontrar para imponer normas y paradigmas uniformes, la tarea de la jurisprudencia es decidir con equilibrio, prudencia y transparencia a la luz de lo que las partes han acordado. Como explica Maniruzzaman (2005),

aunque a la luz de la reciente jurisprudencia arbitral y de la mayoría de las opiniones jurídicas no se puede afirmar que exista una forma totalmente

55 Véase Calabresi y Bobbitt (1978).

eficaz de evitar que el Estado anfitrión interfiera en las cláusulas de estabilización durante mucho tiempo, por muy cuidadosa que sea la redacción de dichas cláusulas, pueden adoptarse algunas técnicas, como se ha mencionado anteriormente, que pueden describirse como “dispositivos de cobertura en torno a la cláusula de estabilización”, con el fin de dificultar que el Estado parte interfiera en dichas cláusulas del contrato. El objetivo de estos dispositivos podría ser simplemente mitigar los riesgos soberanos/políticos, en lugar de impedir completamente que el Estado soberano interfiera en las cláusulas de estabilización, lo que resulta bastante inconcebible en el derecho y la práctica internacionales contemporáneos relativos a los contratos internacionales. (p. 100)

En este contexto, por lo tanto, la redacción de las cláusulas de estabilización es de fundamental importancia y debe reflejar los intereses y posiciones de las partes a la luz de la inversión y sus condiciones particulares y desarrollos sociales, económicos, legales y políticos.

REFERENCIAS

- AES Corporation and Tau Power B.V. v. Republic of Kazakhstan. ICSID Case No. ARB/10/16. Award 1 December 2013.
- Alba Betancourt, A. G. (2009). Panorama sobre cláusulas de estabilización en contratos de inversión extranjera. *Investigaciones Jurídicas de la Universidad de Guanajuato*, 15-36.
- Al Faruque, A. (2008). Renegotiation and adaptation of petroleum contracts: the quest for equilibrium and stability [Renegociación y adaptación de los contratos petroleros: la búsqueda de equilibrio y estabilidad]. *Journal of World Investment & Trade*, 9(2), 113-146.
- Amado, J. D., & Miranda, L. (2000). Aplicabilidad de la cláusula *pacta sunt servanda* del artículo 62 de la Constitución a los contratos regulados por el derecho público. *THĒMIS. Revista de Derecho*, (40), 255-262.
- Aminoil v. Kuwait. Final Award 24 Mar 1982.
- Arregui Zamorano, P. (2012). Intercambios codificadores entre ambos lados del Atlántico (a propósito de la codificación del Derecho Civil). *Anuario de Historia del Derecho Español*, (82), pp. 337-385.
- Avendaño Valdez, J. (2007). La libertad de empresa y la libertad contractual en la Constitución Política peruana. *Advocatus*, (16), 177-180.
- Barrantes, R., Tamayo, G., Távara, J., & Zavala, V. (2003). Las privatizaciones en una época de reforma estructural: el caso peruano. En A. Chong & J. L. Sánchez (Eds.),

Medios privados para fines públicos. Participación privada en infraestructura en América Latina (pp. 247-318). Banco Interamericano de Desarrollo.

- Benatti, F. (2021). Modificación de circunstancias y cláusulas contractuales. En W. Vásquez Rebaza (Ed.), *Principales cláusulas para la contratación privada contemporánea*. Asociación Civil Ius et Veritas.
- Berger, K. P. (2003). Renegotiation and adaptation of international investments contracts: the role of the contract drafters and arbitrators. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 36(4), 1347-1368.
- Bernardini, P. (1998). The renegotiation of the investment contract [La renegociación de los contratos de inversión]. *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*, 13(2), 411-425.
- Bernardini, P. (2008). Stabilization and adaptation in oil and gas investments [Estabilización y adaptación en inversiones de petróleo y gas]. *Journal of Law and Energy*, 1(1), 98-112.
- Block, G. (1981). Semantics and the sanctity of contracts [Semántica y santidad de los contratos]. *ETC: A Review of General Semantics*, 38(3), 290-300.
- Bullard González, A. (2010). Artículo 1355. En W. Gutiérrez (Ed.), *Código Civil comentado* (t. VII, pp. 46-55). Gaceta Jurídica.
- Burlington Resources Inc. v. Republic of Ecuador. ICSID Case No. ARB/08/5. Decision on Liability 12 December 2012.
- Calabresi, G., & Bobbitt, P. (1978). *Tragic choices. The conflicts society confronts in the allocation of tragically scarce resources* [Elecciones trágicas. Los conflictos a los que la sociedad se enfrenta en la designación de recursos trágicamente escasos]. W. W. Norton & Company.
- Cameron, P. (2010). *International energy investment law: the pursuit of stability* [Derecho internacional de inversiones energéticas: la búsqueda de estabilidad]. Oxford University Press.
- Campos García, H. (2020). Apuntes iniciales sobre la incidencia del riesgo normativo o regulatorio en la autonomía contractual en el ordenamiento peruano. En R. Barría Díaz, A. Ferrante & L. C. San Martín (Eds.), *Presente y futuro del derecho contractual* (pp. 169-203). Thomson Reuters.
- Cárdenas Quirós, C. (1997). Autonomía privada, contrato y constitución. En A. Bullard & G. Fernández (Eds.), *Derecho civil patrimonial*. Lima (pp. 39-60). Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial.

- Cárdenas Quirós, C. (2000). La supuesta santidad de los contratos y el artículo 62 de la Constitución Política del Perú. En A. A. Alterini, J. L. de los Mozos & C. Soto Coaguila (Dir.), *Contratación contemporánea: teoría general y principios* (vol. 1). Palestra Editores y Editorial Temis.
- Cervantes Valarezo, A. (2017). Nuevo constitucionalismo latinoamericano y arbitraje de inversión. *Revista del Club Español del Arbitraje*, (30), 81-100.
- Coale, M. T. B. (2002). Stabilization clauses in international petroleum transactions [Cláusulas de estabilización en transacciones internacionales petroleras]. *Denver Journal of International Law and Policy*, 30(2), 217-238.
- Código Civil. Artículo 1134. 17 de febrero de 1804 (Francia).
- Código Civil. Ley 8305 de 1936. Artículo 1328. 30 de agosto de 1936 (Perú).
- Código Civil. Decreto Legislativo 295 de 1984. Artículo 1361. 24 de julio de 1984 (Perú).
- Comeaux, P. E., & Kinsella, N. S. (1994). *Reducing political risk in developing countries: bilateral investment treaties, stabilization clauses, and MIGA & OPIC investment insurance* [Reduciendo riesgos políticos en países en desarrollo: tratados bilaterales de inversión, cláusulas de estabilización y seguros de inversión MIGA & OPIC]. *New York Law School Journal of International and Comparative Law*, 15(1), 1-48.
- Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo. *Investor-State arbitral practice* [Práctica arbitral entre inversor y el Estado].
- Constitución. Artículo 13. 20 de mayo de 1901 (Cuba).
- Constitución. Artículo 23. 10 de octubre de 1940 (Cuba).
- Constitución. Artículo I. 17 de septiembre de 1787 (Estados Unidos de América).
- Continental Casualty Company v. The Argentine Republic. ICSID Case No. ARB/03/9.
- Danós Ordóñez, J. (2013). Los convenios de estabilidad jurídica o también denominados contratos leyes en el Perú. *Ius et Veritas*, (46), 258-269.
- De la Puente y Lavalle, M. (1996). La libertad de contratar. *THĒMIS. Revista de Derecho*, (33), 7-14.
- De Trazegnies, F. (2008). Arbitrando la inversión. En Arbitraje Comercial y Arbitraje de Inversión (Ed.), *El arbitraje en el Perú y el mundo* (pp. 783-800). Instituto Peruano de Arbitraje.
- De Vries, R. F. (2017). Stability shaken? Israeli High Court of Justice strikes down the stabilization clause in the Israeli government's gas plan. *The Journal of World Investment & Trade*, (18.2), 332-341.

- Di Nova, G. (1994). El contrato tiene fuerza de ley. En Grupo Peruano de la Asociación Henri Capitant, *Nuevas tendencias del derecho contractual. Libro Homenaje a Manuel de la Puente y Lavalle* (pp. 117-164).
- Duke Energy International Peru Investments No. 1 Ltd. v. Republic of Peru. Award on the Merits. 18 August 2008. ICSID Case No. AR11/03/28.
- El Paso Energy International Company v. The Argentine Republic. ICSID Case No. ARB/03/15.
- Erkan, M. (2011). *International energy investment law: stability through contractual clauses*. Wolters Kluwer.
- Escobar Rozas, F., & Cabieses Crovetto, G. (2013). La libertad bajo ataque: contratos, regulación y retroactividad. *Ius et Veritas*, (46), 46-139.
- Fach Gómez, K. (2011). Latin America and ICSID: David versus Goliath?. *Law and Business Review of the Americas*, 17(2), 195-230.
- Fernández Rozas, J. C. (2005). El Código de Napoleón y su influencia en América Latina: reflexiones a propósito del segundo centenario. En C. E. Febres Fajardo (Coord.), *El derecho internacional en tiempos de globalización. Libro homenaje a Carlos Febres Pobeda* (t. I, pp. 151-190). Universidad de los Andes, Publicaciones del Vicerrectorado Académico.
- Florou, A. (2020). *Contractual renegotiations and international investment arbitration. A relational contract theory interpretation of investment treaties*. Brill Nijhoff.
- Frank, S. (2015). Stabilisation clauses and foreign direct investment: presumptions versus realities. *Journal of World Investment & Trade*, 16(1), 88-121.
- Galán Barrera, D. R. (2006). Los contratos de estabilidad jurídica: un estímulo a la inversión extranjera en Colombia. *Estudios Gerenciales*, 22(101), 111-121.
- Galarza Muñoz, A. S. (2018). *La estabilidad tributaria en los contratos de inversión en el Ecuador* [Tesis de licenciatura no publicada]. Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.
- García-Amador, F. V. (1993). State responsibility in case of stabilization clauses [Responsabilidad estatal en el caso de cláusulas de estabilización]. *Journal of Transnational Law & Policy*, (2), 23-50.
- García Long, S. (2016). *Un big MAC, por favor: la cláusula MAC en fusiones y adquisiciones*. Pontificia Universidad Católica del Perú, Facultad de Derecho, Oficina Académica de Publicaciones, Comunicación e Imagen.

- García Long, S. (2020). Contratos en cuarentena: pandemia y cambio de circunstancias. En *Derecho de los desastres: COVID-19* (t. I, pp. 151-187). Pontificia Universidad Católica del Perú, Facultad de Derecho.
- Gehne, K., & Brillo, R. (2017). Stabilisation clauses in international investment law: beyond balancing and fair and equitable treatment. *Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht*, (143), 1-52.
- Gjuzi, J. (2018). *Stabilization clauses in international investment law. A sustainable development approach*. Springer.
- Gotanda, J. Y. (2003). Renegotiation and adaptation clauses in investment contract, revisited. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 36(4), 1461-1474.
- Granato, L., & Oddone, C. N. (2007). La protección internacional del inversor extranjero a través de los acuerdos bilaterales de inversión. *Revista de la Facultad de Ciencias Económicas y Administrativas de la Universidad de Nariño*, 8(2), 43-66.
- Guanche, J. C. (2017). La Constitución de 1940: una reinterpretación. *Cuban Studies*, (45), 66-88.
- Gutiérrez Camacho, W. (2000). *Economía de Mercado y contratación*. Gaceta Jurídica.
- Guzmán Brito, A. (2004a). La doctrina de Jean Domat sobre la interpretación de las leyes. *Revista Chilena de Derecho*, 31(1), 39-68.
- Guzmán Brito, A. (2004b). La influencia del Código Civil francés en el derecho civil latinoamericano. *Temas de Derecho*, 19(1-2), 13-35.
- Guzmán Brito, A. (2004c). La influencia del Código Civil francés en las codificaciones americanas. En I. Henríquez Herrera & H. Corral Talciani (Eds.), *El Código Civil francés de 1804 y el Código Civil chileno de 1855. Influencias, confluencias y divergencias. Escritos en conmemoración del bicentenario del Código Civil francés* (pp. 17-49). Universidad de los Andes.
- Heller, J. R. (1978). Political risk insurance. *The Journal of International Law and Economics*, 12(2), 231-234.
- Henríquez Herrera, I., & Corral Talciani, H. (Eds.). (2004). *El Código Civil francés de 1804 y el Código Civil chileno de 1855. Influencias, confluencias y divergencias. Escritos en conmemoración del bicentenario del Código Civil francés*. Universidad de los Andes.
- Horn, N. (2004). Arbitration and the protection of foreign investment: concepts and means. En R. Horn (Ed.), *Arbitrating foreign investments disputes* (pp. 3-32). Kluwer Law International.

- Irti, N. (2011). *Diritto senza verità*. [Ley sin verdad]. Editori Laterza.
- Johnson, R. (1928). The contract clause of the United States Constitution [La cláusula contractual de la Constitución de los Estados Unidos]. *Kentucky Law Journal*, 16(3), 222-234.
- Kauper, P. (1932). What is a contract under the contracts clause of the federal constitution? [¿Qué es un contrato bajo la cláusula contractual de la constitución federal?]. *Michigan Law Review*, 31(2), 187-205.
- Kolo, A., & Walde, T. W. (2000). Renegotiation and contract adaptation in international investment projects. Applicable legal principles and industry practices [Renegociación y adaptación contractual en proyectos internacionales de inversión]. *Journal of World Investment*, 1(1), 5-58.
- Kröll, S. (2004). The renegotiation and adaptation of investment contracts. En R. Horn (Ed.), *Arbitrating foreign investments disputes* (pp. 425-470). Kluwer Law International.
- Kunz, J. L. (1945). The meaning and the range of the norm *pacta sunt servanda* [El significado y el rango de la norma *pacta sunt servanda*]. *The American Journal of International Law*, 39(2), 180-197.
- Landa, C. (2014). La constitucionalización del derecho civil: el derecho fundamental a la libertad contractual, sus alcances y límites. *THÉMIS. Revista de Derecho*, (66), 309-327.
- La Porta Drago, D. (1993). Reducing latin american political risk [Reduciendo el riesgo político latinoamericano]. *International Financial Law Review*, 12(3), 39-40.
- Lazo, P. (2014). Is there a life for latin american countries after denouncing the ICSID Convention? [¿Hay alguna vida para países latinoamericanos luego de haber denunciado la convención ICSID?]. *Transnational Dispute Management*, 11(1).
- LETCO v. Liberia. Award 31 March 1986. 2 ICSID Reports. 343. 60. 16 April 1987.
- López Fung, J. (2020). How useful are stabilisation clauses in international energy arbitration nowadays? [¿Qué tan útil son hoy en día las cláusulas de estabilización en arbitrajes energéticos internacionales?]. *Revista del Club Español de Arbitraje*, (39), 111-123.
- Maniruzzaman, A. F. M. (2005). Some reflections on stabilisation techniques in international petroleum, gas and mineral agreements. [Algunas reflexiones sobre técnicas de estabilización en acuerdos internacionales sobre petróleo, gas y mineral]. *I. E. L. T. R.*, (4), 96-100.
- Maniruzzaman, A. F. M. (2007a). Drafting stabilisation clauses in international energy contracts: some pitfalls for the unwary [Redactando cláusulas de estabilización

en contratos energéticos internacionales: algunas trampas para los incautos]. *Oil, Gas & Energy Law Intelligence*, 5(2).

- Maniruzzaman, A. F. M. (2007b). Damages for breach of stabilisation clauses in international investment law: where do we stand today? *I. E. L. T. R.*, (11-12), 246-251.
- Maniruzzaman, A.F.M. (2008). The pursuit of stability in international energy investment contracts: a critical appraisal of the emerging trends [La búsqueda de estabilidad en contratos de inversión energética internacionales: una crítica evaluación de las tendencias emergentes]. *Journal of World Energy Law & Business*, 1(2), 121-157.
- Marvin Feldman v. México. Case No ARB (AF)/99/1. Award and Separate Opinion. 16 December 2002.
- Maynard, S. (2016). Legitimate expectations and the interpretation of the 'legal stability obligation'. *European Investment Law and Arbitration Review*, (1), 99-114.
- McBain, H. L. (1914). The rights of municipal corporations under the contract clause of the federal constitution [Los derechos de las corporaciones municipales bajo la cláusula contractual de la constitución federal]. *National Municipal Review*, 3(2), 284-303.
- Menchola Arana, M., & Paz Sime, M. Á. (2019). Sobre el riesgo de diseño y riesgo normativo en los contratos de concesión de infraestructura vial. *Revista de Derecho Administrativo*, (18), 220-250.
- Mendelson, W. (1949). New light on Fletcher v. Peck and Gibbons v. Ogden. *The Yale Law Journal*, 58(4), 567-573.
- Merino Acuña, R. (2009). La tutela constitucional de la autonomía contractual. El contrato entre poder público y poder privado. En G. Gonzales Barrón, R. Merino Acuña, J. A. Beltrán Pacheco & J. Cieza Mora, *El derecho civil patrimonial en la Constitución* (pp. 43-110). Gaceta Jurídica.
- Methanex Corporation v. United States of America. UNCITRAL. Final Award of the Tribunal on Jurisdiction and Merits. 3 August 2005.
- Mirror, M. (2004). El Código de Napoleón y los Códigos de Bello y Vélez Sarsfield. *Revista de Derecho Privado*, 17(33), 1-21.
- Model Exploration and Production Sharing Agreement. Artículo 34.12. 1994.
- Mortimore, M. (2009). *Arbitraje internacional basado en cláusulas de solución de controversias entre los inversionistas y el Estado en acuerdos internacionales de inversión: desafíos para América Latina y el Caribe*. CEPAL.

- Müller, B., & Olivet, C. (2021). *ISDS en números. El régimen de protección de inversiones y sus impactos en Perú*. Transnational Institute Amsterdam & RedGE Perú.
- Ng'ambi, S. P. (2012). The effect of stabilisation clauses in concession agreements [El efecto de las cláusulas de estabilización en acuerdos concesionarios]. *Zambia Law Journal*, (43), 57-86.
- Ng'ambi, S. P. (2014). Efficient and flexible: the case for renegotiation clauses in concession agreements [Eficiente y flexible: el caso para cláusulas de renegociación en acuerdos concesionarios]. *Zambia Law Journal*, (45), 1-28.
- Núñez del Prado, F., & Simó García, E. (2020). Relaciones tóxicas: la insoportable tensión entre las cláusulas de estabilización, la soberanía estatal y los derechos humanos bajo el derecho internacional. *Revista de Derecho*, (77), 485-503.
- Núñez del Prado, F., Simó García, E., & García Cueto, J. I. (2021). Intimate enemies: are stabilization clauses and human rights compatible under international law? En G. M. Álvarez, M. Riofrío Piché & F. V. Sperandio (Eds.), *International Arbitration in Latin America: Energy and Natural Resources Disputes*. Wolters Kluwer.
- Olivet, C., & Ghiotto, L. (2021). *Parallel justice. How the investment protection system undermines judicial independence in Latin America* Transnational Institute Amsterdam.
- Olivet, C., Müller, B., & Ghiotto, L. (2021). *ISDS en números. Impactos de las demandas de arbitraje de inversores contra Estados de América Latina y el Caribe*. Transnational Institute Amsterdam.
- Papaefstratiou, A. (2021). Stabilisation Clauses in Long-Term Investment Contracts: Their Evolution and Their Application by Investment Tribunals. En E. Cima & M. M. Mbengue (Eds.), *A multifaceted approach to trade liberalisation and investment protection in the energy sector* (pp. 43-69). Brill Nijhoff.
- Paredes, C., & Sachs, J. (Eds.). (1991). *Estabilización y crecimiento en el Perú*. Grupo de Análisis para el Desarrollo (GRADE).
- Parry, D. H. (1959). *Sanctity of contracts in english law* [Santidad de los contratos en derecho inglés]. Stevens & Sons Limited.
- Perenco Ecuador Limited v. Republic of Ecuador. ICSID Case No. ARB/08/6 Decision on Remaining Issues of Jurisdiction and on Liability. 12 Sept. 2014.
- Pérez Rendón, S. (2015). Inversión extranjera directa y la necesidad de construir entornos jurídicos más estables. *EAFIT Journal of International Law*, 6(2), 120-151.
- Peter, W. (1986). Arbitration and renegotiation clauses. *Journal of International Arbitration*, 3(2), 29-46.

- Peter, W. (1998). Stabilization clauses in state contracts. *International Business Law Journal*, 1998(8), 875-892.
- Petroleum Production Sharing Agreement. 1995.
- Ramos Núñez, C. (1995). El Código napoleónico: fuentes y génesis. *Derecho & Sociedad*, (10), 153-161.
- Ramos Núñez, C. (1997). *El Código napoleónico y su recepción en América Latina*. Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial.
- Russi, L. (2008). Chronicles of a failure: from a renegotiation clause to arbitration of transnational contracts. *Connecticut Journal of International Law*, 24(1), 77-118.
- Saavedra Velazco, R. E. (2014). Límites constitucionales a la autonomía privada: la (supuesta) santidad de los contratos bajo el tamiz de la comparación jurídica. En F. de Trazegnies Granda, C. Cárdenas Quirós, R. Saavedra Velazco, R. Sacco, L. Taboada Córdova, H. Forno Flórez, A. Chan Arellano, J. J. Haro Seijas, L. León Hilario, F. Escobar Rozas, M. de la Puente y Lavalle, M. A. Ortega Piana, R. Morales Hervias, L. Barchi Velaochaga, S. Shavell, J. Gordley & A. Bullard González, *Estudios de derecho contractual* (pp. 53-71). Ius et Veritas.
- Salacuse, J. W. (2001). Renegotiating international project agreements [Renegociando acuerdos de proyectos internacionales]. *Fordham International Law Journal*, 24(4), 1319-1370.
- Segura España, M. B. (2014). Arbitraje de inversión: ¿un incentivo para la inversión extranjera directa? *Revista de Derecho Privado*, (51), 1-29.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 005-2003-AI/TC (Lima). (2003, 3 de octubre). Tribunal Constitucional: Pleno Jurisdiccional. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00005-2003-AI.html>
- Serrano Migallón, F. (Ed.). (2017). *Código de Napoleón. Bicentenario. Estudios Jurídicos*. Editorial Porrúa y Universidad Nacional Autónoma de México, Facultad de Derecho.
- Sommer, C. G. (2013). La aplicación de estándares de protección de inversiones extranjeras. Una mirada desde los casos argentino. *ACDI*, (6), 95-130.
- Tantaleán Odar, R. M. (2012). Los vaivenes de la santidad contractual. Entre los artículos 62 de la Constitución Política y 1355 del Código Civil. *Derecho y Cambio Social*, (27), 1-33.
- Texaco Overseas Petroleum Co. and California Asiatic Oil Co. v. The Government of the Libyan Arab Republic. Award of 19 January 1977.

- Tomić, K. (2020). Stabilization clauses in energy sector [Cláusulas de estabilización en el sector energético]. *Harmonius: Journal of Legal & Social Studies in South East Europe*, 258-272.
- Torrealba, J. G. (2008). Promoción y protección de inversiones extranjeras en Venezuela: los contratos de estabilidad jurídica (con referencia a las inversiones extranjeras para la explotación de hidrocarburos). *Revista de Derecho Administrativo*, (20), 245-269.
- Torres Méndez, M. (2016). *Fundamentos de la nueva teoría general del contrato. Estudio interdisciplinario institucional, exegético y casuístico*. Grijley.
- Torres y Torres Lara, C. (1998). *La Constitución económica en el Perú*. CONITE.
- Toto Costruzioni Generali S.p.A. v. The Republic of Lebanon. ICSID Case No. ARB/07/12.
- Vermeule, A. (2012). Introduction: Political risk and public law. *Journal of Legal Analysis*, 4(1), 1-6.
- Waddams, S. (2019). *Sanctity of contracts in a secular age. Equity, fairness and enrichment*. [Santidad de los contratos en una edad secular. Capital, justicia y enriquecimiento]. Cambridge University Press.
- Wehberg, H. (1959). Pacta sunt servanda. *The American Journal of International Law*, 53(4), 775-786.
- Wright, B. F. (1938). *The contract clause of the constitution* [La cláusula contractual de la constitución]. Harvard University Press.
- Yackee, J. W. (2014). Political risk and international investment law. *Duke Journal of Comparative and International Law*, 24(3), 477-500.
- Yuri Bogdanov and Yulia Bogdanova v. Moldova. Award of April 16, 2013. SCC Case 091/2012.