

EL RÉGIMEN CONSTITUCIONAL Y LEGAL DE LA EXPROPIACIÓN EN MÉXICO EN EL ÁMBITO NACIONAL E INTERNACIONAL: ¿GÉNESIS DE UN DOBLE ESTÁNDAR O CONVERGENCIA DE CRITERIOS?

Miguel RÁBAGO DORBECKER*

SUMARIO: I. *La expropiación de la propiedad privada de nacionales y extranjeros en México: marco legal interno e internacional.* II. *¿Contempla el derecho mexicano un concepto de expropiación indirecta?* III. *Concepto de expropiación indirecta y la causa de utilidad pública: ¿límites a la capacidad de regulación del Estado mexicano?* IV. *Los casos del capítulo XI del TLCAN presentados en contra de México y el desarrollo de un nuevo concepto de expropiación.* V. *Lecciones para una posible armonización de los criterios internacionales e internos.*

I. LA EXPROPIACIÓN DE LA PROPIEDAD PRIVADA DE NACIONALES Y EXTRANJEROS EN MÉXICO: MARCO LEGAL INTERNO E INTERNACIONAL

Si bien es indiscutible que el derecho a expropiar o nacionalizar bienes, tanto de nacionales como de extranjeros, es una atribución soberana de cualquier Estado; el ejercicio de dicha facultad ha sido autolimitada por el Estado mexicano debido a compromisos adquiridos mediante convenios internacionales. Lo anterior afirma el repunte y afianzamiento de una política económica en la que no se prevé una vuelta al control del Estado de los sectores económicos liberalizados. No obstante la expropiación es un elemento necesario para el desarrollo de políticas públicas encaminadas al desarrollo, como puede ser la construcción de infraestructura o la protección al medio ambiente. En resumen, la expropiación

* Coordinador de la carrera de derecho en la Universidad Iberoamericana.

es un elemento esencial para implementar la política económica de cualquier Estado.¹

Para realizar un breve bosquejo del Estado de la expropiación se deben analizar los cambios dados en su trato legal, en el marco internacional y nacional, además de establecer los distintos planteamientos ideológicos en los que se cimientan. El punto de partida para dicho análisis debería ser, en nuestra opinión, no el punto cronológicamente más distante, sino el periodo de mayor sinergia entre los postulados políticos de ambos sistemas.² Concretamente la destacada y protagónica participación de la diplomacia mexicana durante la redacción de la Carta de Derechos y Deberes Políticos de los Estados en la Asamblea General de Naciones Unidas, parece ser un el período en el que los principios rectores de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (en adelante CPEUM) encontraban en simbiosis con un instrumento internacional.³

Dentro del derecho interno, comenzaremos por la norma superior en el sentido jerárquico que es la CPEUM. El artículo 27.IV es el fundamento constitucional de la expropiación y de la indemnización aplicable, en el que se reconoce el principio general del dominio originario del Estado.⁴ De dicho artículo se deducen dos dictados esencialmente: pri-

¹ Paras J. Faya Viesca la expropiación o nacionalización, traducida en la intervención del Estado en la economía mexicana, ha sido “la consecuencia del paso del Estado Constitucional al Constitucionalismo Social, es decir, el abandono definitivo de la idea consistente en que los principios de libertad y propiedad privada son suficientes, y además de los únicos, para resolver los graves problemas sociales de México”, *cf.*, *Rectoría del Estado y economía mixta*, México, Porrúa, 1987, p. 41.

² Para un recuento del avance de la regulación de la expropiación en el ámbito internacional, véase, Asante, A. J. B. “Internacional Law and Foreign Investment: a Reappraisal”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 37, núm. 3, 1988, pp. 588-628.

³ Al respecto, véase, R. Ríos Ferrer, *Exégesis de la carta de derechos y deberes económicos de los Estados*, México, Porrúa, 1976.

⁴ Textualmente el artículo 27 presenta en su fracción VI, segundo párrafo establece las disposiciones más importantes en esta materia: Las leyes de la Federación y de los Estados en sus respectivas jurisdicciones, determinarán los casos en que sea de utilidad pública la ocupación de la propiedad privada, y de acuerdo con dichas leyes la autoridad administrativa hará la declaración correspondiente. El precio que se fijará como indemnización a la cosa expropiada se basará en la cantidad que como valor fiscal de ella figure en las oficinas catastrales o recaudadoras, ya sea que este valor haya sido manifestado por el propietario o simplemente aceptado por él de un modo tácito por haber pagado sus contribuciones con esta base. El exceso de valor el demérito que haya tenido la propiedad particular por las mejoras o deterioros ocurridos con posterioridad a la fecha de la de-

mero la aplicación de las normas federales y estatales en caso de expropiación, y la fijación de la indemnización según el valor catastral del inmueble. No obstante la aparente militancia de la CPEUM a favor de otorgar al Estado de herramientas para el reordenamiento económico, en la práctica contadas son las expropiaciones generalizadas que se realizan sobre un sector económico en general. En especial la CPEUM parece ser más escéptica respecto a la expropiación de bienes de extranjeros, pero en general se respeta bastante y estas disposiciones son más declaraciones políticas que una verdadera síntesis de la actitud del Estado mexicano.⁵ Considerando el artículo 27 aisladamente, parece que el régimen jurídico mexicano de la expropiación refleja la actitud sostenida por los países en vías de desarrollo sobre el Nuevo Orden Económico Mundial (en adelante NOEM),⁶ de la cual el gobierno mexicano fue un activo promotor, pero la CPEUM debe ser contrastada con la Ley de Expropiación⁷ que resulta mucho más conciliadora.

Dentro del artículo 21 de la Ley de expropiación, se incluye una medida muy novedosa y que implica un cambio considerable en la doctrina mexicana, al expresar que la misma se aplicará sin perjuicio de lo establecido por los tratados internacionales de los que México sea parte y en su caso en los acuerdos arbitrales que se celebren. Aunque parezca que tal pronunciamiento sale sobrando, el que la propia ley interna mexicana

signación del valor fiscal, será lo único que deberá quedar sujeto a juicio pericial y a resolución judicial.

⁵ Una investigación que llevo a cabo L. Perezniето Castro confirma lo anterior, ya que señala que en la Dirección General de Asuntos Jurídicos de la Secretaría de Relaciones Exteriores y en el Archivo Histórico de la misma, desde principios de siglo hasta 1996 no consta la aplicación de la Cláusula Calvo en su versión del artículo 27.I del la Constitución mexicana. Además no consta ninguna despojo de bienes de un extranjero por haber solicitado la protección diplomática, véase., L. Perezniето Castro, “Dos mitos en el Derecho Internacional Privado Mexicano “la Cláusula Calvo” y “la zona prohibida” o “zona restringida”, *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado*, núm. 2, 1997, pp. 111-135, p. 128.

⁶ Sobre la postura del NOEM respecto a la expropiación y en especial el artículo 2 de la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados, véase, Weston, B. H., “The Charter of Economic Rights and duties of States and the Deprivation of Foreign-Owned Wealth”, *AJIL*, vol. 75, núm. 3, 1981, pp. 437-475.

⁷ *DOF* (Diario Oficial de la Federación) de 25 de noviembre de 1936, debido a su antigüedad y aunque haya sido reformada algunos autores sugieren una revisión mas exhaustiva, véase, García Moreno, V. C. “Régimen de la inversión extranjera en el TLCAN (capítulo XI)”, *Revista de Derecho Privado*, año 7, núm. 19, 1996, pp. 87-103, esp. p. 97.

admira la posibilidad de un trato diferenciado a extranjeros en cuestiones de expropiación, es un cambio muy importante respecto a la postura tradicional mexicana. Lo anterior resulta aún más sorprendente, en un país en el que tanto la Suprema Corte de Justicia de la Nación, como la doctrina mexicana se habían pronunciado de manera ambivalente respecto a la jerarquía de los tratados (hasta la tesis de 1999) y a la posición de los mismos dentro del ordenamiento jurídico mexicano. La referencia a los acuerdos arbitrales también es esencial considerando que México se rehúsa a participar dentro del Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, hecho en Washington el 18 de marzo de 1965 (que crea el Centro de Arreglo de Diferencias en Materia de Inversiones o CIADI).⁸ Esta referencia debe de ser complementada con el artículo 8o. de la Ley para la Celebración de los Tratados que permite suscribir tratados internacionales que contengan mecanismo de resolución de controversias cuando: se otorgue a los mexicanos y extranjeros un mismo trato conforme a la reciprocidad internacional, se asegure la garantía de audiencia y de defensa, y se garantice la imparcialidad en la composición de los órganos de decisión.

Para el derecho interno mexicano, la Ley de Expropiación define expropiación⁹ como una declaración del Ejecutivo federal en la que se afecte de manera completa la propiedad (expropiación propiamente) o se ocupe temporal, total o parcialmente, o se limiten los derechos de dominio de un particular. Dicha definición debe ser complementada con las aportaciones, mucho más generosas, que provienen de los diferentes compromisos adquiridos por el Estado mexicano por medio de Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (APPRI) y capítulos relativos a Inversiones contenidos en Tratados de Libre Comercio

⁸ Para tres posturas favorables a la ratificación del Convenio de Washington, véase., Rodríguez Jiménez, S., “México y el mecanismo complementario del sistema arbitral del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias en Materia de Inversiones”, *Jurídica*, núm. 34, 2004, pp. 107-140; González de Cossio, F., “México ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias en Materia de Inversiones, un comentario”, *Revista de Derecho Privado*, año 1, núm. 1, 2002, pp. 85-107 y Sepúlveda Amor, B., “México y el arreglo de diferencias en materia de inversión: ¿El CIADI como opción viable?”, *La Barra*, núm. 48, 2005, pp. 6-10. En contra sentido contrario, véase, Rábago Dorbecker, M., *Derecho de la inversión extranjera*, México, Porrúa, 2004, pp. 93-103.

⁹ *Diario Oficial de la Federación*, 25 de noviembre de 1936.

(TLCs). A la fecha se han celebrados los siguientes instrumentos celebrados por México actualmente con: España,¹⁰ Suiza,¹¹ Argentina,¹² Alemania,¹³ Países Bajos,¹⁴ Austria,¹⁵ Unión Belgo-Luxemburguesa,¹⁶ Francia,¹⁷ Finlandia,¹⁸ Uruguay,¹⁹ Portugal,²⁰ Italia,²¹ Dina-

¹⁰ Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre el Reino de España y los Estados Unidos Mexicanos, firmado el 22 de junio de 1995. Publicado en el *DOF* el 19 de marzo de 1997 y en el BOE el 6 de febrero de 1997. Sobre el mismo, véase, Vives Chillida, J. A. "El Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre el Reino de España y los Estados Unidos Mexicanos", *Revista Española de Derecho Internacional*, XLIX, núm. 1, 1997, pp. 307-311.

¹¹ Acuerdo entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de la Confederación Suiza para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones firmado en ciudad de México el 10 de julio de 1995, aprobado por el Senado mexicano el 16 de noviembre de 1995 y publicado en el *DOF 20 de agosto de 1998*.

¹² Acuerdo entre el Gobierno de los Estados Unidos México y el Gobierno de la República Argentina para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones, firmado en Buenos Aires el 13 de noviembre de 1996. Aprobado pro el Senado el 24 de abril de 1997 y publicado en el *DOF* el 28 de agosto de 1998.

¹³ Firmado el 25 de agosto de 1998 en Ciudad de México, aprobado por el Senado mexicano el 14 de diciembre de 1998 y publicado en el *DOF* el 20 de marzo del 2001.

¹⁴ Acuerdo entre los Estados Unidos Mexicanos y el Reino de los Países Bajos para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones firmado en México D. F., el 13 de mayo de 1998, aprobado por el Senado mexicano el 14 de diciembre de 1998 y publicado en el *DOF* el 10 de julio del 2000.

¹⁵ Firmado el 29 de junio de 1998, ratificado por el Senado el 14 de diciembre de 1998 y publicado en el *DOF*, el 10 de julio de 2001.

¹⁶ Tratado entre México y la Unión Belgo-Luxemburguesa firmado el 27 de agosto de 1998, ratificado Senado el 14 de diciembre de 1998, publicado el 19 de marzo del 2003.

¹⁷ Acuerdo entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de la República de Francesa para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones firmado el 12 de noviembre de 1998, aprobado por el Senado el 17 de abril de 2000 y publicado en el *DOF* el 30 de noviembre de 2000.

¹⁸ Acuerdo entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de la República de Finlandia para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones firmado en México DF el 22 de febrero de 1999, aprobado por el Senado el 17 de abril del 2000 y publicado en el *DOF* el 30 de noviembre del 2000.

¹⁹ Firmado el 30 de junio de 1999, aprobado por el Senado el 17 de diciembre de 1999 y publicado en el *DOF* el 9 de agosto del 2002.

²⁰ Firmado el 11 de noviembre de 1999, aprobado por el Senado el 17 de abril del 2000 y publicado en el *DOF* el 8 de enero del 2001.

²¹ Acuerdo entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de la República Italiana para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones firmado en Roma 24 de noviembre de 1999, aprobado por el Senado el 17 de abril de 2000, decreto publicado en el *DOF* de 10 de julio del 2000. Actualmente no se encuentra en vigor.

marca,²² Suecia,²³ Corea del Sur²⁴ Grecia,²⁵ Cuba,²⁶ República Checa²⁷ y recientemente con Islandia²⁸ y Australia.²⁹ Por lo que se refiere a TLCs que contemplan disposiciones en materia de expropiación en sus capítulos de IE podemos mencionar los existentes con: Chile,³⁰ Nicaragua,³¹ Bolivia,³² Costa Rica,³³ G-3 (Colombia y Venezuela),³⁴ Triangulo Norte (Honduras, Guatemala y El Salvador),³⁵ Uruguay³⁶ y Japón.³⁷

²² Acuerdo entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno del Reino de Dinamarca para la Promoción y Protección Reciproca de las Inversiones, firmado en México D. F. el 13 de abril del 2000. Publicado en el *DOF* el 30 de noviembre del 2000.

²³ Acuerdo entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno del Reino de Suecia para la Promoción y Protección Reciproca de las Inversiones, firmado en Estocolmo el 3 de octubre del 2000. En vigor desde el 1o. de julio del 2001 y publicado el 27 de julio del 2002.

²⁴ Firmado el 14 de noviembre del 2000 en Ciudad de Badar Seri Begewan, Burnei Darussalam, aprobado por el Senado el 16 de abril de 2002 y publicado el 9 de agosto del 2002.

²⁵ Firmado el 30 de noviembre del 2000 en Ciudad de México, aprobado por el Senado el 26 de abril del 2001 y publicado en *DOF* el 9 de agosto del 2002.

²⁶ Celebrado en Ciudad de México el 30 de mayo del 2001, aprobado por el Senado el 11 de diciembre de 2001 y publicado en el *DOF* el 3 de mayo de 2002.

²⁷ Celebrado el 4 de abril del 2000, aprobado pro el senado el 24 de octubre de 2002 y publicado en el *DOF* el 25 de marzo de 2004.

²⁸ Celebrado el 24 de junio de 2005 y pendiente de aprobación y ratificación.

²⁹ Celebrado el 23 de agosto del 2005 y pendiente de aprobación y ratificación.

³⁰ Firmado en Santiago de Chile el 17 de abril de 1998, aprobado por el Senado mexicano el 24 de noviembre de 1998 y publicado en el *DOF* el día 28 de julio de 1999.

³¹ Firmado en Managua el 18 de diciembre de 1997, aprobado por el Senado mexicano el 30 de abril de 1998 y publicado en el *DOF* el día 1 de julio de 1998.

³² Firmado en Río de Janeiro el 10 de septiembre de 1994, aprobado por el Senado mexicano el 16 de diciembre de 1994 y publicado en el *DOF* de 11 de enero de 1995.

³³ Firmado en Ciudad de México el 5 de abril de 1994, aprobado por el Senado mexicano el 13 de junio de 1994 y publicado en el *DOF* el 16 de diciembre de 1994.

³⁴ respecto a Colombia y Venezuela, se rompe el sistema bilateral utilizado por México en la inmensa mayoría del los TLCs con países latinoamericanos. Estos tres países conforman los que es conocido como Grupo de los Tres o G-3, cuyo tratado fue firmado en Cartagena de Indias el 13 de junio de 1994, aprobado por el Senado mexicano el 16 de diciembre de 1994 y publicado en el *DOF* el 9 de enero de 1995. .

³⁵ Su tratado constitutivo fue firmado en Ciudad de México el día 19 de junio del 2000, aprobado por el Senado mexicano el 14 de diciembre del 2000 y publicado en el *DOF* de 14 de marzo del 2001.

³⁶ Publicado en *DOF* el 14 de julio de 2004, entró en vigor el 15 de julio de 2004.

³⁷ Publicado en el *DOF* el 31 de marzo de 2005, entró en vigor el 1o. de abril de 2005.

Por ser el más representativo y el tratado sobre el cual se han presentado un mayor número de reclamaciones relativas a actos de expropiación, se enunciarán las disposiciones del TLCAN, concretamente su artículo 1110 referente a expropiación e indemnización que señala:

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

- a) por causa de utilidad pública;
- b) sobre bases no discriminatorias;
- c) con apego al principio de legalidad y al artículo 11105 (1); y
- d) mediante indemnización conforme a los párrafos 2 a 6.

2. La indemnización será equivalente al valor justo de mercado que tenga la inversión expropiatoria inmediatamente antes de que la medida expropiatoria se haya llevado a cabo (fecha de expropiación), y no reflejará ningún cambio en el valor debido, a que la intención de expropiar se conoció con antelación a la fecha de expropiación. Los criterios de valuación incluirán el valor corriente, el valor del activo (incluyendo el valor fiscal declarado de bienes tangibles), así como otros criterios que resulten apropiados para determinar el valor justo de mercado.

El pago de la indemnización se hará sin demora y será completamente liquidable.

En caso de que la indemnización sea pagada en la moneda de un país miembro del Grupo de los Siete, la indemnización incluirá intereses a una tasa comercial razonable para la moneda en que dicho pago se realice, a partir de la fecha de expropiación hasta la fecha de pago.

Si una parte elige pagar en una moneda distinta a la del Grupo de los Siete, la cantidad pagada no será inferior a la equivalente que por indemnización se hubiera pagado en la divisa de alguno de los países miembros del Grupo de los Siete en la fecha de expropiación y esta divisa se hubiese generado a una tasa comercial razonable para dicha divisa hasta la fecha de pago.

Los APPRI y TLCs mexicanos establecen mínimos sobre los que se juzgará la legalidad de una expropiación o de una medida equivalente, que son básicamente: la causa de utilidad pública, sobre bases no discriminatorias, con apego a un debido proceso legal y en todo caso deberán

ser indemnizadas.³⁸ Dichos requisitos van más allá de los establecidos en el artículo 27 de la CPEUM que sostiene que será por causa de utilidad pública y mediante indemnización, lo cual es desarrollado por la Ley de Expropiación.³⁹ Respecto al respeto al debido proceso legal, uno de los puntos opuestos en entre el sistema convencional y el sistema nacional, es la interpretación por parte de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) es la que para la expropiación la garantía de previa audiencia no rige.⁴⁰ Lo interesante de esta decisión, es que su fundamentación superpone un derecho colectivo sobre el derecho individual de la propiedad, lo que da fe de los distintos presupuestos axiológicos en los que se basa el derecho constitucional mexicano frente a los defendidos en los convenios internacionales.

Por lo que se refiere al estado actual de la costumbre internacional en materia de expropiación e indemnización, la gran pregunta es si existe una evolución considerable en la misma o si seguimos anclados en lo desarrollado dentro de la protección de bienes de extranjeros. Marcar una hilo conductor que nos lleve en distintos momentos históricos resulta muy complicado derivado de las diferencias en los instrumentos, decisiones y conformación de tribunales que han formado dicha costumbre. De manera ilustrativa y enunciados de manera no exhaustiva podemos señalar

³⁸ Artículo 4.1 del celebrado con Alemania, artículo 5.1 del celebrado con Austria, artículo 5.1 del celebrado con Argentina, el artículo 5.2 del celebrado con la Unión Belgo-Luxemburguesa que añade a la utilidad pública, los aspectos de seguridad o interés nacional, artículo 5.1 del celebrado con Corea, artículo 5.1 del celebrado con Dinamarca, artículo 5.1 del celebrado con España, artículo 5.1 del celebrado con Finlandia, artículo 5.1 del celebrado con Francia, artículo 5.1. del celebrado con Grecia, artículo 5.1 del celebrado con Italia, artículo 5.1 del celebrado con Países Bajos, artículo 4.1 del celebrado con Portugal, artículo 4.1 del celebrado con Suecia, artículo 7.1 del celebrado con Suiza y artículo 5.1 del celebrado con Uruguay.

³⁹ La Ley de Expropiación desarrolla las causas que se consideran de utilidad pública en su artículo 1.

⁴⁰ EXPROPIACIÓN LA GARANTÍA DE PREVIA AUDIENCIA NO RIGE EN MATERIA DE. En materia de expropiación no rige la garantía de previa audiencia consagrada en el artículo 14 de la Constitución federal, porque ese requisito no está comprendido entre los que señala el artículo 27 de la propia carta magna y no puede admitirse que exista contradicción con las disposiciones contenidas en ambos preceptos, por ser evidentes que el primero de ellos establece una regla general para derechos subjetivos, mientras que el segundo, ampara garantías sociales, que por su propia naturaleza están por encima de los derechos individuales a los que restringe en su alcance liberal, en términos del artículo 1o. de la propia ley fundamental, Jurisprudencia, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. C, junio 1991, novena época, pleno, p. 44.

lar a los siguientes periodos como esenciales para la integración de la costumbre internacional en materia de expropiación: los primeros tratados en materia de protección de la propiedad de extranjeros, las comisiones mixtas de reclamaciones, las resoluciones de la Asamblea general dentro del NOEM, los casos arbitrales *ad hoc* derivados de las expropiaciones libias y saudíes, los primeros acuerdos en materia de inversión extranjera, el tribunal de reclamaciones entre Irán-EUA los nuevos acuerdos y casos arbitrales ventilados ante el CIADI y otros foros. Por tanto difícilmente se puede hablar de una costumbre internacional clara y unánime respecto a los estándares de expropiación. No obstante si podemos hablar de dos conceptos que reciben una interpretación distinta, dependiendo si se utilizan fuentes de derecho interno o internacional en materia de expropiación, estos son: la propia definición de actos expropiatorios y la causa de utilidad pública.

II. ¿CONTEMPLA EL DERECHO MEXICANO UN CONCEPTO DE EXPROPIACIÓN INDIRECTA?

Para efectos prácticos el concepto tradicional de nacionalización o expropiación ha sido ampliamente superado, debido a las nuevas realidades económicas. Una expropiación directa resulta hoy en día bastante extraña no solamente en países industrializados, sino en la gran parte de los países en vías de desarrollo. El avance democrático y la consolidación de efectivas transiciones políticas en gran parte de América Latina y en algunos lugares de Asia han influido notablemente para hacer de la expropiación directa sea excepción y no la regla.⁴¹ No obstante resulta aún más importante el abanderamiento de la economía de mercado y un consenso extendido sobre la invariabilidad del sistema centralizado económico. Por tanto se vive un proceso a la inversa a las luchas reivindicatorias y soberanistas de la década de los setenta, que dirige sus esfuerzos hacia la desregulación y no hacia el mayor protagonismo del Estado en la economía. A esta realidad han dado respuesta los diferentes convenios en materia de inversión extranjera, ampliando su definición de expropiación para incluir un amplio espectro de actos que pueden ser considerados o que pueden tener los mismos efectos que una expropiación.

⁴¹ Esta regla parece haber sufrido una regla

La extensión del concepto de expropiación en los textos convencionales ha causado bastantes problemas para los países en desarrollo, puesto que parecen sentir un cierto encadenamiento o imposibilidad para lograr sus políticas internas. Dicha cuestión sólo puede ser observada bajo la imposición del sistema económico mundial dominante de limitar las facultades reglamentarias del Estado.⁴² Aún dentro de los países desarrollados existe una cierta preocupación ha este fenómeno, como dan prueba el fracaso en las negociaciones del Acuerdo Multilateral en materia de Inversiones (AMI) dentro de la OCDE. La mayor preocupación se refiere a que los Estados se vean obligados a pagar indemnizaciones por actos que realicen para responder a legítimos objetivos internos como pueden ser la salud, promoción de ciertas actividades culturales, medidas medio ambientales, etcétera. Por esto fue ampliamente discutida la posibilidad de incluir una nota interpretativa que reafirmará que un Estado no estaría obligado a compensar a un inversor extranjero, si las medidas tomadas no fueron discriminatorias y se tomaron para salvaguardar el interés público.⁴³ También la posibilidad de que la aplicación de un régimen tributario excesivo o discriminatorio podría equipararse a una expropiación indirecta, levanto mucho polémica, y se trato de asegurar que no se comprometía la facultad de los estados para determinar su política fiscal siempre y cuando estuviese en consonancia con las prácticas reconocidas internacionalmente.⁴⁴ En especial esta última preocupación se encuentra bien fundada y representa los peligros que puede implicar la extensión del concepto de expropiación indirecta y el límite que puede marcar en cuanto a la facultad soberana de un Estado para determinar su propia política económica y especialmente tributaria. Aquí se presenta un verdadero

⁴² Respecto a la expropiación o nacionalización, Mann, F. A, hacía referencia a este problema al señalar que resulta bastante complicado y hasta prácticamente imposible establecer un fórmula capaz de delimitar la fina línea de delimitación entre regulación y expropiación, *cfr.*, "State Contracts and State Reponsability", *American Journal of International Law.*, vol. 54, núm. 3, 1960, pp. 572-591, p. 586.

⁴³ *Cf.*, Böhmer, A. "The Struggle for a Multilateral Agreement on Investment- an Assessment of the Negotiation Process in the OCDE", *German Yearbook of International Law*, vol. 14, 1998, pp. 267-298, y p. 288.

⁴⁴ *Cfr.*, Muchlinsky, P. T., "The Rise and Fall of the Multilateral Agremment on Investment: Where Now?", *The International Lawyer*, vol. 34, núm. 3, 2000, pp. 1033-1053, esp. p. 1045. Cabe mencionar que en el ámbito mexicano el caso de capítulo XI *Roy Feldman Karpa c. Estados Unidos Mexicanos* versó sobre medidas impositivas, que el inversor argumentaba que equivalían a una expropiación.

problema de soberanía, pues la facultad para recaudar impuestos es quizá una de los ejercicios, junto con la expropiación se consideran manifestaciones claras y básicas del poder soberano de los Estados.

El concepto de expropiación indirecta es tan amplio que puede incluir una gran variedad de acciones, como las mencionadas a título de ejemplo por R. López Velarde: la imposición de un interventor-administrador, promoción de huelgas laborales en su contra, controles de precios caprichosos e incumplimiento o revocación de contratos o concesiones.⁴⁵ Dicho sea de paso que en arbitrajes de la importancia del caso LIAMCO, existían bastantes actos que bajo un moderno sistema de protección convencional a la IE hubiesen sido calificados como expropiaciones indirectas.⁴⁶ Sin embargo en tal caso y por la ausencia de tales sistemas en ese entonces, el arbitraje se solicitó una vez que se presentó la expropiación directa; lo que también ha sucedido en la práctica del CIADI, en concreto en el caso *AGIP c. República Popular del Congo*. Sin restarle importancia a los casos derivados de las expropiaciones libias y los del CIADI, el caso paradigmático en lo que se refiere a expropiaciones indirectas es el caso *Starret Housing* del Tribunal de Reclamaciones Irán-EUA,⁴⁷ ya que muchos tribunales arbitrales han tomado en consideración los planteamientos de dicha decisión creando así una especie de “estándar *Starret*”. Dicho estándar ha sido utilizado en casos de capítulo XI del TLCAN como en el caso *Pope & Talbot c. Canadá*. La definición de *Starret* que si la interferencia del Estado en los derechos de propiedad de un particular hace que dichos derechos resulten inservibles, debe considerarse que

⁴⁵ Véase, R. López Velarde Estada, “Breves apuntamientos en torno al capítulo de inversión del TLC”, *Pemex Lex*, núm. 75-76, 1994, pp. 23-32, p. 31.

⁴⁶ Esto es sólo una especulación, ya que la actitud actual del estado Libio es muy contraria a la celebración de APPRIs, además de no ser parte del CAIDI. En todo caso de un viraje completo en esta política, podría protegerse al sector petrolero como lo ha hecho México. En el caso LIAMCO no obstante, el gobierno libio modificó el régimen tributario aplicable de una manera muy desfavorable; también se incrementó el porcentaje que percibiría el Estado libio en relación con los barriles extraídos y se limitó la cantidad de producción de esta compañía. Sin duda alguna estos factores, por lo menos modificaban considerablemente la relación contractual, véase., *ILM*, vol. XX, núm. 1, 1981, pp. 36-37.

⁴⁷ *Starrett Housing Corp. c. Iran*, laudo interlocutorio del 19 de diciembre de 1983. Sobre la influencia de los casos del Tribunal Irán-EUA en los casos de Capítulo XI del TLCAN, véase, Brunetti, M., “The IRAN-United States Claims Tribunal, NAFTA Chapter 11, and the Doctrine of Indirect Expropriation”, *Chicago Journal of International Law*, vol. 2, núm. 1, 2001, pp. 203-212.

dichos actos son una expropiación, aún si la titularidad legal de la propiedad sigue siendo ostentada por el propietario privado. Otro caso decidido por el mismo tribunal (el caso *Trippetts*) amplió dicho estándar para establecer que existe una expropiación bajo el derecho internacional cuando el propietario ha sido privado de su “derecho fundamental de propiedad”.⁴⁸ En el caso *Pope & Talbot* en el que el parámetro era más alto al establecer que la interferencia del estado debería ser “suficientemente restrictiva para apoyar la conclusión de que la propiedad ha sido quitada a su dueño”.⁴⁹

Además de los parámetros aportados por los casos mencionados, en los que no es parte demandada México, la práctica arbitral internacional también ha aportado criterios de temporalidad respecto a la expropiación indirecta. Dado la especialidad de los casos de expropiación indirecta, algunas de estas medidas tienden a ser temporales y no permanentes, como en el caso de la expropiación directa. Aquí lo que se tiene que definir es si una merma temporal en los derechos de propiedad, es realmente una expropiación. El Tribunal Irán-Estados Unidos de América de reclamaciones ha establecido que si se puede dar una expropiación, cuando se nombre un administrador o interventor Estatal, aunque sea de carácter temporal.⁵⁰

En el caso de México existe un precedente claro de expropiación indirecta, en la participación de la industria nacional y el propio Estado mexicano dentro del sector de la extracción de sulfuro en 1964.⁵¹ Dicha nacionalización se involucraba a la *Pan American Sulphur Company (PASCO)* y a su subsidiaria mexicana Azufrera Panamericana S. A. de C. V. y se dio a través del sistema de mexicanización tan importante en ese tiempo, por medio de la reducción de las exportaciones de dicho producto en un primer momento y la posterior venta presionada de dicha empresa a un grupo de empresarios mexicanos. La reducción de la capacidad exportadora de Azufrera Panamericana fue sin duda lo que forzó la venta de dicha empresa, pues el mercado mundial del azufre en ese en-

⁴⁸ *Trippetts, Abbott, McCarthy, Stratton c. TMAS-AFFA* laudo del 19 de Julio de 1984.

⁴⁹ Caso *Pope & Talbot* Párrafo 102.

⁵⁰ *Cfr.*, Brunetti., M., “The IRAN-United States Claims Tribunal...”, *op cit.*, nota 47, p. 208.

⁵¹ Sobre este caso, véase, Fulda, C. H., *Regulation of International Trade and Investment. Cases and Materials*, Nueva York, 1970, pp. 572-575.

tonces se perfilaba de manera muy positiva, por tanto esta venta deriva de la intervención directa del Estado mexicano y además causa un daño económico al inversor extranjero.

Ante tal desarrollo del concepto de expropiación indirecta en el derecho internacional, la pregunta obligada es: ¿contempla la Ley de Expropiación las Expropiaciones Indirectas? Bajo un análisis simplemente textual del artículo 2o. parece ser que si se contempla la expropiación indirecta, al establecer incluir dentro del mismo supuesto de la expropiación, la ocupación temporal, total o parcial, o la simple limitación de los derechos de dominio. No obstante no existe tesis o jurisprudencia que confirme que actos pueden ser considerados equivalentes a una expropiación. La gran mayoría de los pronunciamientos de los tribunales federales en la materia, se han basado en confiscaciones directas a propiedad inmueble. La razón probable por la cual los tribunales no se han pronunciado en este sentido, es por la gran variedad de recursos administrativos disponibles en el derecho administrativo mexicano para los afectados por medidas regulatorias que afecten la propiedad privada, entre ellas el amparo. Por tanto, no es necesario librar la difícil prueba de equiparar una medida a expropiación. No obstante los extranjeros que se encuentren protegidos por un tratado en la materia, tienen que probar dicha equiparación para llevar una reclamación ante un tribunal arbitral internacional. Si bien los mismos recursos a los que pueden recurrir los nacionales, están disponibles para los extranjeros, existe un cierto grado de desconfianza en los tribunales mexicanos y se prefiere buscar una vía internacional para tales efectos.⁵²

III. CONCEPTO DE EXPROPIACIÓN INDIRECTA Y LA CAUSA DE UTILIDAD PÚBLICA: ¿LÍMITES A LA CAPACIDAD DE REGULACIÓN DEL ESTADO MEXICANO?

La causa de utilidad pública es un concepto muy difícil de definir, por tanto existen muy pocos casos en los que una nacionalización haya sido

⁵² Como ejemplo de dicho escepticismo se muestra en la información enviada al Congreso de Estados Unidos respecto a que el Capítulo XI del TLCAN era una especie de seguro en contra de las acciones tomadas por “tribunales notoriamente corruptos”, *cfr.*, Strazzeri, J. A. “A Lucas Analysis of Regulatory Expropriations under NAFTA Chapter 11”, *Georgetown International Environmental Law Review*, vol. 14, núm. 4, 2002. pp. 837-859, esp. p. 840.

declarada ilegal por el derecho internacional porque su propósito no era público.⁵³ A tal grado que se argumente que los árbitros internacionales se encuentran en mejor postura que los jueces nacionales para dar la calificación al concepto de interés público.⁵⁴ También el hecho de que un juez o árbitro extranjero se pronuncie sobre la validez de la utilidad pública de un acto soberano, como es la expropiación, de un Estado extranjero tiene implicaciones políticas muy importantes. En especial puede violar la soberanía del estado y conducir a valorizaciones políticas, y hasta una cierta intervención en los asuntos internos del Estado. Por esta razón el árbitro único en el caso LIAMCO no emitió valorización alguna sobre la utilidad pública de la expropiación por parte del Estado libio. Una breve lectura a los casos que propone el artículo 1o. de la Ley de Expropiación como casos de utilidad pública representa los objetivos verdaderamente esenciales que se buscan: el establecimiento, explotación o conservación de un servicio público; la apertura, ampliación o alineamiento de calles, la construcción de calzadas, puentes, caminos y túneles para facilitar el tránsito urbano y suburbano; el embellecimiento, ampliación y saneamiento de las poblaciones y puertos, la construcción de hospitales, escuelas, parques, jardines, campos deportivos o de aterrizaje, construcciones de oficinas para el gobierno federal y de cualquier obra destinada a prestar servicios de beneficio colectivo; la conservación de los lugares de belleza panorámica, de las antigüedades y objetos de

⁵³ Sobre la dificultad de provocar que una expropiación viola el requisito de causa de utilidad pública ante un tribunal internacional, véase, Nwogugu, véase E. I., "Legal Problems of Foreign Investments", *Recueil des cours*, vol. 153, 1976-V, pp. 167-262, p. 226 y Migliorino, L., "La promozione e la protezione degli investimenti nell'Accordo Nord-Americano di Libero Commercio del 1992 (NAFTA)", *Diritto del Commercio Internazionale*, núm. 1, 1994, pp. 221-235, pp. 231-232. Este fue el caso de los arbitrajes Libios puesto que la cuestión se centro en si la expropiación era un represalia, los árbitros respondieron afirmativamente en el caso BP pero no en los de LIAMCO y TEXACO, *cf.* G. Sacerdoti, "Bilateral Treaties and Multilateral Instruments on Investment Protection", *Recueil des Cours*, vol. 269, 1997, pp. 251-460, p. 252.

⁵⁴ Esto se encuentra en el artículo 1o. del primer Protocolo de la Convención Europea de Derechos Humanos establece que: debido a su conocimiento directo de su sociedad y sus necesidades, las autoridades nacionales se encuentran en una mejor postura sobre los jueces internacionales, para decidir que significa el interés público. Caso *James* y otros 21.2.1986, véase, Sacerdoti, G. Giorgio, *Bilateral Treaties and Multilateral Instruments on Investment Protection*, Hague, Recueil des cours, 1997. Aún así la corte estableció que se podría evaluar la conducta del Estado en relación con ciertos criterios relevantes como *bona fide*, proporcionalidad y razonabilidad.

arte, de los edificios y monumentos arqueológicos o históricos, y de las cosas que se consideran como características notables de nuestra cultura nacional; la satisfacción de necesidades colectivas en caso de guerra o trastornos interiores; el abastecimiento de las ciudades o centros de población, de víveres o de otros artículos de consumo necesario, y los procedimientos empleados para combatir o impedir la propagación de epidemias, epizootias, incendios, plagas, inundaciones u otras calamidades publicas; los medios empleados para la defensa nacional o para el mantenimiento de la paz publica; la defensa, conservación, desarrollo o aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de explotación; la equitativa distribución de la riqueza acaparada o monopolizada con ventaja exclusiva de una o varias personas y con perjuicio de la colectividad en general, o de una clase en particular; la creación, fomento o conservación de una empresa para beneficio de la colectividad; las medidas necesarias para evitar la destrucción de los elementos naturales y los daños que la propiedad pueda sufrir en perjuicio de la colectividad; y la creación o mejoramiento de centros de población y de sus fuentes propias de vida.

Los tribunales federales mexicanos han tratado de dotar de contenido al concepto de utilidad pública y el mismo puede ser utilizados para determinar si efectivamente una expropiación se encuentra debidamente basada en una utilidad pública, tanto a nivel interno como a internacional. Hasta ahora la SCJN se ha pronunciado en equipara la utilidad pública cuando exista un provecho común a la colectividad.⁵⁵ El rasgo común de este fallo con otros pronunciamientos, es que una expropiación no cumple con el principio de utilidad pública cuando el beneficio sea solamente a un particular. La presente tesis incluye a cualquier tipo de particular en esta categoría, incluyendo individuos, sociedades y corporaciones. Otras tesis han establecido que la expropiación a favor de particulares es violatoria al artículo 27 de la CPEUM.⁵⁶ Este mismo principio ha sido refirmado en otra tesis posterior, en la que se refirma que debe

⁵⁵ UTILIDAD PÚBLICA (EXPROPIACIÓN). Solamente la hay cuando en cuando en provecho común se sustituye la colectividad, llámese municipio, estado o nación, en el goce de la cosa expropiada. No existe cuando se priva a una persona de lo que legítimamente le pertenece para beneficiar a un particular, sea individuo, sociedad o corporación, pero siempre particular, *Jurisprudencia, Apéndice de 1995*, t. II, SCJN, quinta época, pleno, tesis 182, p. 42.

⁵⁶ EXPROPIACIÓN A FAVOR DE PARTICULARES. Es violatoria del artículo 27 de la Constitución, t. II. P. 457. Cantón Gregorio, R. 2 de febrero de 1918. Diez votos. Instancia Pleno.

haber un interés social o nacional y nunca el beneficio a un particular.⁵⁷ Esta cuestión adquiere tintes más importantes en los procesos de privatización neoliberal. J. Rolda Xopa, propone, bajo fundamentos de la intervención del estado en el mercado, que dichas expropiaciones serían una intervención no justificada y afectaría los costos de transacción de las operaciones comerciales, y por tanto bajo una óptica de mercado dicha intervención no es deseable.⁵⁸

Como uno de los instrumentos que se pronuncia de manera más moderada y correcta respecto a todos los aspectos relativos a la expropiación de bienes de extranjeros, los principios del Banco Mundial incluyen la noción de utilidad pública, a la que añaden la buena fe, como requisito para la expropiación.⁵⁹ También la gran mayoría de los convenios sobre IE en los que participa México, contiene este requisito como es el TLCAN.⁶⁰ Ya en el plano interno, la Ley de Expropiación enumera una serie de casos en los que se cumple el requisito de causa de utilidad pública de manera enunciativa.⁶¹ Un dato interesante es que el *Restatement of the Foreign Relations Law of the United States* evita incluir la causa de utilidad pública dentro de su artículo 712.2, lo que tal vez derive de la práctica muy generalizada por el derecho de Estados Unidos de América, en la que los jueces se abstienen de hacer consideraciones que puedan vulnerar las relaciones internacionales que son competencia del poder ejecutivo y en concreto del departamento de Estado.

⁵⁷ EXPROPIACIÓN EN BENEFICIO DE PARTICULARES. El artículo 27 constitucional, en su fracción XVII, inciso c, autoriza a los gobiernos locales para expropiar los excedentes de la extensión máxima que señalen las leyes reglamentarias siempre que el propietario de las tierras se oponga al fraccionamiento, en cuyo caso procede la expropiación. De los términos de esa disposición se advierte que no es anticonstitucional, en principio, el que se afecten bienes de particulares, para que otros particulares los adquieran, sin perjuicio de que, en su oportunidad se estudien las condiciones que concurren en cada caso concreto, de manera que la jurisprudencia establecida en relación con la fracción II del citado artículo 27 constitucional, que sostiene que no cabe la expropiación cuando el beneficiario no es la colectividad sino directamente un particular, se ha ido aclarando pues hay casos en los que la utilidad pública se funde en un interés social o nacional, sin dejar de tener ese carácter no obstante que el beneficio de la expropiación recae en provecho de particulares, t. LXV, p. 599. Jácome Ángel Luis. 12 de julio de 1940 cinco votos.

⁵⁸ *Cfr. Constitución y mercado*, México, Porrúa, 2004, pp. 152-153.

⁵⁹ Artículo IV.1 de los principios del BM.

⁶⁰ Artículo 1110.a del TLCAN.

⁶¹ Artículo 1o. de la Ley de Expropiación.

En el caso de la expropiación una importante reflexión respecto al camino que deberían seguir las autoridades administrativas y jurisdiccionales mexicanas se refiere a sí una incorporación clara de la expropiación indirecta puede intervenir sobre las decisiones para llevar a cabo una expropiación. A mayor extensión del concepto de expropiación indirecta, mayores actos administrativos y judiciales pueden ser considerados como expropiatorios. Quizá en este caso las medidas relativas a la protección de la propiedad privada, puedan disuadir al Estado mexicano de tomar medidas expropiatorias, debido al “riesgo legal” que debe asumir el Estado y a la cantidad de las indemnizaciones que debe cubrir. Ante tal supuesto, no estaríamos ante una legislación propiamente compensatoria, sino ante una legislación preventiva. Lo anterior se agrava si consideramos que una mayor armonización del régimen de expropiación internacional con el nacional es obligatoria para evitar cuestionamientos derivados de la desigualdad entre las indemnizaciones obtenidas ante un mismo acto expropiatorio por un extranjero ante un tribunal internacional, respecto a las otorgadas por tribunales mexicanos a un ciudadano mexicano. Como hipótesis que necesita un profundo estudio empírico que trasciende los objetivos del presente trabajo, sólo mencionaremos los casos en los que México ha sido demandado bajo el Capítulo XI del TLCAN o bajo un APPRI (en este caso sólo hay una reclamación. TECMED), como muestra del alcance de una definición de expropiación que ha puede ser incorporada lentamente en nuestro derecho interno.

IV. LOS CASOS DEL CAPÍTULO XI DEL TLCAN PRESENTADOS EN CONTRA DE MÉXICO Y EL DESARROLLO DE UN NUEVO CONCEPTO DE EXPROPIACIÓN

1. *Robert Azinian y otros c. Estados Unidos Mexicanos*⁶²

Este caso se centraba en sí la anulación de un contrato de concesión representante un acto de expropiación según el TLCAN. El contrato versaba sobre una concesión para la recolección de basura en el municipio de Naucalapan de Juárez. Las partes en la disputa ya habían recurrido a

⁶² Caso CIADI núm. ARB(AF)/97/2. Laudo definitivo de fecha de 1o. de noviembre de 1999, disponible en: <http://www.economia.gob.mx/work/sneci/negociaciones/Contraversias/CasosMexico/RobertAziniam.htm>.

los tribunales internos mexicanos, respecto a cuestiones derivadas de la anulación del contrato de concesión; todas ajenas a una supuesta expropiación. El Tribunal finalmente decidió que las sentencias de los tribunales mexicanos, que fueron contrarias a los intereses de los inversores y defendían la validez de la anulación por parte del ayuntamiento, no violaban las disposiciones del TLCAN.⁶³ Lo anterior debido a que dichas sentencias no eran claramente incompatibles con el derecho internacional, no constituyen una negación de justicia y no eran contrarias a la ley mexicana. Por tanto la aportación que tiene dicho caso respecto al concepto de expropiación del artículo 1110, es que la anulación de un contrato de concesión conforme al derecho mexicano no constituye en sí misma una expropiación, si no se prueba que la misma es discriminatoria o arbitraria.

2. *Metalclad corporation c. Estados Unidos Mexicanos*⁶⁴

El caso *Metalclad* es especialmente relevante por dos razones, la primera es que es el primer caso de TLCAN en el que se dicta un laudo contrario a México y el segundo es que es el único laudo de capítulo XI en el que se establece que hay una violación clara al artículo 1110 relativo a expropiación. Por tanto podemos concluir que es el laudo más importante para definir los alcances de la definición de expropiación en el TLCAN para México. Desde un principio se debatió en este caso el significado del artículo 1110. Por un lado tanto el gobierno de Canadá (que compareció en base al artículo 1128 del TLCAN) como el de México (parte demandada) establecieron que *Metalclad* no podía sugerir que dicho artículo del TLCAN pretendiera ser una codificación de la posición de Estados Unidos de América sobre las normas de derecho internacional aplicables a la expropiación o indemnización. Estados Unidos de América por su parte sostenía que la referencia a “medidas equivalentes” no creaba una nueva categoría que no estuviese reconocida por el derecho internacional consuetudinario.

⁶³ Párrafos 93 a 124.

⁶⁴ Caso CIADI, núm. ARB(AF)/97/1, laudo final del 30 de agosto de 2000.

El Tribunal arbitral en el caso *Metaclad* estableció que:

la expropiación en el TLCAN incluye no sólo la confiscación de la propiedad de manera abierta, deliberada y con conocimiento de causa, tal como una confiscación directa o una transferencia formal o u obligatoria de títulos a favor del Estado receptor, sino también una interferencia disimulada o incidental del uso de la propiedad que tenga el efecto de privar, totalmente o en parte significativa, al propietario del uso o del beneficio económico que razonablemente se esperaría de la propiedad, aunque no necesariamente en beneficio obvio del Estado receptor.⁶⁵

Lo anterior es lo más cercano a una definición de expropiación, que los propios términos ambiguos del artículo 1110 del TLCAN. No obstante su contundencia, no deja de ser bastante amplia y preocupa que la misma sea utilizada de manera arbitraria por parte de los tribunales.

El caso en particular se refería a tres actividades que podían equipararse a actos expropiatorios: la negación de otorgamiento de un permiso de construcción de una planta de residuos peligrosos sólidos por parte del ayuntamiento de Guadalcazar, San Luis Potosí, la expedición de un decreto ecológico expedido por el gobernador de San Luis Potosí que confiscaba directamente la propiedad de la empresa reclamante y la falta de transparencia de las autoridades mexicanas lo cual no otorgaba garantías al inversor respecto a su inversión. Los primeros dos supuestos fueron considerados como un exceso en las facultades del arbitro, dentro del proceso de anulación contra el mismo que fue presentado por México.⁶⁶

En dicho laudo también se da una idea sobre la amplitud de las actividades que pueden ser consideradas como expropiatorias bajo el TLCAN, tanto en lo referente a las autoridades que las realicen, como a la forma que revistan tales actividades. Una primera aclaración que hace el tribunal arbitral, es que el Estado federal es responsable por los actos que realice un ayuntamiento aún fuera de sus competencias, en este caso el negar un permiso de construcción.⁶⁷ La conclusión a la que llegó el tribunal es que la negación en el otorgamiento de un permiso de expropiación en

⁶⁵ Párrafo 103.

⁶⁶ Sentencia de revisión del laudo del Juez Tyson de Canadá del 2 de mayo de 2001, disponible en: <http://www.economia.gob.mx/work/sneci/negociaciones/Controversias/CasosMexico/Metaclad/Metaclad.htm>.

⁶⁷ Párrafos 104 a 107.

este caso, es equivalente a una expropiación para efectos del TLCAN. Dicho criterio sigue la misma línea del caso presentado *Biloune y otros c. Ghana Investment Centre y otros*⁶⁸ que cita el propio tribunal, en el que el caso se centraba en la clausura de las obras de ampliación de un restaurante por la falta de un permiso de construcción mismo, que se le había dicho al inversor por parte de las autoridades nacionales de Ghana, no era necesario para tal ampliación.

3. *Técnicas Medioambientales (Tecmed) c. Estados Unidos Mexicanos*⁶⁹

Un primera observación es que este no es un laudo emanado del sistema TLCAN, sino del APPRI entre España y México. Dentro de este laudo se tomo un estándar bastante amplió en cuanto a las expropiaciones indirectas se refiere. En el mismo se dice:

que el Estado receptor de la inversión se conducirá de manera coherente, desprovista de ambigüedades y transparente en sus relaciones con el inversor extranjero, de manera que éste pueda conocer de manera anticipada, para planificar sus actividades y ajustar su conducta, no solo las normas o reglamentaciones que regirán tales actividades, sino también las políticas perseguidas por tal normativa y las prácticas o directivas administrativas que les son pertinentes.⁷⁰

Sin duda alguna las expectativas de eficacia en la toma de políticas públicas y en la sofisticación de la administración pública parece ser bastante alta, sobre todo en países que se encuentran empantanados en una lenta transición política como nuestro país. Uno no deja de pensar si la revisión de la puesta en marcha de estas acciones administrativas y judiciales por parte de un tribunal internacional, no intervendría en un proceso de reestructuración económica necesario para garantizar el desarrollo económico.

⁶⁸ Párrafo 108. Dicho laudo se encuentra publicado en *ILR*, vol. 183, 1993, pp. 207-210.

⁶⁹ *Cfr.*, *Técnicas medioambientales Tecmed c. Estados Unidos Mexicanos*, laudo final del 29 de mayo de 2003, párrafo 154. Disponible en: <http://www.economia.gob.mx/work/sneci/negociaciones/Controversias/Appris/Tecmed.htm>.

⁷⁰ Párrafo 154.

4. *Roy Feldman Karpa c. Estados Unidos Mexicanos*⁷¹

En el caso en cuestión el demandante señaló que diversas medidas tomadas por autoridades mexicanas, en especial la Secretaría de Hacienda y Crédito Público (SHCP), representaban una expropiación indirecta o “progresiva”. Es interesante la categorización de expropiación “progresiva”, concepto que resulta una traducción del término *creeping expropriation*. La referencia en este caso, es a una política continua por parte del Estado mexicano, que tiene por objeto privar del control del inversor extranjero sobre su inversión. La acción atribuible al Estado mexicano, según el reclamante, es la negación de devoluciones sobre el IEPS sobre exportaciones de cigarros. A su vez, el reclamante también señala que existe una violación al requisito de debido proceso o denegación de justicia de conformidad al artículo 1110 del TLCAN. Al igual que en otros casos, como *Metalclad* y *GAMI*, este caso se pronuncia sobre hechos ventilados ante tribunales mexicanos, aunque la supuesta denegación de justicia se basa no en las conclusiones de los tribunales mexicanos (la declaración de inconstitucionalidad del artículo 2o. de la Ley del IEPS, el cual permitía sólo a fabricantes y no ha revendedores obtener una tasa impositiva del 0% sobre la exportación de cigarros, y que por ende favorecía al reclamante), sino que se seguía permitiendo a la SHCP negar las devoluciones de impuestos a compañías que no son contribuyentes del IEPS y no dispongan de facturas que establezcan ese impuesto de forma expresa y por separado. De hecho los tribunales mexicanos confirmaron que la disposición de la Ley del IEPS que exige facturas con el monto de los impuestos trasladados expreso y por separado como condición para obtener devoluciones no es contraria al principio de igualdad tributaria. El tribunal concluyó que no existía una denegación de justicia, debido a que los tribunales y autoridades mexicanas actuaron de manera congruente con el derecho mexicano.⁷²

Un aspecto muy cuestionable de este laudo, es la aplicación del *Reas-tatement* para interpretar el sentido del artículo 1110 del TLCAN, hecho que parece no preocupar mucho al tribunal.⁷³ El tribunal señala que di-

⁷¹ Cfr., *Roy Feldman Karpa c. Estados Unidos Mexicanos c. Estados Unidos Mexicanos*, laudo final del 16 de diciembre del 2002, disponible en: http://www.economia.gob.mx/work/sneci/negociaciones/Controversias/Casos_Mexico/Marvin/Marvin.htm.

⁷² Párrafo 94.

⁷³ Párrafo 99.

cha fuente es aplicable debido a que en ella “se basan muchos abogados estadounidenses y canadienses y que ha sido mencionada en los memoriales tanto del demandante como del demanda en este procedimiento”. El Tribunal se basa en dicho instrumento (que es un instrumento creado por un órgano privado el *American Law Institute* y que ni los tribunales norteamericanos se encuentran obligados a acatar y no constituye una manifestación de la costumbre internacional en la materia) para establecer que en caso de que los actos gubernamentales sean discriminatorios o arbitrarios, será más probable que se les considere expropiatorios. Utilizando el mismo instrumento para definir sus criterios hermenéuticos, el Tribunal arbitral extrapola la definición del *Restatement* sobre “expropiación progresiva” que la define como aquella en que un Estado logra el mismo resultado por medio de medidas fiscales y regulatorias para que un determinado proyecto resulte inviable económicamente y sea abandonado.⁷⁴ No obstante, una interpretación muy estricta sobre lo que equivale a una medida expropiatoria, puede dejar al Estado sin la posibilidad de realizar actividades regulatorias, como el propio tribunal lo reconoce⁷⁵; de ahí que se trate de evitar una interpretación tan amplia como Metalclad (lo cual parece ser una regla no escrita en la práctica arbitral de Capítulo XI). Concretamente el acto equivalente a expropiación que alegaba la demandante era, que por razones imputables al demandado, ya no se podría dedicar al negocio de compra y exportación de cigarrillos mexicanos, por lo cual había sido privado en forma total y permanente de todos los posibles beneficios económicos derivados de dicha actividad.⁷⁶ En este sentido el Tribunal, siguiendo el *dictum* del caso *Azinian*, reafirma que no todos los problemas comerciales que experimente el inversionista extranjero constituyen una expropiación de conformidad al TLCAN.⁷⁷ De hecho es sorprendente que un requisito meramente formal, como es presentar facturas, constituya una expropiación, más cuando existían indicios relevantes que señalaban que el demandante había recibido devoluciones del IEPS, aún sin cumplir con tal requisito.⁷⁸ Aún ante tales pruebas, el demandante alegaba que el cambio en las condiciones y la ambigüedad y confusión supuestamente creadas por la SHCP, eran su-

⁷⁴ Párrafo 101.

⁷⁵ Párrafo 104.

⁷⁶ Párrafo 109.

⁷⁷ Párrafo 112.

⁷⁸ Párrafo 131.

ficientes para considerarla como una expropiación.⁷⁹ El propio Tribunal (una vez más para evitar seguir la suerte del laudo definitivo en el caso Metalclad) reconoce que las comunicaciones escritas de la SHCP eran tal vez deliberadamente ambiguas y confusas, pero añade que dada la complejidad de la normativas fiscal el demandante debería de haber recurrido a una asesoría fiscal. Esta es una clara diferencia con los altos estándares de transparencia considerados por los árbitros en el caso Metalclad, en el cual las promesas emitidas por un órgano federal (Semarnat), constituían una especie de compromiso por parte de todos los órganos estatales mexicanos, tanto federales, estatales y municipales, para garantizar el establecimiento de la inversión en las condiciones ofrecidas por órganos de dicha Secretaría. Cabe señalar que tal conclusión fue una de los aspectos por los que el juez Tysoe de Canadá, anuló parcialmente el laudo en base a una extralimitación del mandato de los árbitros. Lo que resulta muy criticable en tal caso, es como el tribunal no valoró el hecho de que con una asesoría adecuada (con la cual se puede especular que la empresa contaba) Metalclad podía haber previsto la necesidad de un permiso de construcción emitido por el Ayuntamiento para realizar su inversión. Por tanto este es muy rescatable el viraje que se presentó en el caso *Roy Feldman Karpa*.

Otra consideración importante en el caso *Roy Feldman Karpa* es que México alegó que una de las bases para restringir de ciertos beneficios fiscales a las exportaciones de cigarros, era el objetivo razonablemente fundado en la utilidad pública de desalentar el contrabando de cigarros a México, a través de una reexportación desde mercados de bajo imposición, mejor conocidos como “mercado gris”.⁸⁰ Si bien el tribunal dio la razón a México sobre respecto a este punto, no se discutió otra razón de clara utilidad pública, como el hecho de que la política impositiva del IEPS sobre cigarros estaba encaminada por un motivo de salud pública claro: el desalentar el tabaquismo. Cabe mencionar de manera simplemente referencial, que tanto en Estados Unidos de América como en la Unión Europea se ha tomado medidas administrativas mucho más severas que las impositivas, para fortalecer una campaña pública en contra del consumo de tabaco.⁸¹

⁷⁹ Párrafo 132.

⁸⁰ *Ibidem*, párrafo 136.

⁸¹ Como ejemplo podemos citar que en varios estados de la unión americana se prohíbe fumar en espacios y edificios públicos, además de prohibir la publicidad televisi-

5. *GAMI, Inc. C. Estados Unidos Mexicanos*⁸²

Una primera observación es que este caso se realiza bajo el Reglamento de Arbitraje de la UNCITRAL y no bajo Mecanismo Complementario del CIADI. Este caso se refiere a la expropiación de los ingenios azucareros propiedad de Grupo Azucarero México (en adelante GAM)⁸³ por virtud del decreto publicado el 3 de septiembre de 2001. Dichos actos fueron impugnados mediante amparo ante los tribunales internos mexicanos, siendo retirados los referentes a los ingenios de San Pedro y de San Francisco. Sobre esta acción en febrero del 2004 el Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito dictó una sentencia de amparo a favor de GAM, declarando la expropiación de ilegal. La reclamación presentada por GAMI no es relativa a la afectación directa sobre su porcentaje accionario en la empresa, sino que derivado de las acciones tomadas por el gobierno mexicano, sus acciones perdieron valor.⁸⁴ De hecho, en su escrito de demanda GAMI alegaba la violación al artículo 1110 del TLCAN, debido a que México había expropiado indirectamente las acciones de GAMI en GAM. El tribunal consideró que México no se apropió formalmente de dichas acciones, no obstante GAMI argumentaba que la apropiación de los ingenios era una apropiación de la mayoría sustantiva del capital productivo de GAM. GAMI alegaba que la mala administración del gobierno mexicano al reglamentar a la industria azucarera fue tan absoluta que equivale a una expropiación de su inversión.⁸⁵ El reclamante (GAMI) también pretendía que en la gestión del gobierno mexicano del decreto cañero se realizaron fallas flagrantes y sistemáticas en su implementación y aplicación.⁸⁶

va de tabaco o en espectaculares. En Europa inclusive se ha aprobado la prohibición de la publicidad en autos de fórmula uno lo cual representa el principal ingreso de las escuderías por concepto de publicidad.

⁸² *GAMI c. Estados Unidos Mexicanos*, laudo final del 15 de noviembre de 2005, párrafo 12. Disponible en: http://www.economia-snci.gob.mx/sphp_pages/importa/sol_control/consultoria/Casos_Mexico/Gami/escritos/GAMI_spanish.pdf.

⁸³ Grupo Azucarero GAM era el propietario de los ingenios de Tala, Lázaro Cárdenas, San Pedro, San Francisco y Benito Juárez. Era el cuarto productor de azúcar en México y representaba el 8.81% de la producción total, según datos de 2000 a 2001, párrafo 12.

⁸⁴ Párrafo 23.

⁸⁵ Párrafo 33.

⁸⁶ Párrafo 65.

El Tribunal arbitral se pronuncia de manera muy contundente respecto a las posibles razones que pueda alegar México, por las que sus acciones no fueron suficientes para garantizar el efectivo cumplimiento del Reglamento de la industria azucarera y el mismo dice “No es excusa que la regulación sea costosa. Tampoco son defensas la escasez de administradores capaces o una cultura deficiente de cumplimiento. Tal es el reto de gobernabilidad que enfrenta cada país”.⁸⁷ Dicho pronunciamiento manda señales muy claras respecto a las expectativas de protección a la propiedad privada, que se depositan en los países receptores de inversión extranjera. Lo anterior lo apuntala el tribunal al definirse como una especie de guardián de las medidas administrativas tomadas por el Estado mexicano al señalar que el verdadero sentido de las reclamaciones presentadas bajo el capítulo XI del TLCAN estableciendo es “...el TLCAN como medio por el cual la conducta de México en el contexto de su marco reglamentario puede ser sujeta a una revisión jurídica internacional”.⁸⁸

El Tribunal en el caso GAMI también se pronunció sobre la cuestión del recurso de los accionistas (mexicanos) del Grupo GAM de un resarcimiento ante los tribunales nacionales de manera exitosa, el cual en su opinión no excluye la posibilidad de que GAMI presente una reclamación mediante el capítulo XI del TLCAN. Más aún el tribunal llegó a reafirmar un doble estándar de indemnización, al establecer.⁸⁹

Tras la sentencia los accionistas mayoritarios pueden estar contentos o desengañados. Pueden tener quejas sobre las pérdidas incidentales causadas por la expropiación injusta no obstante su revocación. Pueden estar insatisfechos con la compensación ofrecida a cambio de los dos ingenios cuya expropiación no fue cuestionada. Pueden ser optimistas o inquietos sobre la acogida de sus reclamos por la judicatura mexicana. Pero ésta es la solución disponible para ellos. Ellos son nacionales mexicanos y no tienen legitimación activa bajo el capítulo 11 del TLCAN a causa de una expropiación injusta.

Este el supuesto en el que se sitúan los propietarios de ingenios mexicanos, como el consorcio azucarero CAZE S. A. de C. V. y el Grupo Machado quienes en octubre de 2002 y en enero del 2003 obtuvieron la

87 Párrafo 39.

88 Párrafo 23.

89 Párrafo 38.

invalidación de la expropiación ante tribunales mexicanos, sin poder acudir a la revisión de dicho pronunciamiento ante un tribunal internacional. Aún así no existió un doble estándar debido a que se concluyó que aunque el inversor pudo haber tenido ciertas “aprehensiones subjetivas” referentes a que las acciones presentadas ante los tribunales internos no serían suficientes, el tribunal arbitral no sólo podría analizar “conclusiones objetivas justificadas por la evidencia” sobre la destrucción o deterioro del valor de GAM y por ende, de la participación accionaria de GAMI en GAM.⁹⁰ Pro ende, el tribunal llega a la conclusión de que GAMI no probó que la inversión haya sido expropiada para los efectos del artículo 1110.

Una última aportación del caso *GAMI* es la referencia a la temporalidad de los efectos de la expropiación, los cuales se dieron por un tiempo determinado. La pregunta es si dicha temporalidad implica que se esta ante una expropiación. Para tales efectos cito el caso *S. D. Myers* en el que el tribunal dicho “puede ser que en algunos contextos y circunstancias, sería adecuado el considerar la privación como equivalente a una expropiación, inclusive si es parcial o temporal”.⁹¹ Concretamente esta determinación es fundamental para los casos en que se presenta una reclamación internacional en materia de inversiones y con anterioridad a la decisión final se consigue una resolución favorable por parte de un órgano jurisdiccional o administrativo nacional, como es el caso de la anulación de la expropiación por parte del tribunal colegiado en este caso.

V. LECCIONES PARA UNA POSIBLE ARMONIZACIÓN DE LOS CRITERIOS INTERNACIONALES E INTERNOS

Si bien la incorporación de criterios similares a los internacionales en aspectos claves en casos de expropiación interna en México parece un objetivo deseable para evitar la existencia de dos criterios tan dispares, quizá hay que tener cautela respecto a su incorporación plena. Se ha criticado mucho la interpretación que equipara el 1110 del TLCAN al *Restatement*, pero quizá el tomar una solución comparada del derecho norteamericano puede ser la solución. Como bien sostiene la hipótesis de J.

⁹⁰ *GAMI c. Estados Unidos Mexicanos*, párrafo 132.

⁹¹ Caso *SD Myers* primer laudo parcial, párrafo 283.

A. Strazzeri⁹² quizá la sentencia de la Suprema Corte de Estados Unidos de América en el caso *Lucas c. South Carolina Coastal Council*⁹³ pueda ser la solución. En dicha sentencia se establece que el Estado no debe indemnizar a un propietario de derechos a los que no era legítimo titular, ya que sus acciones podían vulnerar legítimas políticas públicas. Una solución similar podría dejar que las facultades regulatoria del Estado mexicano, ejercidas sin discriminación y por interés público, no sean sujetas a una compensación, que dada la magra política de recaudación del Estado mexicano, hagan imposible el cumplir con acciones encaminadas al desarrollo.

⁹² Strazzeri, Joseph A., “A Lucas Análisis of Regulatory Expropriations under NAFTA Chapter Eleven”, *Georgetown International Environmental Law Review*, Georgetown, Summer 2002, pp. 837-859.

⁹³ 505 U.S. 1003 (1992).