

## ¿CÓMO SE DETERMINA UNA EXPROPIACIÓN INDIRECTA BAJO TRATADOS INTERNACIONALES EN MATERIA DE INVERSIÓN? UN ANÁLISIS CONTEMPORÁNEO

Alejandro FAYA RODRÍGUEZ\*

SUMARIO: I. *Expropiación directa versus expropiación indirecta.* II. *Complicaciones para determinar expropiaciones indirectas.* III. *¿Qué se puede expropiar?* IV. *¿Qué tipo de medidas pueden generar una expropiación indirecta?* V. *Determinando una expropiación indirecta.* VI. *¿Cómo es compensada una expropiación indirecta?* VII. *Conclusiones.* VIII. *Bibliografía.*

### I. EXPROPIACIÓN DIRECTA *VERSUS* EXPROPIACIÓN INDIRECTA

El concepto de “expropiación directa” nunca ha sido problemático. Es una vieja institución de derecho público<sup>1</sup> que encuentra respaldo en la mayoría de los sistemas jurídicos nacionales. Esta forma implica una transferencia obligatoria del título de propiedad o la inmediata ocupación o confiscación de un derecho de propiedad. Normalmente, el Estado o un tercero designado por éste se beneficia directamente de la medida. En palabras del tribunal en *SD Myers vs. Canadá*, “el término trae consigo la connotación de una toma por una autoridad gubernamental de la propiedad de una persona con el objetivo

\* AFR consulting, Director; Wöss & Partners, Of-Counsel; Programa de Acuerdos Internacionales de Inversión de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD), consultor; Universidad Iberoamericana, Profesor de Derecho. Las opiniones expresadas en el presente artículo son únicamente del autor.

<sup>1</sup> En tiempos modernos, la figura encuentra sus raíces en el artículo 17 de la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789, replicado en el Título I de la Constitución francesa de 1791 (“la Constitución garantiza la inviolabilidad de la propiedad, o una previa y justa compensación cuando un interés público legalmente establecido requiere el sacrificio”). Por su parte, la Quinta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos (“Bill of Rights”) de 1787 establece que “la propiedad privada no podrá ser tomada para un propósito público sin compensación justa”.

de transferir la propiedad a otra persona, normalmente la autoridad que ejerce su poder de jure o de facto para ordenar la toma”.<sup>2</sup>

Dadas sus características, es muy difícil que exista duda sobre la existencia del acto expropiatorio: en estos casos, la intención del Estado es manifiesta, abierta, clara e inequívoca (que se refleja en un decreto formal y/o en una conducta positiva). Por una cuestión de justicia elemental, la toma de propiedad debe compensarse: “*la mismísima raison d’être de la compensación es que el Estado, i. e. la comunidad, no debe beneficiarse de forma indebida a costa de particulares*” (García Amador, 1974). Las expropiaciones directas fueron muy comunes en el siglo pasado, por ejemplo, las ocurridas en México y Rusia en los años 1920 y 1930 así como la ola masiva de que se suscitó después de la Segunda Guerra Mundial hasta inicios de 1970.<sup>3</sup>

El rol moderno de los Estados en las economías es mucho menos intrusivo: intervienen primariamente como reguladores, no como proveedores directos o propietarios de medios de producción. Por ello, salvo casos aislados, las expropiaciones directas son cosa rara hoy día.

Lo que ahora ha tomado primacía es la expropiación indirecta, aunque en realidad el concepto goza de reconocimiento en derecho internacional mucho antes de la era de los tratados de inversión. Hace más de un siglo, un influyente autor afirmó que existían varios casos de derecho internacional donde se había reconocido que los derechos de propiedad podían ser sujetos a una interferencia tal donde se podía afirmar que dichos derechos habían sido expropiados, aun cuando el Estado no tenía la intención de expropiar (Christie, 1962).

<sup>2</sup> “... In general, the term ‘expropriation’ carries with it the connotation of a ‘taking’ by a governmental-type authority of a person’s ‘property’ with a view to transferring ownership of that property to another person, usually the authority that exercised its de jure or de facto power to do the ‘taking’”. *S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada. UNCITRAL Arbitration. Partial Award of November 13, 2000. Para. 280.*

<sup>3</sup> Todos los países bajo dominio soviético, así como China y Cuba, nacionalizaron tierra y propiedad privada. Países latinoamericanos como Bolivia, Brasil, Argentina, Perú y Guatemala, entre otros, tomaron minas y empresas de servicios públicos. Otras expropiaciones muy conocidas incluyen la expropiación de propiedades en manos de holandeses en Indonesia (1958-59), de la empresa *Anglo-Iranian Oil* en Irán (1951) y del Canal de Suez en Egipto (1956). A inicios de los 1970, casi todos los países árabes nacionalizaron o cancelaron concesiones de compañías petroleras occidentales (Lowenfeld, 2002).

Efectivamente, casos tan antiguos como el *Case concerning certain German Interests in Polish Upper Silesia*<sup>4</sup> y el *Norwegian Shipowners' Claims*<sup>5</sup> avalaban la afirmación. Posteriormente, el Tribunal Mixto de Reclamaciones entre Estados Unidos e Irán (el “Tribunal Mixto”) encontró varios casos de expropiación indirecta. La definición clásica está contenida en *Tippets*:

... se reconoce en derecho internacional que las medidas tomadas por un Estado pueden interferir con los derechos de propiedad a tal magnitud que dichos derechos quedan inútiles y deben ser considerados como expropiados, a pesar que el Estado no haya tenido la intención de expropiarlos y que el título legal de propiedad permanezca con el dueño<sup>6</sup> (traducción del autor).

Muchas terminologías han sido utilizadas para describir los casos de expropiación indirecta, *e. g.* “equivalente”, “de facto”, “progresiva”, “disfrazada”, “consecuencial”, “regulatoria” o “virtual” (Weston, 1976). Pero en realidad estamos frente al mismo género. Cabe precisar que la expropiación “progresiva” o *creeping* tiene la especial connotación de que ocurre gradualmente o a través de etapas (no derivado de una medida específica), aunque no deja de ser un tipo de expropiación indirecta.

De una revisión de la literatura, práctica de los Estados y decisiones arbitrales, concluimos que la expropiación indirecta reúne las siguientes características mínimas:

- 1) Es un acto atribuible al Estado.
- 2) Implica una interferencia sobre derechos de propiedad, de tal magnitud que deja dichos derechos inútiles, evitando su uso, goce o disposición.
- 3) A pesar de que el dueño permanezca con la propiedad legal o posesión del bien.

<sup>4</sup> *Case concerning certain German interests in Polish Upper Silesia (The Merits). Germany v Poland. Permanent Court of International Justice. Award of March 22, 1926.*

<sup>5</sup> *Norwegian Shipowners' Claims. Norway v. United States of America. Permanent Court of Arbitration. Award of October 13, 1922.*

<sup>6</sup> “... it is recognized under international law that measures taken by a state can interfere with property rights to such an extent that these rights are rendered so useless that they must be deemed to have been expropriated, even through the State does not purport to have expropriated them and the legal title to the property remains with the original owner”. *Tippets, Abbet, McCarthy, Stratton v Iran, Award No. 141-7-2 of 19 June 1984. 6 Iran-US Cl. Trib. Rep. 28.*

Mientras que en las expropiaciones directas la toma de propiedad en detrimento de un particular coincide con la apropiación de una persona pública, las expropiaciones indirectas raramente están acompañadas de un aumento de riqueza por parte del Estado (Nouvel, 2002). Por ello, los tribunales tienden a ver las expropiaciones indirectas como actos de privación y no de apropiación.<sup>7</sup>

## II. COMPLICACIONES PARA DETERMINAR EXPROPIACIONES INDIRECTAS

La expropiación indirecta no ha tomado relevancia práctica sino hasta la era de tratados de inversión,<sup>8</sup> que casi unánimemente reconocen la figura. En antaño, los casos surgían de condiciones extraordinarias,<sup>9</sup> en un contexto donde los Estados se ocupaban de tomas directas de propiedad. En la actualidad, un inversionista protegido por un tratado puede, de forma relativamente sencilla, someter un reclamo de expropiación indirecta, en un contexto donde la actividad regulatoria a menudo interfiere, de una forma u otra, parcial o totalmente, con los derechos de propiedad de los particulares. Los tratados de inversión han fomentado la presentación de reclamos que no podrían haberse sometido en el pasado (por razones procesales) o que hubiesen sido resueltos bajo criterios mucho más restrictivos.

Los árbitros han sido forzados a recurrir a precedentes escasos, oscuros o abstractos para resolver conflictos del presente (nada parecidos a los del pasado). A veces, han importado conceptos de regímenes creados bajo circunstancias especiales (Tribunal Mixto)<sup>10</sup> o que

<sup>7</sup> En *Tippets*, el Tribunal Mixto US-Irán trazó una distinción entre una “toma” (taking) y una “deprivación”, en la medida que la primera implica que “el Gobierno ha adquirido un valor”. En *Metalclad v Mexico*, el tribunal explicó que una expropiación indirecta ocurre aunque no exista “un beneficio obvio para el Estado”. *Tippets, op. cit.*, 7. *Metalclad Corporation v. The United Mexican States. ICSID Case No. ARB(AF)/97/1*. Award of August 30, 2000. Para 103.

<sup>8</sup> Aunque el primer tratado de inversión se firmó en 1959 (Alemania-Pakistán), la tendencia arrancó en los setenta y se intensificó en los noventa. Hacia finales de 2008, el número de tratados bilaterales de inversión era de 2676, a lo que habría que sumar los tratados comerciales con disciplinas en materia de inversión (UNCTAD, 2009).

<sup>9</sup> Los pocos precedentes se dieron en el contexto de acciones de protección diplomática y disputas entre Estados dirimidas ante órganos jurisdiccionales internacionales cuya competencia se establecía por acuerdo de los propios Estados en conflicto.

<sup>10</sup> El establecimiento del Tribunal Mixto en 1981 se originó por la revolución islámica que derrocó el régimen del Sha en 1979. Su jurisdicción iba más allá de alegatos de expropiación y se extendía a “otras afectaciones de propiedad”. Las decisiones del

persiguen objetivos de política muy distintos (Corte Europea de Derechos Humanos).<sup>11</sup>

Sin duda, el concepto clásico se ha expandido. Los reclamos de expropiación han superado con creces el derecho internacional consuetudinario y se han convertido en el punto focal del desarrollo del derecho internacional en esta materia (McLachlan, Shore y Weiniger, 2007). Los tribunales han estado formando criterios (necesario en la práctica) en lugar de aplicar reglas de la costumbre internacional (como se supone debería ser en teoría). Un análisis de la jurisprudencia indica que los tribunales están desarrollando elementos que les permitan concretizar el elusivo concepto de expropiación indirecta (Reinish, 2008).

El principal reto y el ejercicio más sensible radica en distinguir entre las expropiaciones indirectas y el ejercicio legítimo del poder regulatorio. El análisis es complicado y necesariamente entraña un análisis caso por caso basado en hechos. No existe fórmula mecánica para determinar la línea entre la regulación legítima y la expropiación compensable (Paulsson y Douglas, 2004). Sin embargo, eso no quiere decir que el análisis flota fuera de un marco conceptual o que los árbitros carecen de fronteras de actuación. Muy por el contrario, la práctica estatal reciente y los precedentes modernos arrojan un cuerpo de criterios relativamente coherente y nutrido que permite cuando menos guiar el análisis. Claro, muestra también áreas que requieren de mayor definición para aumentar la certeza, funcionalidad y predictibilidad del sistema.

### III. ¿QUÉ SE PUEDE EXPROPIAR?

Normalmente, bajo los sistemas nacionales sólo los derechos de propiedad *in rem* son susceptibles de expropiación. No obstante, bajo derecho internacional la noción ha sido mucho más amplia, especialmente tratándose

nuevo gobierno iraní, por razones obvias, estaban motivadas por una fuerte hostilidad hacia los nacionales de Estados Unidos, pretendían reducir influencia extranjera, ocurrieron en el contexto de un cambio revolucionario e implicaron tomas de propiedad que no estaban asociadas a ningún programa económico (Aldrich, 1994, Sornarajah, 2004). Dado el rol intrusivo del gobierno, el Tribunal Mixto revisó muchas medidas que pudieron o debieron ser clasificadas como expropiaciones directas en lugar de indirectas (Heiskanen, 2006). No sorprende entonces que el Tribunal Mixto haya actuado bajo una fuerte presunción de ilegalidad de las medidas sujetas a revisión.

<sup>11</sup> El mantenimiento y desarrollo de los derechos humanos y libertades fundamentales para propósitos de paz y justicia frente a la mera protección y promoción de inversión extranjera de los tratados de inversión.

de casos de expropiación indirecta. Esto se aprecia claramente en precedentes antiguos y recientes.

En *Certain German Interests in Polish Upper Silesia*, la Corte Permanente de Justicia Internacional concluyó que Polonia no sólo había expropiado ilegalmente una fábrica, sino también los derechos contractuales, patentes y licencias de una tercer compañía.<sup>12</sup> En *Norwegian Shipowners' Claims*, la Corte Permanente de Arbitraje concluyó que Estados Unidos no únicamente debía compensar por los astilleros y navíos tomados en el contexto de la Segunda Guerra Mundial, sino también por la cancelación de los contratos y órdenes existentes. En *Phillips Petroleum Co.* el Tribunal Mixto concluyó que la obligación de compensar nace “independientemente de si la propiedad es tangible, como bienes raíces, o intangible, como derechos contractuales”.<sup>13</sup>

Decisiones de tribunales de arbitraje de inversión han seguido una línea similar. En *Wena vs. Egypt* el tribunal concluyó que la expropiación no se limita a derechos tangibles de propiedad.<sup>14</sup> De forma similar, en *SD Myers v Canadá* el tribunal aceptó que la expropiación no está circunscrita a derechos *in rem*.<sup>15</sup> Por su parte, en *SPP vs. Egypt* el tribunal afirmó que había suficiente autoridad en el sentido que los derechos contractuales gozan de protección bajo el derecho internacional.<sup>16</sup> Recientemente, en *Methanex vs. USA* el tribunal afirmó que “la noción restrictiva de propiedad como una cosa material es obsoleta y ha cedido su lugar a una concepción contemporánea que incluye control administrativo sobre componentes de un proceso que genera riqueza”.<sup>17</sup> La literatura también apoya la idea de que tanto derechos contractuales como intangibles pueden ser expropiados (Jennings, 1969; Sacerdoti, 1997; Waelde and Kolo, 2001, y Alexandrov, 2004).

Sin embargo, los límites no están del todo claros. Una cosa es adoptar una visión amplia de derechos de propiedad a efecto de incluir derechos contractuales e intangibles y otra cosa muy distinta es afirmar que cualquier interés con valor económico puede ser expropiado. Así lo han hecho algunos

<sup>12</sup> *Certain German Interests*, *op. cit.*, 5, para. 33.

<sup>13</sup> *Phillips Petroleum Co. v. Iran*. Award No. 310-56-3 of 14 July 1987. 15 Iran-US Cl. Trib. Rep. 189, 226-29.

<sup>14</sup> *Wena Hotels Limited v. Arab Republic of Egypt*. ICSID Case No. ARB/98/4. Award of December 8, 2000. Para 98.

<sup>15</sup> *SD Myers*, *op. cit.*, 3, para. 281.

<sup>16</sup> *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Aerab Republic of Egypt*. ICSID Case. No. ARB/84/3. Award of May 20, 1992. Para. 164.

<sup>17</sup> *Methanex Corporation v. United States of America*. UNCITRAL. Final Award of 3 August, 2005. Part IV, Chapter D, para 17.

tribunales. En *Amoco vs. Iran*, el Tribunal Mixto sostuvo que la expropiación se extiende a “cualquier derecho que pueda ser objeto de una transacción comercial”.<sup>18</sup> Para el tribunal en *CME vs. República Checa*, lo que se destruyó fue el “valor comercial de la inversión”.<sup>19</sup> En *Pope & Talbot vs. Canadá y Eureka vs. Polonia*, los tribunales fueron algo lejos al considerar, respectivamente, que “la participación de mercado” y el “derecho para suscribir acciones” son derechos o activos susceptibles de expropiación.<sup>20</sup>

¿Dónde deben estar los límites? Independientemente de que muchos tratados de inversión se refieren a la expropiación de “inversiones” (normalmente definidas en términos amplísimos, lo que naturalmente expande el concepto), no puede expropiarse un derecho que no está reconocido por el derecho doméstico. La razón es simple: los derechos de propiedad protegidos por el derecho internacional son creados por las leyes del país receptor, por lo tanto, es el derecho doméstico el que define la naturaleza y alcance de los derechos que un inversionista extranjero puede adquirir (MacLachlan, Shore y Weiniger, 2007).

Por las razones anteriores coincidimos con el tribunal en *Encana vs. Ecuador*: “... para que exista la expropiación de una inversión o beneficio, los derechos afectados deben existir en virtud de la legislación que los crea. En este caso, la legislación de Ecuador”.<sup>21</sup>

Es importante señalar que la expropiación debe proceder respecto de un activo en su totalidad: no debe admitirse por tanto una “expropiación parcial”, pues de otra forma la noción perdería sentido. En el caso de inversiones formadas por una combinación de diversos derechos y activos, como normalmente es el caso, la expropiación procederá respecto de un componente específico en la medida en que éste pueda separarse del paquete y ser individualmente funcional, distintivo y susceptible de explotación económica (Kriebaum, 2007).

<sup>18</sup> *Amoco International Finance Group v. Iran*. Award No. 310-56-3 of 14 July 1987. 15 Iran-US Cl. Trib. Rep. 189, 226-29. Para 108.

<sup>19</sup> *CME Czech Republic B.V. v. The Czech Republic*. UNCITRAL Arbitration Proceedings. Partial Award of September 13, 2001. Para. 591.

<sup>20</sup> *Pope & Talbot Inc v. Government of Canada*. Interim Award of June 26, 2000. Para. 96. *Eureka B.V. v. Republic of Poland*. Ad hoc arbitration. Partial Award of 19 August 2005. Paras. 239-241.

<sup>21</sup> *EnCana Corporation v. Republic of Ecuador*. UNCITRAL Arbitration. Award of 3 February 2006. Para. 184.

#### IV. ¿QUÉ TIPO DE MEDIDAS PUEDEN GENERAR UNA EXPROPIACIÓN INDIRECTA?

Mientras que las expropiaciones directas normalmente son producto de un decreto administrativo, las expropiaciones indirectas suelen derivar de una amplia gama de medidas de muy distinta naturaleza. De la jurisprudencia podemos encontrar, por ejemplo, la intervención de compañías mediante administradores nombrados por el Estado, arresto o expulsión de funcionarios clave, revocaciones de concesiones, licencias o permisos, impuestos desproporcionados, daño sufrido en cortes locales y diversos tipos de regulación, desde decretos ambientales hasta medidas financieras.

Casi todos los actos expropiatorios provienen de la esfera administrativa, aunque nada impide que puedan provenir de la legislativa o judicial. Al final, la responsabilidad internacional se genera de una conducta atribuible al Estado, que normalmente actúa mediante sus órganos, “independientemente de si ejercen funciones legislativas, ejecutivas, judiciales o cualquier otra función, independientemente de la posición de dicho órgano en la organización del Estado, e independientemente de si es un órgano central del estado o de una unidad territorial de éste”.<sup>22</sup> El punto crítico no es el órgano que ejerce la conducta, sino dicha conducta es compatible con una obligación de derecho internacional.

<ul style="list-style-type: none"><li>• <b>Cancelación, revocación o negativa de permisos, concesiones o licencias</b> <i>Goetz et al v Burundi (1998); Middle East Cement Shipping v Egipto (2002); Metalclad v México (2000); Tecmed v México (2003); Vivendi II v Argentina (2007); Siemens v Argentina (2007)</i></li><li>• <b>Impuestos desproporcionados</b> <i>Revere Copper v OPIC (1978)</i></li><li>• <b>Arresto o expulsión de funcionarios clave</b> <i>Biloune et al v Ghana (1989); Benvenuti &amp; Bonfant v Congo (1980)</i></li><li>• <b>Interferencia en el control de la inversión</b> <i>Starrett Housing v Irán (1983), CME v República Checa (2003)</i></li><li>• <b>Decisiones judiciales</b> <i>Saipem v Bangladesh (2009), Rumeli v Kazajist. total o casi runción entressñ(expropiaciis gobiernos sean sujetos a reclamos mientras que hacen su queahcer de manejar asuntosán (2008)</i></li><li>• <b>Regulación financiera</b> <i>Eureko v Polonia (2005)</i></li></ul>
--

<sup>22</sup> Draft articles on responsibility of States for Internationally Wrongful Acts (2001). Article 4.



## V. DETERMINANDO UNA EXPROPIACIÓN INDIRECTA

### 1. *Primer paso: impacto económico o nivel de interferencia*

Dado que las expropiaciones indirectas tienen efectos “equivalentes” a los de una expropiación directa, el impacto de la medida debe ser de tal magnitud que debe dejar los derechos de propiedad “inútiles” o “inservibles”, *i.e.* privar al dueño de cualquier uso, beneficio o utilidad económica de su derecho o activo. En palabras del tribunal en *SD Myers v Canadá*, el examen consiste en determinar “*si la interferencia es lo suficientemente restrictiva como para concluir que la propiedad ha sido tomada del dueño*”.<sup>23</sup> Por esa misma razón, un número importante de reclamos por medidas regulatorias son rechazados:

Expropiaciones tienden a involucrar la privación de derechos de propiedad; las regulaciones implican una interferencia menor. La distinción entre expropiación y regulación deja fuera casi todos los alegatos potenciales relacionados con la intervención de un estado y reduce el riesgo de que los gobiernos sean sujetos a reclamos mientras hacen su quehacer de manejar asuntos públicos<sup>24</sup> (traducción del autor).

El nivel requerido de interferencia ha sido descrito de muchas maneras, por ejemplo, “irrazonable”, que deja los derechos de propiedad “inútiles” o “prácticamente inútiles”, que elimina los “derechos fundamentales de propiedad”, “suficientemente restrictiva”, que “elimina radicalmente el uso económico y disfrute de la inversión”, que “hace que cualquier forma de explotación desaparezca” (Fortier y Drymer, 2004). El lenguaje de los tribunales varía pero el sentido es el mismo: que la interferencia se acerque a una total privación (Coe y Rubins, 2005).

La medida normalmente debe ser de carácter permanente, aunque podrá llegar un punto en que una medida temporal alcance un nivel irreversible de afectación.

<sup>23</sup> Pope y Talbot, *op. cit.*, 21, para. 102.

<sup>24</sup> “Expropriations tend to involve the deprivation of ownership rights; regulations a lesser interference. The distinction between expropriation and regulation screens out most potential cases of complaints concerning economic intervention by a state and reduces the risk that governments will be subject to claims as they go about their business of managing public affairs”. S. D. Myers, *op. cit.*, 3, para. 282.

### A. *Pérdida de valor*

Una primer forma de satisfacer el nivel requerido de interferencia es que la medida ocasione una pérdida de valor total o *cuasitotal*. Casos recientes en contra de Argentina ilustran este punto de forma muy clara. El tribunal en *Vivendi* hizo notar que “la doctrina mayoritaria al parecer señala una distinción entre sólo una privación parcial del valor (y no una expropiación) y una privación total o casi total del valor (expropiación);<sup>25</sup> en *LG&E* recordó que “en numerosas decisiones arbitrales, se ha denegado la compensación cuando no se haya afectado todo o casi todo el valor económico de la inversión”;<sup>26</sup> en *Sempra* explicó que el valor de la inversión tenía que ser “virtualmente aniquilado”.<sup>27</sup>

En *Glamis Gold v Estados Unidos* el reclamante alegó que Estados Unidos, a través de una serie de medidas federales y locales, había expropiado sus derechos mineros respecto de un proyecto en el estado de California. Dado que el reclamante permanecía con la propiedad de sus derechos, el punto crítico para el tribunal fue determinar si el proyecto había perdido valor. El tribunal concluyó que el proyecto tenía aún un valor por arriba de los 20 millones de dólares, cuando el reclamante argumentaba que, antes de las medidas, valía 49.1 millones. Por ende, rechazó el reclamo porque “el primer factor en un análisis de expropiación no fue satisfecho: que las medidas reclamadas no causaban un impacto económico suficiente”.<sup>28</sup>

### B. *Pérdida de control*

Otra forma de interferencia puede ser una pérdida de control sobre una empresa o subsidiaria, independientemente de la pérdida en valor. La razón es que el inversionista podría quedar impedido de obtener los beneficios económicos asociados a su inversión (dependiendo del tipo de pérdida de control).

<sup>25</sup> *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic*. ICSID Case No. ARB/97/3. Award of 20 August, 2007. Para 7.5.11.

<sup>26</sup> *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. and LG&E International Inc. v. Argentine Republic*. ICSID Case No. ARB/02/01. Award of 3 October 2006. Para. 191.

<sup>27</sup> *Sempra Energy International v. Argentine Republic*. ICSID Case No. ARB/02/16. Award of September 28, 2007. Para. 285.

<sup>28</sup> *Glamis Gold, Ltd. v. United States of America*. UNCITRAL Arbitration. Award of June 8, 2009. Para. 536.

Muchos reclamos de expropiación se han desechado precisamente porque el inversionista permanecía en control normal de su empresa. Tal fue el caso en *Feldman v Mexico*,<sup>29</sup> *Methanex v Estados Unidos*,<sup>30</sup> *Sempra v Argentina*,<sup>31</sup> *CMS v Argentina*,<sup>32</sup> *Azurix v Argentina*<sup>33</sup> y *LG&E v Argentina*.<sup>34</sup>

En *Pope & Talbot v Canadá* el tribunal listó una serie de factores que podrían constituir interferencia indebida: *i*) control de la empresa por el Estado; *ii*) dirección de las decisiones diarias de la empresa por el Estado; *iii*) detención de empleados o funcionarios; *iv*) toma de las ganancias de la empresa; *v*) interferencia con la administración o las actividades de los socios; *vi*) bloqueo del pago de dividendos; *vii*) interferencia en el nombramiento de funcionarios o directivos, o *viii*) privación absoluta de propiedad o control.<sup>35</sup> El tribunal en *PSGE v Turquía* opinó de forma similar.<sup>36</sup> En *CME v República Checa*, el tribunal concluyó que el cambio forzado de una estructura corporativa previamente aprobada en una empresa de televisión, había dejado al socio extranjero en una posición vulnerable frente al socio local; el tribunal concluyó que el Estado había dejado al inversionista una “empresa con activos pero sin negocios”.<sup>37</sup>

## 2. ¿Primer paso suficiente? Teoría sole effects (examen único de efectos)

La teoría *sole effects* propone que el impacto o nivel de interferencia de la medida estatal sobre el derecho de propiedad debe ser el único factor, o el factor determinante, para determinar la existencia de una expropiación. Como sustento suelen citarse casos del Tribunal Mixto como *Tippets*<sup>38</sup> o

<sup>29</sup> *Marvin Feldman v Mexico*. ICSID Case No. ARB(AF)/99/1. Award of December 16, 2002. Para. 41.

<sup>30</sup> *Methanex*, *op. cit.*, 18.

<sup>31</sup> *Sempra*, *op. cit.*, 28, para. 285.

<sup>32</sup> *CMS Gas Transmission Company v. The Argentine Republic*. ICSID Case No. ARB/01/08. Award of May 12, 2005. Para 263.

<sup>33</sup> *Azurix Corp. v. The Argentine Republic*. ICSID Case No. ARB/01/12. Award of July 14, 2006.

<sup>34</sup> *LG&E*, *op.cit.* 27.

<sup>35</sup> *Pope & Talbot*, *op. cit.*, 21, para. 100.

<sup>36</sup> *PSEG Global Inc. and Konya Ilgin Elektrik Uretim ve Ticaret Limited Sirketi v. Republic of Turkey*. ICSID Case No. ARB/02/05. Award of January 19, 2007. Para 278.

<sup>37</sup> *CME*, *op. cit.*, 20, para. 607.

<sup>38</sup> “... The intent of the government is less important than the effects of the measures on the owner; and the form of the measures of control or interference is less important than the reality of their impact”. *Tippets*, *op. cit.*, 7.

*Phelps and Dodge*.<sup>39</sup> No obstante, como hemos explicado (véase nota al pie 11), resulta entendible que el Tribunal Mixto pusiera énfasis en los efectos antes que en la naturaleza de las medidas, que de inicio se sabía eran un tanto intrusivas y extraordinarias. El Tribunal parece efectivamente haber asumido que una pérdida de propiedad en las circunstancias prevalecientes en Irán entre 1978 y 1981, sí eran atribuibles a Irán, eran el resultado de medidas irregulares e inconsistentes con el derecho internacional (Heiskanen, 2006). Importar la misma suposición en los arbitrajes de inversión, que ventilan reclamos que surgen de circunstancias ordinarias, sería absolutamente errado.

Aún así, en algunas ocasiones la doctrina *sole effects* ha probado ser atractiva en el contexto de arbitrajes de inversión. Algunos autores afirman que la práctica judicial indica que la severidad de la medida es el criterio decisivo cuando se trata de determinar la existencia de una expropiación indirecta (Schreurer, 2005). Se suelen citar casos como *Biloune v Ghana*<sup>40</sup> o *Metalclad vs. México*,<sup>41</sup> pero de una lectura de dichos casos no se desprende un apoyo explícito a dicha doctrina.<sup>42</sup> En *Nykomb Synergetics vs. Latvia* el tribunal aparen-

<sup>39</sup> “The tribunal fully understands the reasons why the Respondent felt compelled to protect its interests through this transfer of management, and the Tribunal understands the financial, economic and social concerns that inspired the law pursuant to which it acted, but those reasons and concerns cannot relieve the Respondent of the obligation to compensate Phelps Dodge for its loss”. *Phelps and Dodge Corp. et al. v. Iran-US CTR* 121, 130 (1986-I).

<sup>40</sup> “The motivations for the actions and omissions of Ghanaian governmental authorities are not clear. But the Tribunal need not to establish those motivations to come to a conclusion in the case. What is clear is that the conjunction of the stop work order, the demolition, the summons, the arrest, the detention, the requirement of filing assets declarations forms, and the deportation of Mr. Biloune without possibility of re-entry had the effect of causing irreparable cessation of work on the project”. *Biloune and Marine Drive Complex Ltd. v. Ghana Investments Centre and the Government of Ghana. UNCITRAL Arbitration. Award on Jurisdiction and Liability of 27 October 1989*.

<sup>41</sup> “... expropriation under NAFTA includes not only open, deliberate and acknowledged takings of property, such as outright seizure or formal or obligatory transfer of title in favour of the host state, but also covert and incidental interference with the use of property which has the effect of depriving the owner, in whole or in significant part, of the use or reasonable-to-be-expected economic benefit of the property even if not necessarily to the obvious benefit of the host State”. *Metalclad, op. cit.*, 8, para. 103.

<sup>42</sup> “These measures, taken together with the representations of the Mexican federal government, on which Metalclad relied, and the absence of a timely, orderly or substantive basis for the denial by the Municipality of the local construction permit, amount to an indirect expropriation”. *Metalclad, op. cit.*, 8, para. 107.

temente apoyó la idea, pero finalmente para efectos de rechazar el reclamo expropiatorio.<sup>43</sup>

La realidad es que la práctica de los Estados y la jurisprudencia moderna muestra un claro rechazo a la doctrina *sole effects*. Por una parte, no resulta razonable presumir que los Estados, al incluir disciplinas de expropiación indirecta en sus tratados, aceptan ceder una parte de su espacio de política pública. A pesar de que la regulación ordinaria y legítima normalmente no genera un nivel severo de interferencia, existen ocasiones donde sí lo hace. Pensemos, por ejemplo, en la revocación legítima de una concesión, en el secuestro de bienes por motivos fiscales o criminales, en la clausura de un establecimiento que genera riesgos a la salud o en la imposición de una multa ejemplificativa por violaciones graves a la normatividad ambiental. Por ende, el mero hecho de que una medida ocasione un impacto económico adverso en la inversión no puede, en sí mismo, ser concluyente de que una expropiación indirecta ha ocurrido.

La noción de expropiación en derecho internacional nació de los sistemas jurídicos nacionales y ha crecido en paralelo a éstos. Ningún sistema jurídico podría aceptar la doctrina de *sole effects*, así que sus proponentes tendrían que explicar porqué el derecho internacional sí debe hacerlo (Dolzer, 2002). Por ejemplo, en el caso de *Penn Central*,<sup>44</sup> la Corte Suprema de Estados Unidos sostuvo que una expropiación regulatoria debe determinarse caso por caso, equilibrando factores como la severidad en el impacto, las legítimas expectativas del dueño y la naturaleza de la regulación. Por otro lado, la Corte Europea de Derechos Humanos utiliza un enfoque bastante sofisticado para determinar si una medida regulatoria adoptada en el interés público por un gobierno democráticamente electo puede ser caracterizada como expropiatoria (Mountfield, 2002).

Desde luego que la severidad del impacto es fundamental y parte del proceso. Pero cosa distinta es asegurar que ahí se agota el ejercicio. En general,

<sup>43</sup> “The Tribunal finds that “regulatory takings” may under the circumstances amount to expropriation or the equivalent of an expropriation. The decisive factor for drawing the borderline towards expropriation must primarily be the degree of possession taking or control over the enterprise the disputed measures entail. In the present case, there is no possession taking of Windau or its assets, no interference with the shareholder’s rights or with the management’s control over and running of the enterprise – apart from ordinary regulatory provisions laid down in the production licence, the off-take agreement, etc”. *Nykomb Synergetics Technology Holding AB v. The Republic of Latvia*. Stockholm Chamber of Commerce. Award of 16 December 2003. Para 4.3.1.

<sup>44</sup> *Penn Central Transport Co v. New York City*, 438 US 104 (1978).

los tribunales han intentado establecer un balance justo entre los derechos de los inversionistas y los derechos de los Estados para regular (Reinish, 2008). La tendencia en jurisprudencia nos muestra un reconocimiento, explícito o implícito, de que la naturaleza de la medida, conjuntamente con sus efectos, son los elementos necesarios para determinar la existencia de una expropiación indirecta. Por ello, los tribunales normalmente se alejan de versiones extremas y consideran tanto el carácter como el impacto práctico de la medida (Fortier y Drymer, 2004).

En palabras del tribunal en *LG&E v Argentina*:

Para establecer si las medidas estatales resultan en una expropiación en los términos del Artículo IV(1) del Tratado Bilateral, *el Tribunal debe equilibrar dos intereses contrapuestos: el grado de interferencia de la medida con los derechos de propiedad del inversor y el poder del Estado de dictar sus políticas.*

No hay duda que la severidad de los cambios en el status legal y el impacto práctico sufrido por el inversionista en este caso, así como en la posibilidad del goce y uso de la inversión, son determinantes para establecer si hubo o no expropiación indirecta. Lo que se discute es si, únicamente, deben ser tomados en cuenta los efectos que produce la medida o también el contexto en que se dictó y el propósito del Estado receptor. *La opinión de este Tribunal es que debe haber un equilibrio en el análisis, es decir, ha de tratarse de un análisis que alcance tanto a las causas como a los efectos de una medida, a los fines de calificarla como expropiatoria.* Es importante distinguir el derecho del Estado de adoptar ciertas políticas con su facultad de dictar medidas expropiatorias. Esta determinación es importante, pues es una de las bases para distinguir, desde la perspectiva de un tribunal internacional, entre una medida regulatoria, expresión normal de la autoridad estatal en ejercicio del poder de policía, que trae consigo una disminución de los bienes o derechos del particular, y una expropiación de facto, que priva de toda sustancia real a tales bienes o derechos.<sup>45</sup>

### 3. *El poder de policía de los Estados en el siglo XXI*

Tradicionalmente, el “poder de policía” se ha vinculado con eventos como el combate al crimen, la toma de propiedad por motivos fiscales, la pérdida derivada de legislación que restringe el uso de propiedad y la defensa contra la amenaza externa, incluyendo la destrucción de propiedad con motivo de operaciones militares (Brownlie, 2004; García Amador, 1974, y Wortley, 1959).

<sup>45</sup> *LG&E, op. cit.*, 27, paras. 189 and 194.

En la actualidad, la noción debe ser entendida en un sentido más amplio: la dimensión regulatoria completa de los Estados. En el mundo moderno los Estados intervienen en las economías mucho más allá de tareas fundamentales de custodia, protección y seguridad, por ejemplo mediante el despliegue de esquemas de intervención (principalmente mediante la regulación) para proteger la integridad de los mercados, el ambiente, la salud y la seguridad y en general, promover bienestar y desarrollo. La autoridad de los Estados debe ser protegida si el Estado pretende llevar a cabo eficazmente su tarea fundamental de proteger el interés público (Geiger, 2002).

El derecho internacional tradicionalmente ha otorgado una discreción amplia a los Estados para definir y administrar sus economías (Weston, 1976). La noción de expropiación —bajo derecho consuetudinario o tratados— no disminuye ni afecta los poderes regulatorios de los Estados, mismos que son un componente esencial de su soberanía. No puede entonces haber derecho a compensación por estos actos (Sornarajah, 2004 y Lowe 2002). Desde luego, el ejercicio del poder regulatorio puede ser sujeto de un reclamo y un tribunal tendría que pronunciarse al respecto, pero debe existir una presunción de validez. Como apunta Brownlie:

Las medidas estatales, prima facie un ejercicio legal de los poderes de los gobiernos, pueden afectar intereses extranjeros considerablemente sin que lleguen a ser una expropiación... Mientras que hechos especiales podrán alterar los casos, en principio dichas medidas no son ilegales y no constituyen expropiación (Brownlie, 1998)<sup>46</sup> (traducción del autor).

La doctrina *sole effects* es inaceptable porque el derecho internacional reconoce que los Estados tiene un poder de policía que, de ser ejercido legítimamente, no genera responsabilidad internacional. De otra forma la institución misma del Estado perdería viabilidad. En estos casos, no se trata de una excepción a la regla general de compensación, sino de actos que de origen no son expropiatorios y, por ende, no ameritan compensación.

La práctica de Estados es clara al respecto. Así, por ejemplo, en el contexto de las negociaciones del Acuerdo Multilateral de Inversiones auspiciado por la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE), los ministros de los países miembros manifestaron que “el ejercicio normal y no

<sup>46</sup> “State measures, prima facie a lawful exercise of powers of governments, may affect foreign interests considerably without amounting to expropriation. Thus foreign assets and their use may be subjected to taxation, trade restrictions involving licences and quotas, or measures of devaluation. While special facts may alter cases, in principle such measures are not unlawful and do not constitute expropriation”.

discriminatorio de los poderes regulatorios no constituiría expropiación”.<sup>47</sup> El comentario g) del *Restatement (Third) of Foreign Relations* de Estados Unidos establece que “un Estado no es responsable por la pérdida de propiedad o por otras desventajas económicas que resultan de impuestos, regulación, crimen u otra acción del tipo que es comúnmente aceptado como parte del poder de policía”.<sup>48</sup> Por su parte, la *Harvard Draft Convention on Responsibility of States* aclara que “una toma de propiedad no compensada relacionada con la operación normal de las leyes del estado no será ilícita”.<sup>49</sup> El Convenio Constitutivo de la Agencia Multilateral de Garantía a las Inversiones del Banco Mundial excluye garantías sobre conflictos que deriven de “medidas no discriminatorias de aplicación general que los gobiernos normalmente toman para regular la actividad económica en sus territorios”.<sup>50</sup>

Como práctica relativamente reciente, muchos países comienzan a incluir en sus tratados de inversión una serie de disposiciones que tienen por objeto aclarar el alcance de la expropiación indirecta.<sup>51</sup> Por sólo citar un

<sup>47</sup> “Ministers confirm that the MAI must be consistent with the sovereign responsibility of governments to conduct domestic policies. The MAI would establish mutually beneficial international rules which would not inhibit the normal non-discriminatory exercise of regulatory powers by governments and such exercise of regulatory powers would not amount to expropriation”. Ministerial Statement, april 28, 1999.

<sup>48</sup> “... A State is not responsible for the loss of property or for other economic disadvantages resulting from bona fide taxation, regulation, forfeiture for crime, or other action of the kind that is commonly accepted as within the police power of state, if it is not discriminatory, and is not designed to cause the alien to abandon the property to the state or sell it at a distress price”.

<sup>49</sup> “An uncompensated taking of a property of an alien or a deprivation of the use or enjoyment of property of an alien which results from the execution of tax laws; from a general change in the value of currency; from the action of the competent authorities of the State in the maintenance of public order, health, or morality; or from the valid exercise of belligerent rights or otherwise incidental to the normal operation of the laws of the State shall not be considered wrongful, provided... it is not a clear and discriminatory violation of the law of the State concerned... and it is not an unreasonable departure from the principles of justice recognized by the principle legal systems of the world”.

<sup>50</sup> “... any legislative action or administrative action or omission attributable to the host government which has the effect of depriving the holder of a guarantee of his ownership or control of, or a substantial benefit from, his investment, with the exception of non-discriminatory measures of general application which the governments normally take for the purpose of regulating economic activity in their territories”.

<sup>51</sup> Todos los tratados de libre comercio (con capítulo de inversión) firmados recientemente por Estados Unidos incluyen un anexo especial en materia de expropiación indirecta, por ejemplo aquellos con Australia, Chile, Perú, DR-CAFTA, Marruecos,



ejemplo, el anexo 812.1 del Tratado de Libre Comercio entre Perú y Canadá, entre otras cosas, establece que:

El solo hecho de que una medida o una serie de medidas de una Parte tenga un efecto adverso en el valor económico de la inversión, no determina que ha ocurrido una expropiación indirecta.

Salvo raras circunstancias, como cuando una medida o series de medidas son demasiado severas a la luz de su objetivo que no pueden ser consideradas de manera razonable como que fueron adoptadas y aplicadas de buena fe, las medidas no discriminatorias de una Parte que son diseñadas y aplicadas para proteger los legítimos objetivos de bienestar público, como salud, seguridad y ambiente, no constituyen una expropiación indirecta.

La capacidad regulatoria ha sido reconocida por los tribunales. El de *Methanex vs. Estados Unidos* lo hizo en los siguientes términos: “Como una cuestión de derecho internacional, una regulación no discriminatoria tomada por un propósito público, que es emitida bajo debido proceso y afecta, entre otros, a un inversionista extranjero o inversión no se considera expropiatoria y compensable...”<sup>52</sup> (traducción del autor).

De forma similar, el tribunal en *Saluka vs. República Checa* concluyó como sigue:

Está ahora establecido en derecho internacional que los Estados no tienen la responsabilidad de pagar compensación a un inversionista extranjero cuando, en el ejercicio normal de sus poderes regulatorios, adoptan de forma no discriminatoria y en buena fe regulaciones que están dirigidas a atender el bienestar general<sup>53</sup> (traducción del autor).

Singapur y Bahrein. Otros tratados que incluyen disposiciones similares incluyen (tratados comerciales) Australia-Chile (2009), China-Nueva Zelanda (2008) and Singapur-Perú (2009), así como (tratados bilaterales de inversión) Japón-Perú (2008), Canadá-Romania (2009), Canadá-Jordania (2009), Canadá-Latvia (2009), Canadá-República Checa (2009) y Estados Unidos-Ruanda (2009), Colombia-Bélgica.

<sup>52</sup> “... as a matter of general international law, a non-discriminatory regulation for a public purpose, which is enacted in accordance with due process and which affects, inter alios, a foreign investor or investment is not deemed expropriatory and compensable unless specific commitments had been given by the regulating government to the then putative foreign investor contemplating investment that the government would refrain from such regulation...” *Methanex*, op.cit. 18. Part IV, Chapter D. Para 7.

<sup>53</sup> “It is now established in international law that States are not liable to pay compensation to a foreign investor when, in the normal exercise of their regulatory powers, they adopt in a non-discriminatory manner bona fide regulations that are aimed at the

El principio de que un Estado no comete una expropiación cuando adopta regulaciones generales comúnmente aceptadas como parte del poder de policía, y por ende no es responsable de pagar compensación a un extranjero que sufre una privación, forma parte del derecho internacional consuetudinario<sup>54</sup> (traducción del autor).

Caso	Medida
Azinian <i>vs.</i> México	Revocación de una concesión
Thunderbird <i>vs.</i> México	Secuestro de máquinas ilegales de apuesta
Saluka <i>vs.</i> República Checa	Regulación financiera
Emanuel Too Greater Modesto (Tribunal Mixto)	Revocación de una licencia de licor
EDF <i>vs.</i> Rumania	Multa y secuestro de activos ordenados por la “Guardia Financiera”

#### 4. Segundo paso: análisis sobre la naturaleza de la medida

Si el primer paso es superado, sigue entonces analizar la naturaleza de la medida. El punto crítico radica en identificar la línea que divide la regulación que cae dentro del ejercicio legítimo del poder de policía o regulatorio de los Estados (no compensable) de las expropiaciones (siempre compensables). El ejercicio implica un análisis particular de los hechos, pero guiado por un marco conceptual; el punto fino es verificar si la medida presuntamente expropiatoria deriva de una regulación o actividad “normal” del Estado o, si por el contrario, es extraordinaria o ilegal.

Evidentemente, las regulaciones generales discriminatorias que adopta el Estado para satisfacer fines de interés público serán siempre un ejercicio “normal” y “legítimo” de poderes. No hay necesidad de compensar simple y sencillamente porque no estamos en presencia de una expropiación. Muchas de las causas que justifican la regulación, por ejemplo, obedecen

general welfare”. *Saluka Investments BV v. The Czech republic. UNCITRAL Arbitration*. Partial Award of 17 March 2006, paras. 255 and 262.

<sup>54</sup> “The principle that a State does not commit an expropriation and is thus not liable to pay compensation to a dispossessed alien investor when it adopts general regulations that are commonly accepted as within the police power of States’ forms part of customary international law today”. *Ibidem*, paras. 255 and 262.

a instancias de “falla de mercado”, *e. g.* monopolios y abusos de poder dominante, continuidad y disposición de servicios, externalidades, asimetrías de información y bienes públicos. En estos casos, la intervención es necesaria porque el mercado sin control genera efectos adversos al interés público (Baldwin, 1999). Otros casos legítimos incluyen aspectos más allá de la eficiencia de mercado, por ejemplo; fines sociales, ambientales o de salud pública.

Las expropiaciones en cambio, son medidas extraordinarias que se ordenan en contextos particulares y en circunstancias especiales. No son una herramienta del quehacer ordinario de los Estados. Por ello, una medida tiende a ser expropiatoria si, independientemente de su fin o propósito, focaliza desde el origen sus efectos en un individuo o empresa.

Por otro lado, la medida puede ser *prima facie* una regulación de carácter general para disfrazar objetivos encubiertos, ser creada o aplicada de mala fe o ser arbitraria. En estas circunstancias, la máscara de legalidad puede ser levantada para descubrir una medida expropiatoria.

#### A. Indicadores de irregularidad

Recientemente, los tribunales han utilizado diversos “indicadores de ilegalidad” para distinguir regulaciones legítimas de actos expropiatorios:

- Para algunos tribunales, como *Methanex*<sup>55</sup> y *Saluka*,<sup>56</sup> las regulaciones no discriminatorias que persiguen un interés público, emitidas bajo debido proceso o aplicadas en buena fe, no son compensables. Para el primer tribunal, “desde la perspectiva del derecho internacional, la prohibición [para fabricar un aditivo de gasolina] era una regulación legal y no una expropiación”.
- El elemento de discriminación fue decisivo en *Eureka v Polonia*.<sup>57</sup>

<sup>55</sup> *Methanex*, *op. cit.*, 18.

<sup>56</sup> *Saluka*, *op. cit.*, 54.

<sup>57</sup> “An intentionally discriminatory regulation against a foreign investor fulfils a key requirement for establishing expropriation”. *Methanex*, *op. cit.*, 18. Part IV, Chapter D, para. 4.

“... the measures taken by RoP [Poland] in refusing to conduct the IPO [purchase of shares] are clearly discriminatory. As the Tribunal noted earlier, these measures have been proclaimed by successive Ministers of the State Treasury as being pursued in order to keep PZU [the privatized State-owned insurance company] under majority Polish control and to exclude foreign control such as that of Eureka. That discriminatory

- En *Rumeli v Kazakhstan*, la determinación de expropiación se tomó al haberse identificado una “confabulación impropia” en contra del inversionista, que culminó en una decisión judicial “manifiesta y gravemente inadecuada”.<sup>58</sup>
- Por su parte, el supuesto quebranto de las legítimas expectativas del inversionista ha sido parte del análisis en muchos casos, sobre todo para desestimar el reclamo, incluyendo *Waste Management vs. México*, *Methanex vs. USA*,<sup>59</sup> *Duke vs. Ecuador*,<sup>60</sup> *Generation Ukraine vs. Ukraine*,<sup>61</sup> *Feldman vs. México*<sup>62</sup> y *Continental Casualty vs. Argentina*.<sup>63</sup>
- Algunos tribunales han importado (de forma un tanto cuestionable) el concepto de “proporcionalidad” de la Corte Europea de los Derechos Humanos, como sucedió en *Tecmed vs. México*<sup>64</sup> (para sustentar el hallazgo de expropiación) así como en *Azurix vs. Argentina*<sup>65</sup> y *LG&E vs. Argentina*<sup>66</sup> (para desechar el reclamo).
- En otras ocasiones, violaciones a disciplinas distintas, sobre todo la de “Trato Justo y Equitativo”, fueron tomadas en consideración para el

conduct by the Polish Government is blunt violation of the expectations of the Parties in concluding the SPA and the First Addendum”. *Eureko, op. cit.*, 21, At para. 242.

<sup>58</sup> *Rumeli Telekom A.S. and Telsim Mobil Telekomikasyon Hizmetleri A.S. v. Republic of Kazakhstan*. ICSID Case No. ARB/05/16. Award of July 29, 2008. Paras. 706-707.

<sup>59</sup> *Methanex, op. cit.*, 18.

<sup>60</sup> *Duke Energy Electroquil Partners and Electroquil S.A. vs. Republic of Ecuador*. ICSID Case No. ARB/04/19. Award of 18 August 2008.

<sup>61</sup> *Generation Ukraine, Inc. v. Ukraine*. ICSID Case No. ARB/00/9. Award of 16 September 2003.

<sup>62</sup> *Marvin Roy Feldman, op.cit.* 30.

<sup>63</sup> *Continental Casualty Company v. Argentine Republic*. ICSID Case No. ARB/03/09. Award of September 5, 2008. Para. 258.

<sup>64</sup> “... the Arbitral Tribunal will consider, in order to determine if they are to be characterized as expropriatory, whether such actions or measures are proportional to the public interest presumably protected thereby and to the protection legally granted to investments, taking into account that the significance of such impact has a key role upon deciding the proportionality”. *Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. The United Mexican States*. ICSID Case No. ARB(AF)/00/02. Award of May 29, 2003. Para 122.

<sup>65</sup> *Azurix, op. cit., supra* 34, At para. 312.

<sup>66</sup> “it can generally be said that the State has the right to adopt measures having a social or general welfare purpose. In such a case, the measure must be accepted without any imposition of liability, except in cases where the State’s action is obviously disproportionate to the need being addressed”. *LG&E, op. cit.*, 27, para. 195.

hallazgo de expropiación, como sucedió en *Metalclad v México*,<sup>67</sup> *Vivendi v Argentina*<sup>68</sup> y *Gemplus/Talsud v México*.<sup>69</sup>

- Un tribunal se apoyó en la noción de “abuso de derecho”<sup>70</sup> para concluir que una decisión judicial tenía carácter expropiatorio.

Caso	Principio o “indicador”
Metalclad vs. México, Tecmed vs. México, Goetz vs. Burundi, Biloune vs. Ghana	Legítimas expectativas
Tecmed vs. México	Proporcionalidad
Eureko vs. Polonia	Discriminación
Saipem vs. Bangladesh	Abuso de poder
Vivendi vs. Argentina, Metalclad vs. México	Falta de trato justo y equitativo
Siemens vs. Argentina	Ausencia de propósito público
Biloune vs. Ghana	Ausencia de debido proceso
Rumeli vs. Kazajistán	Colusión indebida y ausencia de debido proceso

<sup>67</sup> “By permitting or tolerating the conduct of Guadalcazar in relation to Metalclad which the Tribunal has already held amounts to unfair and inequitable treatment breaching Article 1105 and by thus participating or acquiescing in the denial to Metalclad of the right to operate the landfill, notwithstanding the fact that the project was fully approved and endorsed by the federal government, Mexico must be held to have taken a measure tantamount to expropriation in violation of NAFTA Article 1110(1)”. *Metalclad, op. cit.*, 8, Para. 104.

<sup>68</sup> “As to this, we find that the Province’s unfair and inequitable measures, identified at 7.4 above, which ultimately led to CAA’s notice of rescission of the Concession Agreement on 27 August 1997, struck at the economic heart of, and crippled, Claimants’ investment”. *Compañía de Aguas del Aconquija*. Para. 7.5.25.

<sup>69</sup> “Given the Tribunal’s earlier decisions in Part VII of this Award in regard to the Respondent’s violations of the FET standards in the two BITs, it serves no purpose here to analyse in detail the Parties’ respective legal submissions on expropriation. The Tribunal applies the legal submissions made by the Claimant, to the general effect that an indirect expropriation occurs if the state deliberately deprives the investor of the ability to use its investment in any meaningful way and a direct expropriation occurs if the state deliberately takes that investment away from the investor”. *Gemplus S.A., SLP S.A., Gemplus Industrial S.A. de C.V. and the United Mexican States & Talsud S.A. and the United Mexican States, ICSID Cases. Nos. ARB(AF)/04/03 & ARB(AF)/04/4, Award of June 16, 2010. Para. 8-23.*

<sup>70</sup> “It is generally acknowledged in international law that a State exercising a right for a purpose that is different from that for which that right was created commits an abuse of rights...” *Saipem S.p.A. v. The People’s Republic of Bangladesh. ICSID Case No. ARB/05/07. Award of 30 June, 2009. Para. 160.*

Bajo un buen análisis, ningún “indicador” debería ser único o determinante: la tarea radica en descubrir si la medida es arbitraria bajo derecho internacional, para lo cual siempre será preferible un análisis integral que considere diversos factores relevantes a la luz de los hechos específicos.

## VI. ¿CÓMO ES COMPENSADA UNA EXPROPIACIÓN INDIRECTA?

Los Estados tienen el derecho soberano de expropiar cualquier derecho de propiedad. Sin embargo, dicho derecho no es irrestricto. En derecho internacional es generalmente aceptado que la expropiación procede únicamente (i) por causa de interés público, (ii) sobre bases no discriminatorias, (iii) bajo debido proceso, y (iv) mediante el pago de una compensación. La legalidad de la expropiación depende del cumplimiento de esos requisitos.

En el siglo XX, el debate giró alrededor de las características de compensación. Los países desarrollados exigían una compensación “pronta, adecuada y efectiva” (formula “Hull”<sup>71</sup>), es decir, pagada sin demora, a valor de mercado, así como libremente convertible y transferible. Por su parte, los países en vías de desarrollo proponían una compensación “apropiada”, una fórmula mucho más flexible que incluía consideraciones equitativas en función de la capacidad de pago, tipo de propiedad y la manera en que el inversionista había lucrado con la inversión frente a los beneficios obtenidos por el país receptor. El debate fue intenso y se llevó al terreno de las Naciones Unidas.<sup>72</sup> No obstante, el debate perdió significado práctico durante los

<sup>71</sup> La fórmula tomó ese nombre en referencia a Cordell Hull, secretario de Estado de los Estados Unidos, quien exigió a México una compensación de esas características por las afectaciones a nacionales estadounidenses con motivo de la reforma agraria emprendida por México en la década de 1920. México rechazó que hubiera tal exigencia bajo derecho internacional. Aceptó su obligación de compensar, pero afirmó que “el tiempo y la manera del pago tendrían que ser determinadas por sus leyes”. Los reclamos, conjuntamente con los derivados de la expropiación petrolera de 1938, fueron resueltos mediante un arreglo firmado por ambos gobiernos en 1941.

<sup>72</sup> En 1962 la Asamblea General pasó la Resolución 1803(XVII) (*Permanent Sovereignty over Natural Resources*). Ni la “fórmula Hull” ni la de “compensación apropiada” prevaleció en el texto final. En cambio, según el documento la compensación habría de ser pagada de conformidad con “las leyes en vigor del Estado” así como el “derecho internacional”. Posteriormente, en 1973 la Asamblea General pasó una nueva resolución que afirmaba que los Estados tenían el derecho a “determinar el monto de compensación y modo de pago”. La resolución se votó por 108 votos a favor y 1 en contra, pero tuvo la abstención de 11 importantes países desarrollados (inclusive de 15 países en vías de desarrollo). En 1974, la Asamblea General adoptó el *Charter of Econo-*

años de la década de 1970 porque los países en vías de desarrollo comenzaron a tomar una nueva actitud frente a la inversión extranjera y, sobre todo, porque los tratados de inversión, de forma abrumadora, establecieron (con unas palabras u otras) la “fórmula Hull” como el estándar de compensación aplicable en caso de expropiación.

Es entonces común encontrar que los tratados de inversión refieren que una inversión expropiada tendrá que ser compensada “a valor justo de mercado”, esto es, lo que un comprador estaría dispuesto a pagar a un vendedor en el curso de una transacción normal de mercado. Sin embargo, este estándar se refiere únicamente a las expropiaciones legales.

Los tratados no establecen la regla aplicable cuando se trata de expropiaciones ilegales (que no cumplen alguno de los requisitos); el derecho internacional consuetudinario es entonces aplicable. En este contexto, los tribunales han establecido que una expropiación ilegal constituye un ilícito internacional que exige “reparación”. La diferencia es importante. La “compensación” implica pagar el valor de la propiedad, mientras que la “reparación” exige pagar cualquier tipo de daño ocasionado, lo que incluye como mínimo el valor de la propiedad y probablemente otros conceptos adicionales. Por ende, la “reparación” podrá ser mayor, pero jamás inferior que la “compensación”. Asimismo, únicamente la “reparación” podrá admitir en teoría la restitución de propiedad (lo que en la práctica resulta sumamente difícil o inviable).

Para el caso de las expropiaciones ilegales, los tribunales de inversión se han apoyado en el caso “Chorzow”, que cristaliza la fórmula clásica de reparación en caso de ilícitos internacionales. La regla establece un estándar bastante amplio de reparación: exige eliminar todas las consecuencias del acto ilegal y restablecer la situación que habría prevalecido de no haberse cometido el ilícito:

El principio esencial contenido en la noción de un acto ilegal es que la reparación debe, en la medida de lo posible, desaparecer todas las consecuencias del acto y restablecer la situación que, en toda probabilidad, habría existido de no haberse cometido el acto. Restitución en especie o, de no ser posible, pago de una suma correspondiente al valor en especie; el otorgamiento, de ser requerido, de daños por pérdidas que no serían cubiertas por la restitución.

*mic Rights and Duties of States* para establecer un “nuevo orden económico” (aunque era más de tinte político que codificador de derecho). Nuevamente se le daba a los Estados amplia discreción a propósito de la compensación. Esta vez, el instrumento se votó con 120 votos a favor pero los países desarrollados más importantes votaron en contra o se abstuvieron.

ción en especie o el pago monetario que en su lugar se prevea — tales son los principios que deberían utilizarse para determinar el monto de compensación derivado de un acto contrario al derecho internacional.<sup>73</sup>

La regla fue emitida en el contexto de una disputa entre Estados con un trasfondo muy específico y debe aplicarse con extrema cautela. Su aplicación literal puede conducir a resultados poco razonables, tal y como sucedió en los casos de *ADC vs. Hungría*<sup>74</sup> y *Siemens vs. Argentina*,<sup>75</sup> donde el inversionista obtuvo no únicamente el valor de su inversión, sino también el incremento en valor (muy sustancial) que adquirió después de la expropiación.

Por su parte, los *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts* establecen que el Estado responsable debe hacer “plena reparación” por el daño ocasionado por el ilícito internacional, para lo cual debe restituir propiedad o compensar “cualquier daño que sea financieramente determinable, incluyendo pérdida de ingresos futuros de ser establecidos”.<sup>76</sup>

Algunos autores sostienen que las expropiaciones legales requieren únicamente del pago de “daños directos” y que la pérdida de ingreso futuros no debe formar parte del análisis (Bowett, 1980; Brownlie, 1998, y Sornarajah, 2004). No obstante, el criterio es incompatible con la idea, ahora generalmente aceptada, de que cierto tipo de inversiones se valúan según su capacidad para generar riqueza (*ongoing concern*). En estos casos, el valor presente se determina mediante métodos prospectivos, por ejemplo el método *discounted cash flow* (Reisman and Sloane, 2004; Wälde and Sabahi, 2007, y Marboe, 2007).

La reglas consuetudinarias son demasiado abiertas y permiten diferentes resultados.

Aunque los tribunales pueden conducirse con flexibilidad y pragmatismo, en el contexto de arbitraje de inversión, que se caracteriza por reclamos estratosféricos, los daños deben ser fijados de forma justa y razonable. Independientemente de la legalidad de la expropiación, la brújula debe siempre girar alrededor del valor de la propiedad.

Asimismo, debe considerarse que la ausencia temporal de compensación no hace la expropiación ilegal *per se*, por la sencilla razón que ese requisito

<sup>73</sup> *The Factory at Chorzow (Claim for Indemnity) (The Merits)*. Permanent Court of International Justice. Germany v. Poland. Judgement of September 13, 1929. Para. 40.

<sup>74</sup> *ADC Affiliate Limited and ADC & ADMC Management Limited v. The Republic of Hungary*. ICSID Case No. ARB/03/16. Award of October 2, 2006.

<sup>75</sup> *Siemens A.G. v The Argentine Republic*. ICSID Case No. ARB/02/8. Award of February 6, 2007.

<sup>76</sup> *Draft Articles, op. cit.*, 23. Articles 31, 34 and 36.



está *sub judice* y es de carácter convalidable. De otra forma, llegaríamos al absurdo que todas las expropiaciones indirectas en litigio tendrían que ser consideradas como ilegales. Evidentemente, cuando la naturaleza misma del acto está en debate, no es razonable esperar una compensación por parte del Estado *ex ante*.

## VII. CONCLUSIONES

Para definir la noción de expropiación indirecta retomamos los elementos especificados en el numeral 1 del presente artículo, aunque haciendo también referencia a la naturaleza de la medida. Como hemos visto, es generalmente aceptado —lo que se corrobora en práctica estatal, literatura y precedentes— que tanto la severidad de impacto como la naturaleza de la medida deben ser considerados en un análisis de expropiación indirecta.

Expropiación indirecta es por tanto *un acto atribuible al Estado, de naturaleza extraordinaria o irregular, que interfiere sobre derechos de propiedad a una magnitud tal que deja dichos derechos inservibles, independientemente de que el dueño permanezca con la propiedad legal o posesión del bien.*

El primer paso del análisis debe considerar la severidad en el impacto de la medida sobre el derecho de propiedad. Para tal efecto, debe existir una pérdida total o *cuasitotal* de valor y/o control. La mayoría de los reclamos, tal y como sucede en la práctica, serían desechados en este primer filtro. No cualquier acto atribuible al Estado alcanza esta magnitud.

Si el primer paso queda superado, debe entonces analizarse el contexto y naturaleza de la medida, a efecto de identificar si se trata de una medida regulatoria legítima no compensable o de un acto expropiatorio que, independientemente de su fin o propósito, debe ser compensado. Un acto no discriminatorio de carácter general adoptado o aplicado por un interés general normalmente forma parte del ejercicio normal del poder regulatorio y de policía de los Estados (no expropiación-no compensación); mientras que un acto extraordinario o irregular (discriminatorio o arbitrario) que causa una privación irreversible cae en la esfera expropiatoria.

Persisten ciertas áreas que requieren mayor (y sobre todo mejor) definición: por ejemplo, existen una tendencia a expandir más allá de lo permisible el tipo de intereses susceptibles de expropiación. Asimismo, existen lagunas a propósito de la distinción entre expropiaciones legales e ilegales, los estándares aplicables a la compensación o reparación y las metodologías para calcular los daños.

No obstante, la expropiación ha tenido un desarrollo jurisprudencial relativamente coherente en comparación con otras disciplinas. La capacidad

para regular de los Estados no parece estar en peligro, al menos en lo que concierne a la expropiación indirecta. Esta idea debe defenderse a capa y espada, porque la regulación legítima y las expropiaciones son cosa muy distinta, aunque a veces sea difícil hacer la distinción. No existe fórmula mecanizada y el ejercicio necesariamente entraña un análisis particular a la luz de los hechos, pero guiado por el marco conceptual que hemos discutido a lo largo del presente artículo.

La regulación deriva, simplemente, del quehacer ordinario de los Estados en lo que debe ser su objetivo permanente de buscar el bienestar general. Es un componente esencial de su soberanía y parte de su razón de ser. La expropiación, por su parte, es una medida excepcional, legítima o irregular, que implica el sacrificio de un derecho de propiedad de una persona, que por justicia elemental debe ser compensado.

### VIII. BIBLIOGRAFÍA

- ALEXANDROV, S., “Breaches of Contract and Breaches of Treaty, The Jurisdiction of Treaty-based Arbitration Tribunals to Decide Breach of Contract Claims in *SGS v. Pakistan* and *SGS v. Philippines*”, *The Journal of World Investment & Trade*, vol. 5, 2004.
- BALDWIN, Robert, *Understanding Regulation. Theory, Strategy and Practice*, Oxford University Press, 1999.
- BOWETT, D. W., *States Contracts with Aliens: Contemporary Developments on Compensation for Termination or Breach*. vol. 59, *BYIL*, 1988.
- BROWNLIE, Lan, *Principles of Public International Law*, 5a. ed, Inglaterra, Clarendon-Oxford University Press, 1998.
- CHRISTIE, G. C., “What constitutes a taking of property under international law?”, *The British Yearbook of International Law*, vol. 38, 1962.
- COE, Jack y RUBINS, Noah, “Regulatory Expropriation and the Tecmed Case: Context and Contributions”, en WEILER, Todd, *International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law*, Cameron May, 2005.
- DOLZER, Rudolf, “Indirect Expropriation: New Developments?”, *NYU Environmental Law Journal*, vol. 11, 2002.
- y SCHREUER, Cristoph, *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, 2008.
- FORTIER, Yves y DRYMER, Stephen, “Indirect Expropriation in the Law of International Investment: I Know When I See It, or Caveat Investor. ICSID Review”, *Foreign Investment Journal*, 2004.

- GARCÍA Amador *et al.*, *Recent Codification of the Law of State Responsibility for Injuries to Aliens*, NY and Leiden, Oceana Pubs, 1974.
- GEIGER, Reiner, “Regulatory expropriations in International investment law: lessons from the Multilateral Agreement on Investment”, *Environmental Law Journal*, vol. 11, 2002.
- HEISKANEN, Veijo, *The Doctrine of Indirect Expropriation in Light of the Practice of the Iran-US*, Claims Tribunal, Transnational Dispute Management, vol. 3 issue 5, 2006.
- KRIEBAUM, Ursula, “Partial Expropriation”. *The Journal of World Investment and Trade*. Geneva, Switzerland, vol. 8, núm. 1, 2007.
- LOWE, Vaughan, “Regulation or Expropriation”, *Transnational Dispute Management*, vol. 1, issue 3, 2004.
- LOWENFELD, Andreas, *International Economic Law*, Londres-New York, Oxford University Press, 2002.
- McLACHLAN, Campbell *et al.*, *International Investment Arbitration: Substantive Principles* Oxford University Press, 2007.
- MARBOE, Irmgard, “Compensation and Damages in International Law. The Limits of “Fair Market Value”, *The Journal of World Investment and Trade*, 2007.
- NOUVEL, Yves, “Les mesures équivalent à une expropriation dans la pratique récente des tribunaux arbitraux”, *Revue Générale du Droit International Public*, 2002.
- OECD, *The Multilateral Agreement on Investment. Commentary to the Consolidated*, Text. 22, abril de 1998, DAF/MAI(98)8/REV1, 1998.
- PAULSSON, Jan y ZACHARY, Douglas, *Indirect Expropriation in Investment Treaty Arbitration. Arbitrating Investment Disputes: Procedural and Substantive Legal Aspects*, 2004.
- REINISH, August, “Expropriation”, en MUCHLINSKI, Peter *et al.* (eds.), *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, 2008.
- SACERDOTI, G., *Bilateral Treaties and Multilateral Instruments on Investment Protection, Recueil des Cours*, 251, 381, 269, 1997.
- SORNARAJAH, M., *The International Law on Foreign Investment*, 2a. ed., Cambridge University Press, 2004.
- WÆLDE, Thomas y KOLO, Aba, “Environmental regulation, investment protection and regulatory taking in international Law”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 50, parte 4, 2001.
- WÆLDE, Thomas W., y Sabahi, “Borzu, Compensation, Damages and Valuation in International Investment Law”. *Transnational Dispute Management*, vol. 4, issue 6, 2007.

WESTON, Burns H., “Constructive Takings under International Law: A Modest Foray into the Problem of Creeping Expropriation”, 16 *Va. J. Int’l Law*, 103. (1976).

WORTLEY, B. A., *Expropriation in Public International Law*, Cambridge University Press, 1959.