

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR**

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA**

**DISERTACIÓN PREVIA A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE**

**LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS**

**LA EXPROPIACIÓN INDIRECTA EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE  
INVERSIONES DE AMÉRICA LATINA**

**GARY LÓPEZ VÉLEZ**

**DIRECTOR: DR. JOSÉ LUIS BARZALLO**

**QUITO, OCTUBRE DE 2012**

Agradezco al Dr. José Luis Barzallo por haber aceptado guiar la realización de este trabajo, por su incondicional apoyo y valiosa ayuda.

De igual manera a todos los profesores y personal de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador por haber colaborado en mi formación, no solo como Abogado, sino como humanista y ciudadano.

Dedicado a mis padres Peggy Vélez Eldredge y Jaime López Muñoz. A mi hermano Gabriel. A mis abuelas Sonia Eldredge y Olga Muñoz y en general a mi familia que siempre ha sido un ejemplo de trabajo, esfuerzo y justicia.

A mis hermanos Luis, Alejandro, Andrés, Ramiro y Estefanía cuyo apoyo ha estado siempre presente.

A Ada De Paris quien con su amor y compañía me hace ser un poco mejor cada día.

A todas las personas que a diario expresan su confianza en lo que puedo lograr.

## RESUMEN

Muchos países latinoamericanos enfrentan en la actualidad un gran número de demandas en tribunales arbitrales internacionales planteadas por inversores extranjeros que reclaman indemnizaciones por considerar sus derechos vulnerados. El fundamento de gran parte de estas controversias está relacionado con la figura de la expropiación indirecta. Una noción superficial de la definición de expropiación indirecta nos dice que esta implica una pérdida de valor de una inversión perteneciente a un extranjero como consecuencia de una acción estatal. La caracterización de cada uno de los elementos necesarios para tal definición es controversial y depende en gran medida de lo pactado en los instrumentos internacionales y de la interpretación que hacen los tribunales arbitrales cuando se requiere su dictamen para resolver una controversia. Ante esto la doctrina solo puede recopilar antecedentes y en base a estos intentar construir conceptos precisos que no logran tomar el carácter de definitivos debido a que cada cierto tiempo aparece un fallo contradictorio, o las convenciones entre los países varían en su contenido. Debido a la liberalización de la economía impulsada en las dos últimas décadas del siglo XX, los países de la región aplicaron políticas de apertura económica y de incentivo a la inversión extranjera. A la par los países desarrollados impulsaron instrumentos para proteger los capitales de sus nacionales. Los Estados con el fin de volverse atractivos a la inversión aceptaron el trato y decidieron ceder jurisdicción a instancias arbitrales internacionales. Como consecuencia de esto, y de situaciones particulares de cada Estado (crisis en Argentina, políticas públicas en México, Ecuador y Bolivia, etc.), hoy más que nunca son comunes las disputas arbitrales referidas a inversiones. A través de un estudio desde algunos enfoques, pretendo exponer cómo se ha dado el desarrollo del fenómeno jurídico de la expropiación indirecta en nuestra región para lo cual analizo este fenómeno a la luz de la legislación internacional, con cierto énfasis en los Tratados Bilaterales de Protección de Inversiones, hago referencia también a la institución del Arbitraje Internacional de Inversiones y posteriormente, con la ayuda de algunos elementos, intento definir a la

expropiación indirecta. Al final establezco las conclusiones pertinentes acerca del tema central de esta disertación y de los temas accesorios que he desarrollado.

## ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	9
CAPÍTULO 1.....	13
LA EXPROPIACIÓN INDIRECTA Y LA LEGISLACIÓN INTERNACIONAL .....	13
1.1. Antecedentes.....	13
1.2. Origen y Naturaleza de los Tratados de Protección de Inversiones .....	21
1.2.1. Origen.....	22
1.2.2. Naturaleza y Contenido .....	25
1.3. Inversión Extranjera.....	30
1.3.1. Definición de Inversión Extranjera .....	30
1.3.2. Inversionistas Extranjeros.....	32
1.3.2.1 <i>Personas Jurídicas</i> .....	33
1.4. Tratamiento de la expropiación indirecta en Tratados Bilaterales de Inversión de América Latina .....	35
CAPÍTULO 2.....	43
LA EXPROPIACIÓN INDIRECTA EN EL MARCO DEL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL.....	43
2.1. El sometimiento de los Estados al Arbitraje Comercial Internacional.....	43
2.1.1. La interferencia del Arbitraje en el Derecho Público .....	44
2.1.2. La inmunidad soberana y la Teoría de los actos del Estado .....	50
2.1.3. Críticas al Sistema arbitral de Protección de Inversiones.....	51
2.1.4. Inconsistencia de La Jurisprudencia Internacional .....	54
2.1.5. Las Cláusulas Arbitrales y el Sometimiento de los Estados .....	55
2.2. Origen y Naturaleza del CIADI .....	59
2.2.1. Origen.....	59
2.2.2. Naturaleza .....	60

2.2.3. Jurisdicción .....	61
2.2.4. El CIADI en América Latina .....	62
2.3. Laudos referenciales .....	67
2.3.1 Metalclad Corporation c. Estados Unidos Mexicanos.....	67
2.3.2. Técnicas Medioambientales Tecmed S. A. c. Estados Unidos Mexicanos .....	69
2.3.3. Marvin Roy Feldman Karpa c. Estados Unidos Mexicanos .....	71
2.3.4. Metalpar S.A. y Buen Aire S.A c. República Argentina.....	74
2.4. La Expropiación Indirecta y La Responsabilidad Estatal.....	77
CAPÍTULO 3.....	81
MARCO DOCTRINARIO DE LA EXPROPIACIÓN INDIRECTA .....	81
3.1. Noción de Propiedad .....	81
3.2.1 Función Social de la Propiedad.....	86
3.2.2 Doctrina de los “property rights” .....	87
3.2.3 Expropiación y figuras análogas .....	88
3.3. Regulación Estatal.....	90
3.3.1. Poder Regulatorio del Estado y Los Derechos De Los Particulares .....	93
3.3.2. Poder Regulatorio del Estado y Expropiación Indirecta.....	95
3.3.3. El “Estado de Necesidad” .....	99
3.3.4. Doctrina del Solo Efecto, O “Sole Effect Doctrine” .....	104
3.4 Hacia Una Definición De Expropiación Indirecta.....	106
3.4.1. Origen de la Noción de Expropiación Indirecta .....	107
3.4.2 Elementos constitutivos de una Expropiación Indirecta.....	108
3.4.3 Actuaciones estatales que pueden devenir en una expropiación indirecta.....	110
3.4.4. Actuaciones estatales que no constituyen expropiación indirecta: .....	111
3.4. Definición de Expropiación Indirecta .....	112
4.- CONCLUSIONES .....	114
4.1. Conclusiones Generales .....	114
4.2. La Expropiación Indirecta en América Latina.....	117

BIBLIOGRAFÍA.....120

## INTRODUCCIÓN

Un extranjero puede, en general, adquirir bienes de cualquier naturaleza en un Estado diferente al suyo, siempre que se atenga a la ley del país donde dichos bienes están situados y a las restricciones que ésta pudiera contener. Se acepta de igual manera que el Estado, en ejercicio de sus potestades, puede expropiar cualquier bien que se encuentre dentro de su territorio, incluso si este pertenece a un extranjero, siempre y cuando, a más de los requisitos propios de cada legislación, dicha expropiación cumpla ciertos presupuestos que son generalmente aceptados por el Derecho Internacional: 1.- Que sea por causa de interés público; 2.- Que sea realizada en forma no discriminatoria, 3.- Que en todo momento se respete el principio de legalidad y el debido proceso; y 4.- Que exista una compensación que sea justa, pronta, adecuada y efectiva.

La expropiación es una figura que permite al Estado adquirir de manera forzosa la propiedad de los bienes de particulares mediante un acto jurídico y el pago de la debida indemnización. La expropiación opera básicamente por motivos de utilidad pública e interés común. Esta figura se ubica dentro de la esfera del Derecho Administrativo y se encuentra muy bien establecida y definida en cuanto a su naturaleza y alcance, obviamente con las particularidades que cada legislación le otorga. Por todo esto podemos afirmar que la expropiación entendida como aquel fenómeno en el que se transfiere el título de propiedad -nombrada doctrinariamente como expropiación directa- está plenamente aceptada y no plantea mayores cuestionamientos.

El problema de este fenómeno trasladado al Derecho Internacional se da cuando, por acciones que los Estados defienden como legítimas y derivadas de su soberanía, el

ciudadano extranjero pierde el control de su propiedad, es decir, sufre efectos similares a los que hubiera soportado si es que su propiedad habría sido objeto de una expropiación por parte del Estado receptor, todo esto sin que exista un reconocimiento de este despojo y por lo tanto tampoco transferencia del título de propiedad ni mucho menos una compensación por tal perjuicio.

Es posible afirmar, casi con total seguridad, que actualmente en la rama del Derecho Internacional de Inversiones este tema es uno de los más estudiados y controvertidos<sup>1</sup>, ya que los Estados pueden afectar la propiedad de los inversores extranjeros de muchísimas maneras por lo que cada situación merece un profundo análisis. Establecer principios rectores en este tema resulta extremadamente complicado por la casi infinita variedad de situaciones fácticas que pueden presentarse y servir de justificación para que un inversionista reclame a un Estado el pago de una indemnización. Como veremos durante este desarrollo existe mucha controversia en el terreno jurisprudencial y doctrinario sobre todo porque estos temas resultan sensibles no solo en el ámbito del Derecho, sino también en la Política y la Economía. Las discusiones muchas veces se extrapolan desde el campo meramente jurídico para instalarse incluso en la visión de la soberanía del Estado y el papel que éste debe cumplir en la actividad económica.

En el presente trabajo, a través de un estudio desde algunos enfoques, pretendo exponer cómo se ha dado el desarrollo del fenómeno jurídico de la expropiación indirecta en nuestra región, para lo cual he dividido la disertación en varios capítulos, cada uno con una aproximación distinta al tema central.

Primeramente estudiaré este fenómeno a la luz de la legislación internacional, con cierto énfasis en los Tratados Bilaterales de Protección de Inversiones (TBI's o BIT's por sus siglas en inglés). Para esto tendré que hacer una aproximación al origen, naturaleza y contenido de los mismos, así como al objeto que protegen, esto es, la inversión extranjera. Posterior a eso hablaré acerca del tratamiento de la expropiación indirecta en dichos instrumentos y acerca de los requisitos para que una expropiación sea considerada legítima a la luz del Derecho Internacional.

---

<sup>1</sup> MOSTAFA, Ben. The Sole Effects Doctrine, Police Powers and Indirect Expropriation under International Law. Australian International Law Journal. Volume 15. 2008. Pág 1.

El segundo capítulo trata sobre el Arbitraje Internacional de Inversiones y, ya que es en esta instancia donde se juzga que actos de los Estados son atentatorios contra los derechos de los particulares -y por tanto constituyen expropiación indirecta- y cuales son regulaciones legítimas, es importante estudiar su origen, los principios que lo regulan y como los Estados dejan de lado parte de su soberanía y aceptan someterse a la jurisdicción arbitral. En este capítulo también haré referencia al CIADI, cuyo específico estudio es de extrema relevancia, incluso por encima de otros sistemas de arbitraje, por la importancia que este centro ha adquirido en la resolución de disputas comerciales. Con todo este antecedente mencionaré algunos laudos arbitrales que trataron el tema de la expropiación indirecta en disputas que involucraron a países latinoamericanos. Y para terminar el capítulo hablaré sobre la responsabilidad del Estado por actuaciones ilícitas a la luz del Derecho Internacional.

En el tercer capítulo y con la ayuda de algunos elementos intento definir a la expropiación indirecta, para lograrlo hago referencia a la noción del concepto de propiedad y sus limitaciones, también incluyo una definición de expropiación directa y otras figuras similares en donde se presenta una transferencia forzosa de la propiedad. Con el objetivo de dilucidar el límite entre una actuación legítima del Estado y una acción constitutiva de expropiación indirecta hablo sobre la regulación estatal y el conflicto de esta potestad pública con los derechos de los particulares y menciono algunas teorías que pretenden resolver estas cuestiones. Posteriormente intento establecer una caracterización del objeto jurídico valiéndome de lo que dice la doctrina, con lo que al fin intento construir una definición de expropiación indirecta.

Al final establezco las conclusiones pertinentes acerca del tema central de esta disertación y de los temas accesorios que he desarrollado a lo largo de este trabajo, respondiendo a los cuestionamientos que fueron planteados al momento de la respectiva planificación.

Vale decir finalmente, en cuanto a la estructura de este trabajo, que he pretendido enfocarlo en América Latina por lo que en general se hace referencia a esta región y los ejemplos utilizados corresponden a dicho ámbito geográfico, sin embargo, por ser este tema de desarrollo reciente y para establecer un antecedente adecuado, muchas veces menciono situaciones de fuera del escenario latinoamericano.

Debo también mencionar que mi intención en este trabajo, en concordancia con los objetivos planteados, ha sido la de presentar una visión general que permita entender la naturaleza de la expropiación indirecta y las implicaciones del desarrollo de esta figura jurídica en nuestro continente, por lo que he considerado necesario darle contexto al estudio del objeto jurídico y es por eso que hago referencia –de manera muy amplia en ocasiones- a temas accesorios sin los cuales, estimo, no se podría entender el tema que aquí pretendo desarrollar.

Es imposible abstraerse de los cambios sociales y económicos que vive nuestra región en la actualidad, y es responsabilidad de la academia jurídica, desde su perspectiva, presentar hacia la colectividad el análisis de las implicaciones de las políticas públicas y las decisiones gubernamentales. Dentro del debate sobre la conveniencia o no de la inversión extranjera y de la justicia o no del actual sistema económico el fenómeno de la expropiación indirecta tiene gran protagonismo, por eso es pertinente estudiar su significado y el del contexto que lo rodea. Ese es el propósito de esta disertación.

## CAPÍTULO 1

### LA EXPROPIACIÓN INDIRECTA Y LA LEGISLACIÓN INTERNACIONAL

#### 1.1. Antecedentes.

Este trabajo se enmarca en el Derecho Internacional de Inversiones, pero ¿En qué consiste esta rama del Derecho? Podemos decir que es *“un conjunto de reglas que protegen a la inversión y al inversionista extranjero frente a las acciones de los Estados receptores de la inversión.”*<sup>2</sup>

En esta área de reciente desarrollo en la ciencia jurídica se distinguen aspectos públicos internacionales (como tratados, jurisdicción internacional, convenios de cooperación, etc.), como también de índole privado (mecanismos de financiamiento, nacionalidad de los agentes, conflictos), y además los que conforman el Orden Público Económico Internacional (Libertad de invertir, garantía del derecho de propiedad – y por consiguiente la prohibición de expropiaciones directas e indirectas-, regulación acotada a los derechos referentes del inversionista)<sup>3</sup> y temas de Orden Público Interno (Potestad regulatoria, soberanía, Derecho Administrativo).

La mayor parte del desarrollo y contenido de esta área de estudio del Derecho se encuentra consagrado en los Tratados Bilaterales de Protección de Inversiones y los Tratados Multilaterales que abordan temas de inversión y, aunque existen antecedentes de protección de inversiones desde antes de mediados del Siglo XX, es a partir de esa

---

<sup>2</sup> GARCÍA-BOLÍVAR, Omar. Nociones básicas del arbitraje internacional de inversiones. Internet. <http://www.bg-consulting.com/basic.pdf>. Pág. 1

<sup>3</sup> MARMOLEJO GONZÁLEZ, Crispulo. Expropiaciones Regulatorias y Tratados de Protección de Inversiones (Regulatory Takings and Bilateral Investment Treaties). The Selected Works of Crispulo Marmolejo González. 2007. Pág. 45

época cuando esta rama del Derecho se ha consolidado como fundamental tema de estudio en el campo internacional.

Cuando en la década de los años 20 del siglo pasado surgieron disputas importantes en Europa acerca de expropiación de inversiones, la legislación aplicable en ese momento era el Derecho Internacional Público; es así que dichas disputas<sup>4</sup> se resolvieron en base a la costumbre internacional pues, para ese tiempo, era impensado que un particular demande a un Estado ante instancias internacionales. Instrumentos como la Carta de los Derechos y Deberes Económicos de los Estados, postulada por las Naciones Unidas<sup>5</sup> o la Doctrina Calvo<sup>6</sup> expresada en el Siglo XIX por el diplomático e internacionalista argentino Carlos Calvo, pregonaban que las disputas referidas a inversiones pertenecientes a extranjeros, debían resolverse por los tribunales del país en cuyo territorio se encontraban dichas inversiones.

Esto se consideraba como un logro por parte de los países en desarrollo ya que, durante el siglo XIX principalmente, muchas veces los Gobiernos de potencias como el Reino Unido, Estados Unidos y Francia intervenían, incluso con el uso de la fuerza, en conflictos de sus inversionistas en el extranjero. Es así que, con la adopción de los principios de la cláusula Calvo, para un inversionista en conflicto con un Gobierno de nación extranjera las opciones ante una controversia se reducían a dos: 1. Demandar al Estado ante los tribunales locales, o 2. Solicitar protección al Estado del cual eran nacionales para que a través de canales diplomáticos y no por la fuerza -al menos en teoría<sup>7</sup>- éste negocie con

---

<sup>4</sup> PÁEZ, Marisol. La expropiación indirecta frente al CIADI: consideraciones para la autorregulación de los actos administrativos de los Estados. Revista de Estudios Internacionales. Instituto de estudios Internacionales. Universidad de Chile. 2006. Volumen 39. No. 153. Pág. 8

<sup>5</sup> Que en la letra c) del numeral 2 del artículo 2 dice: *“Todo Estado tiene el derecho de c) Nacionalizar, expropiar o transferir la propiedad de bienes extranjeros, en cuyo caso el Estado que adopte esas medidas deberá pagar una compensación apropiada, teniendo en cuenta sus leyes y reglamentos aplicables y todas las circunstancias que el estado considere pertinentes. En cualquier caso en que la cuestión de la compensación sea motivo de controversia, ésta será resuelta conforme a la ley nacional del Estado que nacionaliza y por sus tribunales, a menos que todos los Estados, y de acuerdo con el principio de libre elección de los medios (sic)”*.

<sup>6</sup> Cuyo principio esencial es el siguiente: *“los pleitos con los ciudadanos extranjeros deben necesariamente ser solucionados por los tribunales locales evitando la intervención diplomática del país de pertenencia.”*

<sup>7</sup> Hago esta precisión pues en la práctica los países pueden (y de hecho lo hacen) ejercer presión de otras maneras para proteger a sus inversionistas. Al momento de la realización de esta disertación (26 de marzo de 2012) EE.UU. ha decidido eliminar a Argentina de su sistema de

el Estado anfitrión o plantee una acción contra el mismo ante la Corte Internacional de Justicia<sup>8</sup>.

A partir de la segunda mitad del Siglo XX muchos países de la órbita socialista como los de Europa Oriental, Cuba, China, y algunos otros del tercer mundo, comenzaron agresivos procesos de nacionalización, afectando de esta manera las inversiones extranjeras en sus territorios, especialmente en el campo de los recursos energéticos no renovables. Dichas nacionalizaciones se hacían a través de disposiciones legales mediante las cuales la propiedad de las inversiones pasaba a manos del Estado. Es así que en se nacionalizó gran parte del sector petrolero de Oriente Medio y África septentrional (Argelia, Arabia Saudita, Irán, Iraq y Libia) y en América Latina y el Caribe (subsidiarias de Standard Oil Company en el Perú y la República Bolivariana de Venezuela y subsidiarias de Gulf Oil en el Ecuador y el Estado Plurinacional de Bolivia) y en el sector minero (subsidiarias de Kennecott y Anaconda en Chile)<sup>9</sup>

Estas acciones de nacionalización generaron disputas con los inversionistas extranjeros que comúnmente derivaron en conflictos con los Estados de los cuales dichos inversionistas eran nacionales, razón por la cual los países en desarrollo buscaron reforzar su posición y, a menudo con un decidido apoyo del bloque soviético, lograron promulgar en el seno de la Asamblea General de las Naciones Unidas algunos instrumentos como por ejemplo: la resolución 1803 (XVII) de 1962 que reconoció el derecho de los pueblos y de las naciones a la soberanía permanente sobre sus riquezas y recursos naturales, incluida la nacionalización, caso en que se pagaría la compensación correspondiente.

En la resolución 3171 (XXVIII) de 1973 se aclara que el Estado tiene derecho a determinar el monto de la posible indemnización y las modalidades de pago (a diferencia

---

preferencias arancelarias en represalia por la negativa de este último país a pagar las indemnizaciones a las que fue condenada mediante dos arbitrajes ante el CIADI que fueron planteados en su contra por dos empresas estadounidenses. Tomado de [http://www.elcomercio.com/negocios/EEUU-suspende-Argentina-preferencias-arancelarias\\_0\\_670732976.html](http://www.elcomercio.com/negocios/EEUU-suspende-Argentina-preferencias-arancelarias_0_670732976.html) (fecha último ingreso 2012-03-26)

<sup>8</sup> La Corte Internacional de Justicia (CIJ) es el principal organismo judicial de la Organización de las Naciones Unidas (ONU). El numeral 1 del Artículo 34 del estatuto de la Corte dispone que solo los Estados podrán ser partes en casos ante la Corte

<sup>9</sup> MORTIMORE, Michael. Arbitraje internacional basado en cláusulas de solución de controversias entre los inversionistas y el Estado en acuerdos internacionales de inversión: desafíos para América Latina y el Caribe. Informe preparado para CEPAL, Naciones Unidas. 2009. Santiago de Chile. Pág. 12

de lo que sostenía la posición estadounidense respecto de la fórmula Hull)<sup>10</sup>. En la resolución 3201 (XXIX) de 1974 se declaraba que en el nuevo orden económico internacional no se puede someter a un Estado a ningún tipo de coerción por la nacionalización o transferencia de los derechos de propiedad a sus nacionales de los activos de inversionistas extranjeros.

También en 1974, en la resolución 3281 (XXIX) – a la cual ya hicimos mención anteriormente- sobre la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados se establece el derecho de todo Estado de reglamentar y ejercer autoridad sobre las inversiones extranjeras dentro de su jurisdicción nacional, así como de reglamentar y supervisar las actividades de empresas transnacionales

En contraposición los países desarrollados -que es de donde generalmente provienen los inversionistas- buscaron formas de establecer mecanismos de protección que blindaran los activos de sus nacionales en el extranjero. Las instituciones financieras de Bretton Woods y la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) son ejemplos de intentos por establecer una nueva arquitectura internacional para las inversiones extranjeras. Dentro de estas iniciativas es pertinente mencionar las siguientes:

La HARVARD DRAFT CONVENTION ON THE INTERNATIONAL RESPONSIBILITY OF INJURIES TO ALIENS en 1961 introdujo el principio de interferencia no razonable en el uso de la propiedad privada<sup>11</sup>, así también en la Draft Convention of Foreign Property de la OCDE se señaló que “ninguna de las partes tomará medida alguna que afecte directa o indirectamente, la propiedad de un nacional de otra parte”<sup>12</sup>

De nuevo la OCDE entre 1995 y 1997 intentó promover un Tratado Multilateral de Inversión que jamás entró en vigencia pero que en su parte pertinente señalaba que:

---

<sup>10</sup> La “fórmula Hull” ideada en 1938 por el entonces Secretario de Estado de Estados Unidos Cordell Hull dice que toda expropiación debe ser a cambio de una indemnización pronta, adecuada y efectiva.

<sup>11</sup> PÁEZ, Marisol. La expropiación indirecta frente al CIADI: consideraciones para la autorregulación de los actos administrativos de los Estados. Revista de Estudios Internacionales. Instituto de estudios Internacionales. Universidad de Chile. 2006. Volumen 39. No. 153. Pág. 6

<sup>12</sup> MORTIMORE, Michael. Arbitraje internacional basado en cláusulas de solución de controversias entre los inversionistas y el Estado en acuerdos internacionales de inversión: desafíos para América Latina y el Caribe. Informe preparado para CEPAL, Naciones Unidas. 2009. Santiago de Chile. Pág. 18

*“Ninguna Parte Contratante expropiará o nacionalizará, directa o indirectamente una inversión en su territorio de un inversor de otra Parte Contratante, o tomará ninguna medida o medidas que tengan efectos equivalentes (de aquí en adelante referidos como expropiación) excepto en los siguientes casos: a) por un propósito de interés público b) que sea realizada en forma no discriminatoria c) En aplicación del debido proceso legal d) Que exista el pago de una compensación que sea pronta, adecuada y efectiva.”<sup>13</sup>*

El Banco Mundial en el año de 1992 a través de su Comité para el Desarrollo elaboró una “Guía para el tratamiento de la Inversión Directa” que en el capítulo referente a la expropiación señalaba que: *“Un Estado no podrá expropiar o tomar de otra manera, totalmente o en parte una inversión extranjera privada en su territorio, o tomar medidas que tengan efectos similares, excepto que esto se haga en concordancia con los procedimientos legales aplicables, de buena fe, en razón de utilidad pública , sin que exista discriminación basada en la nacionalidad, y con el pago de una compensación apropiada”<sup>14</sup>*

Con estos antecedentes y algunos otros se estableció una tendencia mundial que propugna que las inversiones extranjeras deben ser protegidas por el derecho Internacional. Nuestra región no escapó de esta corriente y es así que en América Latina podemos también encontrar ejemplos de Acuerdos Multilaterales que contienen disposiciones referentes a protección de inversiones y concretamente hacen referencia al tema de las expropiaciones, así por ejemplo dentro del MERCOSUR tenemos el PROTOCOLO SOBRE PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE INVERSIONES PROVENIENTES DE ESTADOS NO PARTES DEL MERCOSUR, que dicta las políticas que deben aplicar los Estados Miembros a las inversiones provenientes de terceros países no pertenecientes al Acuerdo, con la particularidad de que establece que los países adherentes no podrán otorgar a los inversores un tratamiento más favorable que el determinado en dicho protocolo. Es así que en la parte pertinente de este instrumento se señala:

---

<sup>13</sup> PÁEZ, Marisol. La expropiación indirecta frente al CIADI: consideraciones para la autorregulación de los actos administrativos de los Estados. Revista de Estudios Internacionales. Instituto de estudios Internacionales. Universidad de Chile. 2006. Volumen 39. No. 153. Pág. 6

<sup>14</sup> Banco Mundial, “Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment” .Traducción propia. Original: *“A State may not expropriate or otherwise take in whole or in part a foreign private investment in its territory, or take measures which have similar effects, except where this is done in accordance with applicable legal procedures, in pursuance in good faith of a public purpose, without discrimination on the basis of nationality and against the payment of appropriate compensation.”*

### C) PROTECCIÓN DE INVERSIONES

1.- *Cada Estado Parte asegurará un tratamiento justo y equitativo a las inversiones de inversores de Terceros Estados, y no perjudicará su gestión, mantenimiento, uso, goce o disposición a través de medidas injustificadas o discriminatorias”.*

Mientras que se dice en la parte atinente a las expropiaciones y compensaciones que:

*“Ninguno de los Estados Partes tomará medidas de nacionalización o expropiación ni ninguna otra medida que tenga el mismo efecto contra inversiones que se encuentren en su territorio y que pertenezcan a inversores de Terceros Estados, a menos que dichas medidas sean tomadas por razones de utilidad pública o de interés social, sobre una base no discriminatoria y bajo el debido proceso legal. Las medidas serán acompañadas de disposiciones para el pago de una compensación justa, adecuada y pronta u oportuna. El monto de dicha compensación corresponderá al valor de la inversión expropiada”*

De igual manera y dentro del mismo MERCOSUR, encontramos las disposiciones constantes en el Protocolo de Colonia para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones en el MERCOSUR, que establece el tratamiento para las inversiones provenientes de los Estados miembros y que contiene casi los mismos parámetros que los descritos anteriormente, con la única diferencia de que las disposiciones en este instrumento son algo más garantistas, ya que se especifica desde que momento corre la tasación del valor de la inversión y el cálculo de intereses.

En 1994 se suscribió entre Colombia, México y Venezuela el Tratado de Libre Comercio G3, o del Grupo de los Tres, que fue la concreción de años de negociaciones entre estos tres países y que en su artículo 17-08 habla del régimen de expropiaciones y compensaciones aplicables a las inversiones y, básicamente, se ciñe al modelo que - hemos visto- es prácticamente genérico pues, se habla de los requisitos de una expropiación y de los principios que rigen la determinación y el pago de la compensación.<sup>15</sup> Vale señalar que Venezuela denunció el tratado en 2006 por lo que este se convirtió en un acuerdo bilateral de libre comercio entre México y Colombia.

Dentro de este antecedente que estamos construyendo es imprescindible mencionar al Tratado de Libre Comercio de América del Norte(en adelante TLCAN o NAFTA por sus siglas en inglés) que entró en vigor en 1994. Lo integran Canadá, Estados Unidos y

---

<sup>15</sup> Texto del Tratado disponible en [http://www.sice.oas.org/Trade/go3/text2\\_s.asp#a17-08](http://www.sice.oas.org/Trade/go3/text2_s.asp#a17-08) fecha último ingreso 03/04/12

México y es especialmente importante porque se trata, tal vez, del tratado multilateral, dentro del ámbito latinoamericano de protección de inversiones, cuyas disposiciones son las que con más frecuencia se invocan dentro de los arbitrajes internacionales para reclamar compensaciones por perjuicios a inversionistas extranjeros alegando que existe expropiación indirecta o medidas equivalentes a expropiación que para el caso es lo mismo. Esto ha provocado que México sea uno de los países latinoamericanos con más casos en disputa referentes a inversiones en tribunales internacionales, especialmente en contra de inversionistas estadounidenses, esto porque el artículo referente a expropiaciones y compensaciones es muy amplio y preciso en cuanto a los principios que deben observarse en una expropiación y al tema de la compensación y su forma, así el Art. 1110 dice textualmente:

**Artículo 1110: Expropiación y compensación**

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 (expropiación), salvo que sea:*
  - (a) *por causa de utilidad pública;*
  - (b) *sobre bases no discriminatorias;*
  - (c) *con apego al principio de legalidad y al Artículo 1105(1); y*
  - (d) *mediante indemnización conforme a los párrafos 2 a 6.*
1. *La indemnización será equivalente al valor justo de mercado que tenga la inversión expropiada 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.*
2. *El pago de la indemnización se hará sin demora y será completamente liquidable.*
3. *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 la expropiación hasta la fecha de pago.*

4. *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 convertido a la cotización de mercado vigente en la fecha de expropiación, más los intereses que hubiese generado a una tasa comercial razonable para dicha divisa hasta la fecha del pago*
5. *Una vez pagada, la indemnización podrá transferirse libremente de conformidad con el Artículo 1109.*
6. *Este artículo no se aplica a la expedición de licencias obligatorias otorgadas en relación a derechos de propiedad intelectual, o a la revocación, limitación o creación de dichos derechos en la medida que dicha expedición, revocación, limitación o creación sea conforme con el Capítulo XVII, "Propiedad intelectual".*
7. *Para los efectos de este artículo y para mayor certeza, no se considerará que una medida no discriminatoria de aplicación general es una medida equivalente a la expropiación de un valor de deuda o un préstamo cubiertos por este capítulo, sólo porque dicha medida imponga costos a un deudor cuyo resultado sea la falta de pago del adeudo.*

Es importante incluir de forma literal la totalidad de este artículo pues estos principios se repetirán mucho, como veremos más adelante, en los Tratados Bilaterales de Protección de Inversiones (TBI's o BIT's por sus siglas en inglés), especialmente en los promovidos por Estados Unidos. Podemos decir con cierta certeza que con la notable excepción del TLCAN (NAFTA en sus siglas en inglés) para los países interesados en proteger las inversiones de sus ciudadanos en el exterior no ha resultado efectiva la estrategia de incluir en los Acuerdos Multilaterales disposiciones referentes a expropiaciones y compensaciones, ya que o estos no se llegan a concretar, como la iniciativa del ALCA<sup>16</sup> o no son efectivas pues pocas veces llegan a ser utilizadas como referencias en las disputas arbitrales.

También es relevante señalar que en general los Acuerdos Comerciales Multilaterales entre países latinoamericanos no le dan mucha importancia a la protección de inversiones y específicamente al tópico de las expropiaciones ya que no ha sido históricamente un tema de conflicto entre las naciones de la región. Tenemos los ejemplos mencionados de los protocolos del MERCOSUR y del Tratado de Libre

---

<sup>16</sup> Área de Libre Comercio de las Américas: Una iniciativa muy ambiciosa propuesta por los Estados Unidos para construir un área de libre comercio en el continente, cuya negociación aunque no oficialmente acabada se encuentra actualmente en un punto muerto.

Comercio del G3 que sin embargo siguen siendo escuetos sobre todo en cuanto a su aplicación frente al ejemplo referenciado del TLCAN.

Es así que siguiendo la tendencia mundial en Latinoamérica la mayor parte del contenido sobre expropiaciones y protección de inversiones en general se encuentra en los capítulos pertinentes de los Tratados Bilaterales de Libre Comercio y en los Tratados de Protección de Inversiones y de ahí la relevancia del estudio especialmente de estos últimos, pues son los instrumentos utilizados por los inversionistas para llevar a los Estados ante tribunales internacionales de arbitraje y obtener con frecuencia fallos favorables, que obligan a los Estados a pagar cuantiosas indemnizaciones a los perjudicados.

## **1.2. Origen y Naturaleza de los Tratados de Protección de Inversiones**

Si como señalamos el multilateralismo no es la característica principal del Derecho Internacional de Inversiones, pues la mayor parte de la legislación referente a la Protección de inversiones se encuentra contenida -conjuntamente con los tratados bilaterales de libre comercio- en los TBI's<sup>17</sup>, es esencial tratar de describir cual es el origen y la naturaleza de estos tratados para entender la influencia que actualmente tienen sobre las relaciones internacionales y comerciales y comprender por qué se dan fenómenos inusuales como el que los Estados dejen de lado sus potestades soberanas tradicionales, para someterse a tribunales internacionales que muchas veces terminan juzgando las acciones tomadas bajo el poder de imperio estatal.

---

<sup>17</sup> SECRETARÍA DE LA UNCTAD. Fijación de normas sobre las Inversiones Internacionales: Tendencias, Cuestiones Emergentes Y Consecuencias. Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo. Pág. 3

### 1.2.1. Origen

En 1959 se firmó el primer Tratado de Protección de Inversiones entre Alemania y Pakistán<sup>18</sup> que constituyó una evolución de los Tratados de Amistad Navegación y Comercio que eran comunes a ese tiempo<sup>19</sup>, dicho instrumento contenía muchas de las disposiciones que ahora son habituales y constituyó el nacimiento de un tipo de acuerdo que cambiaría para siempre las relaciones comerciales internacionales. El primer TBI entre un país de la región y los Estados Unidos fue suscrito por Panamá en 1982.

Fueron algunas las circunstancias que promovieron el nacimiento de los TBI's, pero éstas se pueden englobar en dos razones representativas 1.- la liberalización, y por tanto el aumento del comercio mundial y 2.- el hecho de que los instrumentos a la mano para defender los intereses de los inversionistas extranjeros comenzaron a presentarse insuficientes.

En cuanto a la primera circunstancia cabe mencionar que hasta los años setenta del siglo XX la dinámica de las inversiones extranjeras se manifestaba mayoritariamente en el clásico intercambio de bienes y servicios, las grandes empresas buscaban satisfacer la demanda de los mercados vecinos, por lo que los asuntos a considerar para determinar la pertinencia de realizar una inversión en el extranjero eran principalmente el tamaño del mercado receptor, las protecciones arancelarias de éste y la distancia con respecto a la casa matriz de la respectiva empresa.<sup>20</sup>

Esta dinámica comenzó a variar en los años Ochenta puesto que a partir de ahí se volvió usual que las filiales formen parte del proceso productivo, en una cadena que implica la circulación de insumos dentro de una misma empresa a través de las fronteras de varios países. Se dice que actualmente los mercados internacionales están caracterizados por ser mercados globalizados por lo que se han generado nuevas estructuras corporativas y

---

<sup>18</sup> Aunque, en efecto el primer Tratado Bilateral de Protección de Inversiones fue suscrito entre la República Federal de Alemania y Pakistán el 25 de noviembre de 1959, el primer TBI que fue ratificado fue suscrito entre la República Dominicana y la República Federal de Alemania

<sup>19</sup> El primer Tratado de amistad, comercio y navegación firmado entre los Estados Unidos y Francia en 1788 contenía disposiciones sobre el trato de las inversiones extranjeras.

<sup>20</sup> ORTÍZ, Ricardo. Los tratados bilaterales de inversiones y las demandas en el CIADI: la experiencia argentina a comienzos del siglo XXI. Informe de FOCO - Foro Ciudadano por la Justicia y los Derechos Humanos. Abril 2006. Pág. 2

de financiamiento dentro de los mismos para enfrentar esa globalización.<sup>21</sup> Esto ha motivado de manera paulatina a las empresas para que busquen mecanismos que permitan romper las barreras aduaneras, mientras que del otro lado los Gobiernos han convertido a la inversión extranjera directa (IED) en una variable importante dentro de sus políticas de crecimiento económico, por lo que en su afán de atraerla han buscado modos para instrumentar medidas de apertura económica<sup>22</sup>

A más de la variación estructural anteriormente señalada, en las décadas de los ochenta y noventa del siglo anterior, el mundo vivió un fuerte proceso de liberalización económica, tanto en los países centrales (desarrollados) como en los periféricos (subdesarrollados) lo que motivó la apertura al libre mercado. Se iniciaron amplias reformas económicas y un proceso de liberalización del comercio exterior en América Latina y el Caribe. Esto condujo también a una considerable desregulación del régimen de las inversiones en la mayoría de esos países. Esos nuevos regímenes de inversiones tenían como finalidad promover inversiones extranjeras, mediante el otorgamiento del trato nacional y la eliminación de la mayor parte de las restricciones a las remesas de capital y ganancias. También posibilitaron a los países aceptar el arbitraje internacional como medio de resolver diferencias que pudieran plantearse entre el Estado anfitrión e inversores extranjeros. Permitiendo que los países subdesarrollados pasaran del recelo ante la presencia de filiales de empresas transnacionales, a considerarlas imprescindibles, abrirles las puertas y competir en incentivos por atraer inversiones externas.<sup>23</sup>

En cuanto a la segunda circunstancia (instrumentos insuficientes), como ya lo mencionamos los acuerdos comerciales multilaterales, con destacables excepciones, no se constituyeron en medios eficaces para la protección de inversiones. Por otro lado como consecuencia del aumento del volumen del comercio internacional aumentó también la litigiosidad en ese campo<sup>24</sup>. Esto se hizo evidente en ciertas situaciones

---

<sup>21</sup> MARMOLEJO GONZÁLEZ, Crispulo. Expropiaciones Regulatorias y Tratados de Protección de Inversiones (Regulatory Takings and Bilateral Investment Treaties). The Selected Works of Crispulo Marmolejo González. 2007. Pág. 43

<sup>22</sup> ORTÍZ, Ricardo. Los tratados bilaterales de inversiones y las demandas en el CIADI: la experiencia argentina a comienzos del siglo XXI. Informe de FOCO - Foro Ciudadano por la Justicia y los Derechos Humanos. Abril 2006. Pág. 2

<sup>23</sup> ZABALO, Patxi. América Latina ante las demandas inversor-Estado. Universidad del País Vasco / Euskal Herriko Unibertsitatea. Pág. 11

<sup>24</sup> FELDSTEIN, Sara Lidia. Arbitraje e Inversiones Extranjeras. El derecho Privado ante la internacionalidad, la integración y la globalización”, en Homenaje al Prof. Dr. Miguel A. Ciuro Caldani. 2005. Editorial Jurídica La Ley. Centro Argentino de Estudios Internacionales. Pág. 2

puntuales como por ejemplo un caso que es emblemático para el Derecho Internacional de Inversiones: el caso Barcelona Traction. Dicho proceso que fue resuelto por la Corte Internacional de Justicia, trataba sobre una disputa entre inversionistas belgas y el Reino de España y, aunque ampliaremos el análisis de este caso en el capítulo correspondiente, es pertinente mencionar que los inversionistas no consiguieron obtener ninguna compensación, debido a que las reglas del Derecho Internacional Consuetudinario en base a las cuales se resolvió el caso, les negaron el acceso a la protección diplomática que solicitaron a su Estado.

Posterior a la aparición de los TBI aparecerían los Tratados de Libre Comercio (en adelante TLC's), los cuales pueden ser bilaterales; o multilaterales que crean zonas de libre comercio como el TLCAN o el fallido intento del ALCA. Estos tratados incorporan dentro de su contenido capítulos de protección de inversiones que básicamente contienen los mismos principios referentes a expropiaciones, compensaciones e incluso al sometimiento de los Estados al arbitraje internacional. El contenido de estos tratados suele ser genérico en cuanto a muchos temas pues existe un modelo base y las particularidades que pudieran presentarse dependen de la negociación entre los Estados, por lo que además contienen otras disposiciones de índole técnica-comercial que no es pertinente analizar a la luz del presente trabajo. Si es un aspecto importante que debe mencionarse, que estos tratados en general coexisten con los TBI's lo cual es especialmente evidente en las relaciones comerciales con los Estados Unidos, esto se debe a que los TBI's son mucho más amplios y específicos en sus definiciones y garantías, por lo que no es conveniente para los países interesados en proteger a sus inversores que dichos acuerdos dejen de estar en vigencia.

Determinar el alcance del fenómeno de los TBI's es complicado por la cantidad de Tratados que se firman cada año entre un gran número de países. Los cálculos más atrevidos hablan, a la fecha, de un número superior a 3000 acuerdos firmados entre alrededor de 160 Estados.<sup>25</sup>

---

<sup>25</sup> MÁRQUEZ ESCOBAR, Carlos Pablo. Expropiación mediante regulación: Inversión extranjera, tratados de protección de inversiones y el poder de policía de la administración. Int. Law: Rev. Colomb. Derecho Int. Bogotá (Colombia) N° 11 mayo de 2008. Pág. 18

### 1.2.2. Naturaleza y Contenido

El profesor ANDREW-GUZMAN señala que los Tratados Bilaterales de Protección de Inversiones (TBI's) son "acuerdos que establecen los términos y condiciones para la inversión privada de multinacionales y compañías de un país en la jurisdicción de otro territorio"<sup>26</sup>

Estos acuerdos se hacen por medio de tratados internacionales, por lo que tienen esa naturaleza y por lo tanto tienen el valor de ley, además para ellos rigen los principios establecidos en el Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 como el principio de "Pacta sunt servanda" que dispone el obligatorio cumplimiento de buena fe de lo pactado mediante los tratados internacionales, así como la supremacía de los mismos sobre normas de Derecho interno.<sup>27</sup> Los TBI's suelen ser más difíciles de modificar que la legislación interna, por lo que ofrecen mayor seguridad que una ley, ya que, como la generalidad de Tratados Internacionales, sólo pueden ser modificados mediante el procedimiento previsto en el propio tratado.<sup>28</sup>

Los países desarrollados suelen tener un tratado tipo o modelo y en base a este negocian el contenido en cada caso en particular, aunque generalmente los Estados de la otra parte se encuentran en cierta situación de inferioridad y el margen dentro del que pueden modificar las cláusula del acuerdo no es muy amplio por lo que se ven compelidos a aceptarlo casi como un contrato de adhesión<sup>29</sup>

Los tratados bilaterales de inversión y los acuerdos de libre comercio se presentan como documentos de corte liberal en tanto promueven la libre circulación de ciertos factores de

---

<sup>26</sup> MARMOLEJO GONZÁLEZ, Crispulo. Expropiaciones Regulatorias y Tratados de Protección de Inversiones ( Regulatory Takings and Bilateral Investment Treaties). The Selected Works of Crispulo Marmolejo González. 2007. Pág. 50

<sup>27</sup> Convención de Viena sobre el derecho de los tratados. 1969. Parte III - Observancia, aplicación e interpretación de los tratados.

<sup>28</sup> BULLARD GONZALEZ, Alfredo. Enemigos íntimos. El arbitraje y los contratos administrativos. Revista Peruana de Arbitraje NO. 2. 2006. Editora Jurídica Grijley E.I.R.L. Págs. 211 y 212

<sup>29</sup> FERNÁNDEZ MASIÁ, Enrique. Tribunales Nacionales, arbitraje Internacional y Protección de inversiones extranjeras. Madrid. Marcial Pons. 2008

producción, como el capital, con el firme convencimiento de que tal posibilidad lleva a mayor prosperidad<sup>30</sup>

En la práctica éstos se constituyen en acuerdos establecidos entre los Gobiernos que buscan por un lado proteger los capitales de sus nacionales en territorio extranjero, y a la vez con la garantía de seguridad y trato preferencial, atraer inversiones y capitales a sus economías. Los TBI's tienen como principal objetivo asegurar a los inversionistas en territorio de otro Estado protección contractual, seguridad jurídica y un marco regulatorio estable, así como un trato no discriminatorio frente a los nacionales de ese Estado y acceso directo a la resolución de controversias a través de los mecanismos arbitrales sin pasar por los tribunales nacionales, lo que de hecho hace que los inversionistas extranjeros se encuentren en una situación privilegiada frente a los nacionales del país receptor.

Aunque obviamente se pueden presentar diferencias en cada caso hay aspectos que son comunes en el contenido de los TBI's tal y como lo señala el profesor ANDREW-GUZMAN<sup>31</sup>:

- “a) Ingreso de la inversión extranjera directa;*
- b) el tratamiento de la inversión extranjera directa;*
- c) la expropiación de la inversión y;*
- d) Los mecanismos de resolución de controversias.”*

Es así que, como lo señala el mismo autor, la estructura básica no ha variado a lo largo de los años, sigue siendo esencial definir qué se entiende por inversión extranjera o externa, así como a quienes se puede considerar como inversionistas, el tratamiento no discriminatorio y muchas veces preferente que reciben los inversionistas extranjeros, las garantías y compensaciones en caso de expropiación y por guerras civiles, revoluciones etc. Se incluyen también aspectos como la libre circulación de capitales y ganancias, y se

---

<sup>30</sup> MÁRQUEZ ESCOBAR, Carlos Pablo. Expropiación mediante regulación: Inversión extranjera, tratados de protección de inversiones y el poder de policía de la administración. Int. Law: Rev. Colomb. Derecho Int. Bogotá (Colombia) N° 11 mayo de 2008. Pág. 35

<sup>31</sup> MARMOLEJO GONZÁLEZ, Crispulo. Expropiaciones Regulatorias y Tratados de Protección de Inversiones ( Regulatory Takings and Bilateral Investment Treaties). The Selected Works of Crispulo Marmolejo González. 2007. Pág. 50

han ido incorporando con el tiempo temas como la libre circulación del personal extranjero, la libre contratación.<sup>32</sup>

Así que los aspectos comunes que se definen se podrían resumir en los siguientes<sup>33</sup>:

- Aplicación del Tratado en el tiempo<sup>34</sup>: Con frecuencia se incluyen dentro de estos Tratados disposiciones referentes a su entrada en vigor y su duración, a veces se establece un periodo que puede ser renovado mediante el procedimiento establecido en el acuerdo. Puede ocurrir que se disponga que el Tratado no solo se aplique a inversiones futuras, sino también a inversiones anteriores a la entrada en vigor del mismo.
- Qué tipo de inversión es objeto de protección y a quien se puede considerar como inversionista extranjero: Por la importancia de esta definición ya que determina a la luz del Derecho Internacional de Inversiones que bienes pueden ser objeto de expropiación indirecta y a quien pueden pertenecer estos bienes trataremos este punto más adelante y de manera más amplia
- Condiciones para que una expropiación sea lícita: Se establece que los Estados tienen la potestad de expropiar los bienes que se encuentren dentro de su jurisdicción pero se determina que esta expropiación debe cumplir con ciertos requisitos -que dicho sea de paso son prácticamente aceptados como principios universales- como no ser discriminatoria, ser realizada por causa de utilidad pública, cumpliendo el debido proceso legal, y contra pago de una compensación justa adecuada y oportuna. Se extienden estas consideraciones no solo a las expropiaciones formales o directas sino a las indirectas que engloban todas las medidas que puedan tener los mismos efectos.
- Pérdidas debido a la guerra: Es usual que en muchos acuerdos de este tipo se incluyan disposiciones acerca de las pérdidas que podían sufrir los inversionistas debido a las guerras u otros conflictos armados, en estos casos se establece que dichos inversionistas recibirán el mismo tratamiento que los nacionales en cuanto

---

<sup>32</sup> Ibíd, pág 50

<sup>33</sup> GARCÍA-BOLÍVAR, Omar. Nociones básicas del arbitraje internacional de inversiones. Internet. Disponible en: <http://www.bg-consulting.com/basic.pdf>. Pág. 6.

<sup>34</sup> Unidad de Comercio de la OEA para el Grupo de Trabajo del ALCA sobre Inversión. Acuerdos sobre Inversión en el Hemisferio Occidental: un Compendio. Disponible en: [http://www.ftaa-alca.org/Wgroups/WGIN/Spanish/bit\\_ints.asp#preface](http://www.ftaa-alca.org/Wgroups/WGIN/Spanish/bit_ints.asp#preface).

a las reparaciones o el mismo tratamiento que se aplique a los inversionistas de otro país si este fuera más favorable.

- Estándares de tratamiento al inversionista: Se establece que a los inversionistas extranjeros se les garantiza un tratamiento igual a los nacionales en condiciones similares, generalmente está presente la cláusula de la nación más favorecida que otorga a los inversionistas un tratamiento más ventajoso que se equipare con las condiciones a las que están sujetos inversionistas de otro Estado en el mismo país anfitrión. Se otorgan garantías de trato justo y equitativo y a veces incluso garantías de seguridad física y protección.
- Mecanismos de solución de controversias: Usualmente se pacta en estos acuerdos que en caso de controversias las partes pueden negociar o llevar la disputa a un tribunal internacional de arbitraje, generalmente el CIADI, se da opción de que las disputas se puedan resolver en las cortes internas del país anfitrión y se estipula que para acudir a la instancia internacional no es necesario agotar las instancias internas, sin embargo muchas veces se establece una exclusión entre ambas, es decir que si se opta por los tribunales internacionales el otro camino queda excluido y viceversa
- Cláusulas paraguas y otras disposiciones: La denominada cláusula paraguas da al inversionista una garantía más amplia ya que dispone que el TBI protegerá sus intereses en caso de incumplimiento de obligaciones derivadas del tratado u obligaciones contractuales. También se establecen otras disposiciones referentes a la libre circulación de capitales, libre conversión y traslado de personas como ya se mencionó antes.

Existen, como podemos apreciar, ciertos asuntos que con frecuencia aparecen en el contenido de los TBI, estas características comunes hacen que no sea difícil desentrañar la naturaleza de este tipo de acuerdos internacionales. Al agruparlos en un conjunto más o menos homogéneo nos damos cuenta que todos estos tratados tienen un objetivo claro y este es el de ofrecer ciertas seguridades a los inversionistas extranjeros para motivar que estos muevan sus capitales hacia economías en las que encontrarán, bajo el amparo de estos tratados, garantías que disminuyen considerablemente el riesgo de sus inversiones.

Aunque cada uno de estos Tratados tiene sus particularidades, se observa una tendencia a la consolidación de modelos similares, sin embargo en los últimos años, como

consecuencia de la probada necesidad de equilibrar los derechos y las obligaciones, tanto de los inversores, como de los países receptores, un número creciente de Estados destaca en sus TBI's que la protección de las inversiones no debe lograrse a expensas de otros intereses públicos legítimos. Con este fin en dichos tratados constan más excepciones que permiten un rango más amplio de decisión de políticas regulatorias por parte de los Gobiernos. Así se aceptan, por ejemplo, medidas que buscan la seguridad y el orden público, la protección a la salud, a los recursos, naturales, a la diversidad cultural (Modelos de TBI's de Francia y Canadá) y medidas cautelares para los servicios financieros.

## 1.3. Inversión Extranjera.

### 1.3.1. Definición de Inversión Extranjera

Es importante definir lo que entendemos por inversión extranjera, y no deja de ser curioso que un documento que es uno de los máximos referentes en cuanto al tratamiento de dicho tema y de los métodos de solución de conflictos como es el Convenio de Washington de 1965 (en donde además se creó el CIADI que es el principal Tribunal existente para la resolución de conflictos de inversiones) opte por el silencio; es decir, se abstiene de dar una definición precisa, lo cual de manera casi unánime ha sido interpretado por los estudiosos del tema, como un intento de dejar a libre criterio de las partes interesadas el considerar que una relación jurídico-comercial pueda ser catalogada como inversión extranjera.

Existen sin embargo otros instrumentos que sí definen a la inversión extranjera, y en este punto aparecen dos opciones de conceptualización; la primera que es una definición restringida y plantea que solo puede considerarse una inversión, aquella que implique un aporte de capital y la segunda, que es más amplia y mayormente aceptada, la cual expresa que una inversión no solo comprende un aporte de capital sino también prestaciones de servicios, contratos de cooperación industrial, entre tantos otros<sup>35</sup>. Las instituciones del Grupo del Banco Mundial toman este último camino. Por ejemplo la Convención que dio origen al Organismo Multilateral de Inversiones (MIGA) dice que las inversiones no solamente abarcan las participaciones directas, sino que también engloban a las operaciones vinculadas a transferencia de tecnología y de cooperación industrial, contratos de transferencia de producción, de participación de beneficios, contratos de gestión, contratos de franquicia, contratos de licencia, contratos de llave en mano, entre otros<sup>36</sup>. Esto es relevante pues a este grupo pertenece el CIADI, que como mencionamos es el sistema arbitral más activo -en cuanto a disputas de inversiones- a nivel mundial y consecuentemente sus tribunales pueden acoger en sus fallos a esta definición amplia.

---

<sup>35</sup> FELDSTEIN, Sara Lidia. Arbitraje e Inversiones Extranjeras. El derecho Privado ante la internacionalidad, la integración y la globalización”, en Homenaje al Prof. Dr. Miguel A. Ciuro Caldani. 2005. Editorial Jurídica La Ley. Centro Argentino de Estudios Internacionales. Pág. 4

<sup>36</sup> *Ibíd.*, Pág. 4

Podemos encontrar una enumeración más dilatada y clarificadora acerca de lo que se entiende por inversión extranjera en instrumentos multilaterales latinoamericanos, como el Protocolo de Buenos Aires sobre Promoción y Protección de Inversiones provenientes de Estados no Partes del MERCOSUR, que en su artículo 2 refiere el tema; así como en el artículo 1 del Protocolo de Colonia para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones en el MERCOSUR. Como sabemos no es precisamente el multilateralismo la característica principal del Derecho Internacional de Inversiones, por lo que la mayoría de ejemplos los podemos encontrar en los Tratados para la Promoción y Protección Recíprocas de las Inversiones (TBI's), como lo expresa la catedrática argentina SARA LIDIA FELDSTEIN DE CÁRDENAS:

*“En dichos instrumentos se deja en claro que el alcance del término inversión y de manera más o menos general se dice que el mismo (...) designará de conformidad con las leyes y reglamentaciones del Estado Parte en cuyo territorio se realice la inversión, todo tipo de activo invertido directa o indirectamente por inversores de un Tercer Estado en el territorio del Estado Parte, de acuerdo con la legislación de ésta. Incluirá en particular, aunque no exclusivamente:*

- a) La propiedad de bienes muebles e inmuebles, así como los demás derechos reales tales como hipotecas, cauciones y derechos de prenda;*
- b) Acciones, cuotas societarias y cualquier otro tipo de participación en sociedades;*
- c) Títulos de crédito y derechos a prestaciones que tengan un valor económico; los préstamos estarán incluidos solamente cuando estén directamente vinculados a una inversión específica;*
- d) Derechos de propiedad intelectual o inmaterial incluyendo en especial, derechos de autor, patentes, diseños industriales, marcas, nombres comerciales, procedimientos técnicos, know - how y valor llave;*
- e) Concesiones económicas conferidas por ley o por contrato, incluyendo las concesiones para la prospección, cultivo, extracción o explotación de recursos naturales”. (Art.1.1. De los tratados celebrados en la década de los noventa por la República Argentina con Jamaica; Croacia, Francia, Alemania, Estados Unidos de América, Canadá, España, Italia, entre otros).<sup>37</sup>*

Sin embargo y aunque sea común que exista una lista descriptiva de lo que puede ser considerado como inversión, la misma no suele ser taxativa y se utilizan expresiones como cualquier activo o todo tipo de activo, o cualquier clase de inversión en el caso de

---

<sup>37</sup> *Ibíd*, Pág. 5

los TBI's firmados con Estados Unidos<sup>38</sup>, para permitir una interpretación algo más amplia, y algunos acuerdos establecen expresamente que es lo que no se considera inversión y se incluyen dentro de esta excepción cosas como reclamaciones monetarias derivadas de contratos comerciales, obligaciones de pago de una empresa del Estado, préstamos a empresas del Estado, etc.

No existe como vemos un consenso general acerca de lo que se puede entender como inversión extranjera. Hay instrumentos que dejan dicha conceptualización al arbitrio de las partes, otros intentan hacer una definición exhaustiva y en el medio se ensayan definiciones algo más vagas. Dado que los arbitrajes internacionales solo caben en cuanto a inversiones extranjeras, el establecimiento de las competencias de los Tribunales es uno de los argumentos más discutidos por los Estados cuando son llamados a una instancia internacional para resolver una disputa comercial.

### **1.3.2. Inversionistas Extranjeros**

Es necesario también definir qué es lo que se entiende por inversionista extranjero, es decir a la luz de los TBI's quienes están protegidos al amparo del acuerdo. La expresión inversionista abarca tanto a personas naturales como jurídicas. Para determinar la condición de inversionista se debe establecer si se es nacional de una de las partes contratantes. En el caso de las personas naturales la nacionalidad suele ser el único criterio mediante el cual se determina la calidad de inversionista. El asunto de la nacionalidad se sujeta a lo dispuesto en la legislación interna de cada país. En otros casos no mayoritarios la definición de inversionista se amplía a los residentes permanentes.<sup>39</sup>

El criterio de la residencia también se utiliza en ciertos casos para excluir a personas naturales de la protección de estos acuerdos. Los protocolos del MERCOSUR por ejemplo, excluyen a los residentes permanentes sin precisar el tiempo de residencia, mientras que en el caso de otros tratados como los TBI's de Argentina con otros países americanos o los celebrados por Ecuador con Chile y el Salvador, se establece que si los

---

<sup>38</sup> Unidad de Comercio de la OEA para el Grupo de Trabajo del ALCA sobre Inversión. Acuerdos sobre Inversión en el Hemisferio Occidental: un Compendio. Disponible en: [http://www.ftaa-alca.org/Wgroups/WGIN/Spanish/bit\\_ints.asp#preface](http://www.ftaa-alca.org/Wgroups/WGIN/Spanish/bit_ints.asp#preface).

<sup>39</sup> *Ibíd.*

inversionistas del país de origen han tenido su domicilio en el Estado anfitrión por dos años o más quedan fuera de la protección del acuerdo<sup>40</sup>

### 1.3.2.1 Personas Jurídicas

En el caso de las personas jurídicas el determinar la nacionalidad suele ser un asunto algo más complicado, pues se pueden utilizar varios criterios, los tribunales pueden llegar a determinar la nacionalidad de una persona jurídica luego del análisis de varios aspectos., La jurisprudencia ha establecido que la nacionalidad debe ser continua, es decir que, si una persona jurídica quiere presentar un reclamo en contra de un Estado acogiéndose a la protección de un acuerdo internacional de protección de inversiones debe demostrar que posee una nacionalidad determinada, dicha identidad nacional debe ser continua en el tiempo desde que se presentaron los eventos que dan origen al reclamo, hasta la fecha de decisión de la demanda<sup>41</sup>.

Los criterios más comunes para determinar la nacionalidad pueden estar establecidos en el texto de los acuerdos, caso contrario los tribunales en su interpretación toman como referencia lo dispuesto en otros acuerdos o en laudos anteriores. El primero y más común es el lugar de registro o constitución de la sociedad o persona jurídica, pero por diferentes razones, se puede tomar en cuenta el sitio donde se encuentra su sede social si es diferente al lugar de registro, o desde donde se ejerce el control y gerencia si es diferente al lugar de registro<sup>42</sup>:

- Lugar de constitución o registro: Es el criterio que se utiliza en primer término para definir la nacionalidad de las personas jurídicas, por ejemplo los TBI firmados por Estados Unidos y Canadá suelen tener a este como criterio único para este fin. El mismo criterio manejan los TBI de Chile con Canadá y México. Bajo el TLCAN no importa para nada la nacionalidad de quienes tienen el control de la empresa, lo que se toma en cuenta es el sitio de constitución de dicha empresa sin embargo

---

<sup>40</sup> *Ibíd.*

<sup>41</sup> GARCÍA-BOLÍVAR, Omar. Nociones básicas del arbitraje internacional de inversiones. Internet. Disponible en: <http://www.bg-consulting.com/basic.pdf>. Pág. 11

<sup>42</sup> ORREGO VICUÑA, Francisco. Changing Approaches to the Nationality of Claims in the Context of Diplomatic Protection and International Dispute Settlement. ICSID Review, volumen 15, No.2, 2000, Página 355.

pueden llegar a serle negados los beneficios del tratado a una empresa cuyos accionistas no sean nacionales de una de las partes y que no tengan inversiones sustanciales en el país anfitrión.<sup>43</sup>

- Lugar desde donde se administra: En muchos TBI's suscritos entre naciones latinoamericanas se combina el criterio de la constitución con el lugar en donde tiene su asiento la administración de la persona jurídica, además se exige que dicha Sociedad o Compañía realice actividades económicas efectivas en el país de origen
- Control: En algunos casos, como en el TBI entre Colombia y Perú, para determinar la nacionalidad de la persona jurídica es preciso establecer la nacionalidad de quienes ejercen el control efectivo de la misma. Este criterio en otros casos se utiliza como alternativa a los demás.

El manejo de los diferentes criterios a aplicarse para determinar la nacionalidad dependen del grado de restricción que quieran imponer los Estados parte a la protección ofrecida por los Tratados de Protección de Inversiones, es así que si es que se quiere restringir dicha protección se utiliza solamente uno o una combinación de los criterios antes mencionados mientras que si es que lo que se quiere es ampliar la protección se permite que los criterios se utilicen alternativamente.

---

<sup>43</sup> Unidad de Comercio de la OEA para el Grupo de Trabajo del ALCA sobre Inversión. Acuerdos sobre Inversión en el Hemisferio Occidental: un Compendio. Disponible en: [http://www.ftaa-alca.org/Wgroups/WGIN/Spanish/bit\\_ints.asp#preface](http://www.ftaa-alca.org/Wgroups/WGIN/Spanish/bit_ints.asp#preface).

## 1.4. Tratamiento de la expropiación indirecta en Tratados Bilaterales de Inversión de América Latina

Como es usual en el universo de la Ciencia Jurídica, las normas escritas son muy generales y carecen de la riqueza conceptual que se presenta al momento que las mismas son aplicadas a situaciones reales e interpretadas por las autoridades encargadas de impartir justicia, que son las que salvan la brecha entre la enunciación de la norma para la generalidad y la aplicación particular de dicha norma. Es así que en este apartado no encontraremos definiciones específicas ni minuciosas del objeto jurídico materia de este estudio.

Podemos decir sin embargo que, como ya lo analizamos, los instrumentos internacionales no prohíben la expropiación, el Derecho Internacional en general tampoco lo hace, de hecho se acepta que un Estado pueda en ejercicio de su poder soberano expropiar un bien dentro de su territorio, incluso si este bien pertenece a un extranjero. Esta expropiación tiene que cumplir con ciertos requisitos que se han convertido en principios fundamentales dentro del Derecho Internacional de Inversiones, éstos son:

- Que sea por causa de interés público;
- Que sea realizada en forma no discriminatoria, de conformidad con el principio de legalidad y debido proceso; y
- Debe mediar una compensación que sea pronta, adecuada y efectiva.<sup>44</sup>

Ahora, definir cuál es el alcance de cada uno de estos aspectos es una tarea algo más compleja, además los tratados muchas veces no establecen un concepto preciso de lo que se puede considerar como expropiación indirecta, por lo que en esos casos han sido los tribunales los que llegan en sus fallos a dichas definiciones. Esto no es conveniente para los Estados pues, con esa libertad de criterio, las interpretaciones al respecto pueden llegar a ser muy extensivas<sup>45</sup>. Para evitar esta discrecionalidad en algunos

---

<sup>44</sup> GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. Medidas equivalentes a expropiación en arbitrajes de inversión. Internet. Disponible en: <http://www.gdca.com.mx/PDF/competencia/MEDIDAS%20ARBITRAJE%20DE%20INVERSION.pdf> (Último acceso: 16 de mayo de 2012). Pág. 2.

<sup>45</sup> PÁEZ, Marisol. La expropiación indirecta frente al CIADI: consideraciones para la autorregulación de los actos administrativos de los Estados. Revista de Estudios Internacionales. Instituto de estudios Internacionales. Universidad de Chile. 2006. Volumen 39. No. 153. Pág 22.

acuerdos se incorpora una definición, el TLC entre Chile y Estados Unidos en su anexo 10 D contiene conceptos de lo que bajo ese instrumento se entiende como expropiación directa e indirecta:

#### *Expropiación*

*Las Partes confirman su común entendimiento que:*

*1. El artículo 10.9 (1) intenta reflejar el derecho internacional consuetudinario concerniente a la obligación de los Estados con respecto a la expropiación.*

*2. Un acto o una serie de actos de una Parte no pueden constituir una expropiación a menos que interfiera con un derecho de propiedad tangible o intangible o con los atributos o facultades esenciales del dominio de una inversión.*

*3. El artículo 10.9 (1) aborda dos situaciones. La primera es la expropiación directa, en donde una inversión es nacionalizada o de otra manera expropiada directamente mediante la transferencia formal del título o del derecho de dominio.*

*4. La segunda situación abordada por el artículo 10.9 (1) es la expropiación indirecta, en donde un acto o una serie de actos de una Parte tienen un efecto equivalente al de una expropiación directa sin la transferencia formal del título o del derecho de dominio.*

*(a) La determinación de si un acto o una serie de actos de una Parte, en una situación de hecho específica, constituye o no una expropiación indirecta, requiere de una investigación factual, caso a caso, que considere entre otros factores:*

*(i) el impacto económico del acto gubernamental, aunque el hecho de que un acto o una serie de actos de una Parte tenga un efecto adverso sobre el valor económico de una inversión, por sí solo, no establece que una expropiación indirecta haya ocurrido;*

*(ii) la medida en la cual la acción del gobierno interfiere con expectativas inequívocas y razonables en la inversión; y*

*(iii) el carácter de la acción gubernamental.*

*(b) Salvo en circunstancias excepcionales, no constituyen expropiaciones indirectas los actos regulatorios no discriminatorios de una Parte que son diseñados y aplicados para proteger objetivos legítimos de bienestar público, tales como la salud pública, la seguridad y el medioambiente.<sup>46</sup>*

---

<sup>46</sup> Tratado de Libre Comercio entre Chile y Estados Unidos, firmado el 6 de junio del 2003, en vigencia desde el 01 de enero de 2004

En el caso de los TBI's se utiliza un lenguaje amplio que, bajo los términos de expropiación, nacionalización o medidas que surten el mismo efecto, pretenden cubrir todas las situaciones que puedan presentarse como expropiaciones indirectas y dejar a los tribunales la interpretación que determine si una situación está comprendida dentro de este concepto. De hecho y aunque está fuera del ámbito latinoamericano es interesante observar que solo en el caso de un TBI firmado entre Estados Unidos y Haití se incluye una lista ilustrativa con ejemplos de medidas que pueden constituirse como expropiación indirecta, como por ejemplo: la imposición de contribuciones, la venta obligatoria del total o parte de la inversión, o el debilitamiento o privación de su gestión, control o valor económico<sup>47</sup>.

Al momento de interpretar las normas referentes a expropiación los tribunales pueden decantarse por dos corrientes: 1. Determinar la actuación del Estado a la luz del "poder de policía" (police power) que toma en cuenta los intereses o las razones del Estado para su actuación o 2. Decantarse por la doctrina de "el solo efecto" (sole effect doctrine) en la que no se toman en cuenta las motivaciones del Estado sino, solamente los efectos de las mismas sobre la propiedad de los inversionistas<sup>48</sup>

Por ejemplo la Convención para establecer la Agencia Multilateral de Garantías a la Inversión (MIGA por sus siglas en inglés) establecida por el Banco Mundial en 1985 define a la expropiación indirecta en su artículo 11 como:

*"Toda acción u omisión administrativa o legislativa, atribuible al Estado anfitrión, la cual tenga como efecto la privación al inversionista de la garantía de su propiedad o el control, de los beneficios sustanciales de su inversión, con la excepción de medidas no discriminatorias de aplicación general, las cuales normalmente son tomadas porque el gobierno tiene como propósito regular la actividad económica en su territorio".*

Este concepto se constituye una referencia por la cantidad de Estados que son miembros del MIGA (165 incluido Ecuador); sin embargo en algunos Tratados en los que por

---

<sup>47</sup> Unidad de Comercio de la OEA para el Grupo de Trabajo del ALCA sobre Inversión. Acuerdos sobre Inversión en el Hemisferio Occidental: un Compendio. Disponible en: [http://www.ftaa-alca.org/Wgroups/WGIN/Spanish/bit\\_ints.asp#preface](http://www.ftaa-alca.org/Wgroups/WGIN/Spanish/bit_ints.asp#preface)

<sup>48</sup> PÁEZ, Marisol. La expropiación indirecta frente al CIADI: consideraciones para la autorregulación de los actos administrativos de los Estados. Revista de Estudios Internacionales. Instituto de estudios Internacionales. Universidad de Chile. 2006. Volumen 39. No. 153. Pág 16 Marisol

conveniencia de las partes se define lo que se debe entender por expropiación directa e indirecta, no se deja una interpretación totalmente libre, pues se establecen dos principios, que en caso de una controversia deberían limitar de alguna manera la valoración de los actos del Estado por parte de los tribunales arbitrales. En este caso se produce también un acercamiento a la doctrina del “poder de policía” tal y como lo observamos en el anexo del TLC entre Chile y Estados Unidos que citamos de manera textual anteriormente y en el anexo 10 C del TLC entre Colombia y Estados Unidos que dispone en su parte pertinente:

- *2 (a) (i) el impacto económico del acto gubernamental, aunque el hecho de que un acto o una serie de actos de una parte tenga un efecto adverso sobre el valor económico de una inversión, por sí solo, no establece que una expropiación indirecta haya ocurrido;*
- *2 (b) Salvo en circunstancias excepcionales, no constituyen expropiaciones indirectas los actos regulatorios no discriminatorios de una parte que son diseñados y aplicados para proteger objetivos legítimos de bienestar público, tales como la salud pública, la seguridad y el medioambiente”*

De todas formas a pesar de lo establecido en el texto de los Tratados y Acuerdos, sigue siendo potestad de los Tribunales el definir cuando estamos ante una expropiación indirecta o ante una medida equivalente a expropiación y cuando ante una actuación legítima de los Estados, lo cual constituye un obstáculo al objetivo de establecer conceptos y caracterizaciones precisas del objeto jurídico en cuestión. Dado que los tribunales que juzgan estas disputas son formados para cada caso en particular, no existen parámetros que se puedan constituir en referentes obligatorios y por eso muchas veces existe una marcada asimetría entre los derechos reconocidos al inversor y las obligaciones impuestas a los Estados en cada caso, debido a las interpretaciones extensivas que muchos paneles de arbitraje realizan al momento de resolver una disputa<sup>49</sup>

---

<sup>49</sup> ZABALO, Patxi. America Latina ante las demandas inversor-Estado. Universidad del País Vasco / Euskal Herriko Unibertsitatea. Internet. Disponible en: <http://www.usc.es/congresos/xiirem/pdf/41.pdf>. Pág. 13.

Sumado a lo anterior la expropiación indirecta<sup>50</sup> es un concepto muy amplio que puede abarcar un sinnúmero de situaciones fácticas en las que la actuación ilegítima del Estado condicione o elimine los derechos de los inversionistas extranjeros sobre sus inversiones, es así que en primera instancia, a más de lo establecido en la legislación, podemos decir, de manera muy superficial, que la expropiación indirecta a diferencia de la nacionalización o expropiación regular, no supone la transferencia de la propiedad sino la desvalorización de una inversión debido a la actuación estatal<sup>51</sup>

Entonces llegamos a observar que a falta de una definición concreta del concepto de expropiación indirecta y todas sus implicaciones, la legislación internacional se ha concentrado en definir el concepto opuesto, es decir, que características debe cumplir una expropiación regular para que pueda ser considerada legítima a la luz del Derecho Internacional, y éstas son:

#### 1. Utilidad Pública:

Los Tratados y Acuerdos Comerciales utilizan expresiones como “utilidad pública” “interés social”, “interés público” “uso público” para referirse al interés colectivo que algunos autores definen como “un conjunto de intereses individuales compartidos y coincidentes”<sup>52</sup>, o “la utilidad, conveniencia o bien de los más ante los menos, de la sociedad ante los particulares, del Estado sobre los súbditos”<sup>53</sup> por lo que se entiende que los Estados pueden hacer una declaratoria de utilidad pública en mérito a un interés colectivo. Esta declaratoria debe estar debidamente motivada. En función de sus intereses los Estados y los inversionistas pueden tener interpretaciones diferentes, ya que además, dependiendo de cada sistema jurídico, el concepto de utilidad pública puede variar mucho o ser muy amplio y subjetivo.

---

<sup>50</sup> Es el momento de aclarar que el concepto de expropiación indirecta lo utilizamos en este estudio de forma general, y abarca otros conceptos usados en doctrina como “medidas equivalentes a expropiación”, “expropiación irregular” “creeping expropriation” etc.

<sup>51</sup> LOWE. Vaughan. Changing Dimensions of International Investment Law. University of Oxford Faculty of Law Legal Studies Research Paper Series n° 4/2007. Citado por ZABALO, Patxi op. Cit. Nota 49

<sup>52</sup> MARÍN ODIO, Andrea. Las distintas formas de expropiación antijurídica de Inversión en el Derecho Internacional: Un análisis para Costa Rica. Tesis de grado. Universidad de Costa Rica. Facultad de Derecho. Pág. 71

<sup>53</sup> CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. Diccionario Jurídico Elemental. EDICIÓN ACTUALIZADA, CORREGIDA Y AUMENTADA POR Guillermo Cabanellas de las Cuevas. R Editorial Heliasta.

## 2. No Discriminación

La mayoría de Tratados y Acuerdos comerciales, así como los Protocolos del MERCOSUR, prohíben la discriminación contra los inversionistas. Los términos que con frecuencia se utilizan son “no razonable”, “arbitraria”, “injustificada”. Los TBI’s de Estados Unidos disponen que ninguna de las partes podrá, mediante medidas discriminatorias o arbitrarias, menoscabar la administración, dirección, explotación, funcionamiento, uso, disfrute, venta o cualquier otra forma de disposición o aprovechamiento de las inversiones.<sup>54</sup>

## 3. Debido Proceso Legal.

Al hablar de Debido Proceso el Derecho Internacional se remite a la legislación interna de cada país, se acepta que con las particularidades de cada legislación exista una actuación formal del Estado en la que se garanticen por lo menos dos principios básicos: acceso a la justicia y el derecho a la defensa<sup>55</sup>

La Asamblea General de las Naciones Unidas en su sesión número 51 (1996) estableció el principio de que *“(El) debido proceso (en la expropiación) incluye la posibilidad de impugnar efectivamente tanto la base como el monto de lo solicitado en un procedimiento legal o administrativo”*<sup>56</sup>

Para ampliar más este concepto tenemos que acudir nuevamente a la interpretación de los tribunales así en un caso resuelto por el CIADI entre la República de Hungría y la empresa ADC Affiliate Limited, and ADC & ADMC Magnament Limited<sup>57</sup> se establecieron

---

<sup>54</sup> Unidad de Comercio de la OEA para el Grupo de Trabajo del ALCA sobre Inversión. Acuerdos sobre Inversión en el Hemisferio Occidental: un Compendio. Disponible en: [http://www.ftaa-alca.org/Wgroups/WGIN/Spanish/bit\\_ints.asp#preface](http://www.ftaa-alca.org/Wgroups/WGIN/Spanish/bit_ints.asp#preface).

<sup>55</sup> MARÍN ODIO, Andrea. Las distintas formas de expropiación antijurídica de Inversión en el Derecho Internacional: Un análisis para Costa Rica. Tesis de grado. Universidad de Costa Rica. Facultad de Derecho. Pág. 11

<sup>56</sup> Documento número A/51/394 de la Sesión número 51 de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (1996). Disponible en: <http://www.un.org/documents/ga/docs/51/plenary/a51-394.htm>

<sup>57</sup> MARÍN ODIO, Andrea. Las distintas formas de expropiación antijurídica de Inversión en el Derecho Internacional: Un análisis para Costa Rica. Tesis de grado. Universidad de Costa Rica. Facultad de Derecho. Pág. 11

algunos principios de los mecanismos que deben estar al alcance del inversor como: la notificación en un tiempo razonable, una audiencia justa, y un órgano natural e imparcial que juzgue las acciones en disputa.

#### 4. Indemnización

Se ha llegado a determinar que tal vez este es el elemento más importante al momento de analizar la distinción entre una expropiación regular y una indirecta. La mayoría de acuerdos y tratados comerciales de la región utilizan la fórmula Hull que establece como estándar que la misma debe ser “pronta, adecuada y efectiva”. La aplicación de esta fórmula implica también con frecuencia para los tribunales que se debe hacer un cálculo de las expectativas razonables de ganancia que la inversión hubiera podido tener. En otros casos que no constituyen mayoría se deja de lado la fórmula Hull por expresiones más generales como “justa compensación” y “debidamente compensado”<sup>58</sup>

Pero, ¿qué podemos entender por una compensación pronta, adecuada y efectiva?, un concepto breve de estos aspectos sería:<sup>59</sup>

- **“Pronta:** *significa que la compensación debe ser pagada con una prontitud razonable, esto es, tan pronto como sea razonable bajo las circunstancias específicas y bajo los estándares internacionales de justicia.*
- **Adecuada:** *este término hace referencia a que la compensación sea conforme al precio justo de mercado, el cual ha sido definido como el monto que se espera obtener de la venta de la inversión en el mercado abierto realizada por un vendedor dispuesto a un comprador dispuesto. Cabe resaltar que debe incluirse en este cálculo el pago de los intereses, los cuales se considera que comienzan a correr desde el momento efectivo de la privación de la propiedad privada.*
- **Efectiva:** *se define como el hecho de que la compensación se entregue en una forma en que pueda ser efectivamente disfrutable. Para satisfacer este criterio, la*

---

<sup>58</sup> Unidad de Comercio de la OEA para el Grupo de Trabajo del ALCA sobre Inversión. Acuerdos sobre Inversión en el Hemisferio Occidental: un Compendio. Disponible en: [http://www.ftaa-alca.org/Wgroups/WGIN/Spanish/bit\\_ints.asp#preface](http://www.ftaa-alca.org/Wgroups/WGIN/Spanish/bit_ints.asp#preface).

<sup>59</sup> MARÍN ODIO, Andrea. Las distintas formas de expropiación antijurídica de Inversión en el Derecho Internacional: Un análisis para Costa Rica. Tesis de grado. Universidad de Costa Rica. Facultad de Derecho. Pág. 19

*compensación debe entregada ser en la forma de dinero en efectivo o en otro tipo de pago fácilmente convertible en su forma líquida.”*

Existe una controversia en torno a la extensión de la indemnización de las expropiaciones en base a si nos encontramos ante una expropiación directa o indirecta, se dice que en el primer caso el Estado debería pagar una justa compensación en base al valor de mercado, mientras que de darse una expropiación indirecta las cosas deberían regresar a su estado anterior al perfeccionamiento del daño. Un criterio contrapuesto a este y generalmente más aceptado dice que la indemnización debe ser la misma en el caso de cualquiera de las dos figuras.<sup>60</sup>

---

<sup>60</sup> BOHOSLAVSKY, Juan Pablo. Tratados de protección de las inversiones e implicaciones para la formulación de políticas públicas (especial referencia a los servicios de agua potable y saneamiento). CEPAL – Colección Documentos de proyectos. LC/W.326. julio de 2010. Pág. 36

## **CAPÍTULO 2**

### **LA EXPROPIACIÓN INDIRECTA EN EL MARCO DEL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL**

Es admitido que un extranjero pueda adquirir cualquier bien del tipo que sea dentro del territorio de un Estado, siempre y cuando dicha adquisición y el goce de el bien adquirido se sometan a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico interno; pero también es admitido que el Estado dentro de sus potestades públicas y soberanas pueda imponer ciertas restricciones a dicho derecho de propiedad. La responsabilidad Internacional en la que puede verse envuelto un Estado como consecuencia de sus actuaciones restringe esa potestad soberana. Existe un principio de Derecho Internacional establecido a partir de la resolución de un caso en los años 20 del siglo pasado por parte de la Corte Permanente de Justicia que dice: “Es un principio del Derecho Internacional, incluso del Derecho en general que cualquier incumplimiento de un compromiso implica la obligación de efectuar una reparación”<sup>61</sup>. Así los Tribunales Internacionales al analizar una disputa sobre inversiones determinan si el Estado ha incumplido sus obligaciones internacionales.

#### **2.1. El sometimiento de los Estados al Arbitraje Comercial Internacional**

Como vimos anteriormente uno de los principales caminos hacia los que ha evolucionado el Derecho Internacional de Inversiones es el de dar a los inversionistas extranjeros la posibilidad de llevar al Estado ante instancias internacionales de arbitraje. Los Estados al aceptar someterse a la jurisdicción de estos tribunales dejan de lado una de sus potestades soberanas más significativas: el monopolio de la justicia, también este

---

<sup>61</sup> Traducción propia. Original: “it is a principle of international law, and even a general conception of law, that any breach of an engagement involves an obligation to make reparation.” Caso Chorzow vs. Alemania año 1920.

sometimiento entra en conflicto con el concepto de soberanía tradicionalmente aceptado, pues el Estado deja de lado su inmunidad soberana para acudir en igual condición que un particular ante un tribunal que muchas veces juzga los actos del Estado, incluso los ejecutados en el uso de su “ius imperium”<sup>62</sup>.

Con el fin de analizar este tema vamos a hacer una ligera aproximación desde un punto de vista teórico<sup>63</sup> que a la luz de la naturaleza misma del Estado, y la soberanía que le es inherente, nos permita entender cómo es posible esta aparente contradicción entre el arbitraje, que es percibido como una institución de Derecho Privado, y el Derecho Público y llevando esto a la realidad determinar cómo se da técnicamente y en aplicación de lo dispuesto en la legislación internacional (BIT’s, TLC’s, acuerdos multilaterales) el sometimiento de los Estados al arbitraje.

### **2.1.1. La interferencia del Arbitraje en el Derecho Público**

Si decidimos tratar de comprender la complicada relación entre la naturaleza pública y soberana de los Estados y el carácter privado del arbitraje; y como estos dos ámbitos en apariencia incompatibles interactúan, debemos comenzar señalando que se trata de una cuestión de economía, economía política si se quiere, en el sentido de que a partir de cuestiones ideológicas y de la idea que se tenga de la función que debe cumplir el Estado dentro de la actividad económica se define como se manejarán las relaciones económicas internacionales de ese Estado y dentro de ese ámbito el tema de las inversiones extranjeras.

---

<sup>62</sup> Se puede definir a los actos de imperio como aquéllos realizados por el Gobierno en ejercicio de un poder de autoridad, lo cual que distingue, precisamente, su actuación de la de los privados. Suele citarse como ejemplo la función de dictar leyes, las funciones de control interno, la defensa nacional, etc.

<sup>63</sup> Es imposible en el apartado de un capítulo abordar a profundidad el estudio de la inmunidad soberana de los Estados frente al Arbitraje Internacional, pues existen muchas teorías, mucha doctrina y también mucha discrepancia al respecto, se advierte una polarización evidente con tintes de ideología política que puede incluso llevar el debate hasta el punto de discutir cual debe ser el papel del Estado en la economía, y ya que tampoco es el objetivo principal de este trabajo trataré aquí de sintetizar muy someramente algunos puntos de vista.

Y según la doctrina se pueden establecer, dentro de los muchos matices existentes, tres tipos de políticas de Estado frente a la economía internacional de inversiones, estos son:<sup>64</sup>

1. El Nacionalismo Proteccionista: Dentro de esta visión se supone que la política económica del Estado debe estar sometida a su política pública, el Estado protege sus recursos frente a la comunidad internacional y de esa manera reafirma su posición en ella, regula e interviene en los mercados de dichos recursos. En cuanto a las inversiones el Estado regula los flujos de capital y decide la pertinencia o no de las inversiones en ciertos sectores e impone más requisitos a las mismas.
2. Las teorías económicas marxistas o neo-marxistas: Se basan en una crítica abierta al liberalismo del que, dicen, crea desigualdades e inequidades, trasladan esa idea al ámbito del comercio entre los países, y ven el ingreso de capitales foráneos casi siempre como algo inconveniente pues este genera efectos adversos como una distribución desigual ya que las rentas migran al país que aportó el capital, además dicen se crea muchas veces una dependencia injustificada que lleva al llamado neo-colonialismo. En cuanto a las inversiones se considera que éstas deben ser reguladas, aprobadas con anterioridad y solo en sectores donde no se genere interdependencia ni repartición inequitativa de los recursos. Los Estados con este perfil han defendido la expropiación sin indemnización
3. El Liberalismo económico: Se basa en las premisas del liberalismo clásico que dicen que la libertad de mercado y la no intervención llevan a los mejores resultados para el bien común. En el campo de las relaciones económicas internacionales se dice que los Estados deben concentrarse en los productos que pueden producir con mayor eficiencia aprovechando sus ventajas comparativas. Dado que se tiene al incremento de las exportaciones y al libre flujo de factores económicos como elementos que ayudan al crecimiento de la economía se evita la intervención injustificada en los equilibrios del mercado, permitiendo el libre flujo de capitales y eliminando las barreras del comercio.

En América Latina y en otros países subdesarrollados ha sido la última tendencia la que ha primado en el manejo de las inversiones extranjeras, sobre todo en los años 80 y 90

---

<sup>64</sup> MÁRQUEZ ESCOBAR, Carlos Pablo. Expropiación mediante regulación: Inversión extranjera, tratados de protección de inversiones y el poder de policía de la administración. Int. Law: Rev. Colomb. Derecho Int. Bogotá (Colombia) N° 11 mayo de 2008.). Págs. 19 y 20

del siglo anterior. A pesar de las críticas que se generan en torno al liberalismo económico, como que la inversión extranjera no garantiza que las rentas permanezcan en el país receptor, o que muchas veces se consigue crecimiento económico mas no desarrollo, la adopción de esta ideología ha tenido como consecuencia que los Estados en pos de la integración económica automáticamente acepten disposiciones y sistemas supra nacionales dentro de un orden auto-impuesto que se constituye en un límite a sus potestades regulatorias.<sup>65</sup>

Como lo señala el Tratadista peruano ALFREDO BULLARD GONZÁLEZ, dentro del Derecho Público existe una rama que contiene en su máxima expresión las facultades del Estado para actuar sobre los particulares, incluso en contra de su voluntad, esta rama es el Derecho Administrativo, como un detalle importante de mencionar debemos decir que en los países con sistemas jurídicos anglosajones –de donde proviene un gran porcentaje de inversionistas extranjeros- esta rama del Derecho, cuyo origen podemos ubicar en el Derecho Continental Francés, es de reciente sistematización. Muchas veces las relaciones entre el Estado y sus súbditos se regulan de otra manera, por lo que la concepción jurídica anglosajona presenta todavía reticencias a aceptar plenamente que el Estado tenga preeminencia sobre los particulares<sup>66</sup>

En los últimos años se ha producido un fenómeno conocido como la internacionalización<sup>67</sup> o contractualización del Derecho Administrativo, lo cual se dice es una consecuencia natural del papel que cumple el Estado al participar en el mercado. Esta participación sin embargo es especial, pues el Estado no se limita a actuar como un particular más que adquiere bienes y servicios, sino que pretende usar en esta relación su “ius imperium”, lo cual es riesgoso para el inversionista, pues de este modo el Estado actúa como parte contratante pero también tiene el poder para cambiar y modificar las reglas de juego.<sup>68</sup> Pueden en ese contexto surgir conflictos entre lo público y lo privado.

---

<sup>65</sup> *Ibíd.* Pág. 16

<sup>66</sup> HUAPAYA TAPIA, Ramón. Algunos apuntes sobre las relaciones entre el Derecho Administrativo Económico y el concepto anglosajón de la “Regulación”. Revista *Ius et Veritas*. Año XX. N° 40. Lima, 2010. Páginas 8-9

<sup>67</sup> MÁRQUEZ ESCOBAR, Carlos Pablo. Expropiación mediante regulación: Inversión extranjera, tratados de protección de inversiones y el poder de policía de la administración. *Int. Law: Rev. Colomb. Derecho Int.* Bogotá (Colombia) N° 11 mayo de 2008. Pág. 16

<sup>68</sup> BULLARD GONZALEZ, Alfredo. Enemigos íntimos. El arbitraje y los contratos administrativos. Revista Peruana de Arbitraje NO. 2. 2006. Editora Jurídica Grijley E.I.R.L. Pág. 163

En primera instancia en un conflicto de esa naturaleza se entendería que lo público, al ser la expresión del interés general y el bien común, prevalece sobre los intereses privados, si es que por ejemplo se necesita expropiar un bien particular por causa de utilidad pública la necesidad comunitaria estará por encima del derecho individual, sin embargo este postulado no es exacto y, de hecho, estos casos deben ser considerados una excepción, sobre todo frente a los derechos fundamentales reconocidos por el Derecho Constitucional.

Es así que, cuando hablamos de derechos individuales básicos, como la vida, la libertad, la propiedad, se entiende que éstos están por encima incluso de la voluntad general comunitaria, por esto, como expresa el profesor BULLARD-GONZÁLEZ, estos derechos no pueden ser “derogados democráticamente” por las mayorías y, en virtud de aquello, se encarga la protección de los mismos a un órgano tecnocrático o aristocrático como es el poder judicial, que alejado de toda clase de presiones incluso de “presiones excesivamente democráticas” es el encargado de velar por los derechos individuales y establecer sus límites frente a lo público. Y así como los derechos que permiten el funcionamiento de la democracia deben estar protegidos también lo deben estar los derechos que permiten el funcionamiento del mercado según el razonamiento de dicho autor<sup>69</sup>

Este conflicto se vuelve mucho más delicado cuando el Estado contrata en sectores sensibles, como la prestación de servicios públicos o la explotación de recursos naturales que pueden generar efectos negativos sobre el medio ambiente o en donde gran parte de la riqueza natural de los países está comprometida, y es ahí en donde hay una mayor posibilidad de que desde la sociedad o el Gobierno surja una presión para que en aras de la protección del interés público se afecte la propiedad de los inversionistas. Debido a que el poder judicial -que es como ya dijimos el encargado de determinar los límites entre lo público y lo privado- está muy desprestigiado en el tercer mundo y en especial en América Latina, los países con necesidad de atraer inversión extranjera han tenido que ofrecer garantías adicionales que protejan jurídicamente a las inversiones y de esta manera generar confianza para volverse atractivos a los capitales del exterior.

Estos sustitutos al poder judicial comenzaron en América Latina paralelamente a las privatizaciones tan comunes en las décadas de los 80's y 90's. En primer lugar se

---

<sup>69</sup> Ibíd, pág 161

crearon agencias administrativas para resolver temas económicos específicos, las que contaban con personal especializado en la materia que controlaban, dando al inversionista la percepción de que existía un ente regulador técnico-especializado que ayudaba a poner límites a la presión democrática sobre los derechos individuales, dichas instituciones muchas veces incluso tenían la capacidad de resolver disputas y no solo investigarlas, sustituyendo directamente al poder judicial. Sin embargo estas agencias solían pertenecer al poder ejecutivo por lo que, de hecho, quedaban sometidas de manera más directa a la voluntad del poder político de lo que podrían haber estado las cortes ordinarias de justicia.<sup>70</sup>

Con posterioridad aparecieron otros mecanismos para garantizar seguridad jurídica a los inversionistas extranjeros, entre ellos los llamados contratos ley, o convenios de estabilidad, que brindaban a las empresas extranjeras estabilidad en cuanto a cambios legales o regulatorios. La Constitución peruana en su art 62 establece que *“mediante contratos-ley el Estado puede conceder garantías y otorgar seguridades. No pueden ser modificados legislativamente”* es decir que con el objetivo de asegurar reglas de juego claras y estables los Estado están dispuestos a renunciar incluso a su poder de modificar la ley<sup>71</sup>. Con el apareamiento de estos instrumentos se crearon complejos regímenes legales en los países latinoamericanos en las épocas de florecimiento de las privatizaciones.

Sin embargo los mecanismos antes mencionados no podían resolver un problema fundamental, y es que si bien existe un reconocimiento del Estado de que las inversiones extranjeras necesitan una garantía adicional, es necesario que en caso de violación o perturbación de estos derechos otorgados, exista un órgano que sea capaz de hacerlos cumplir. En este punto se plantea como lógica la opción del arbitraje internacional, pues como ya se mencionó, el Estado ha aumentado su participación en la economía y aunque muchas veces las relaciones que establece son meramente comerciales, el Estado pretende actuar protegido bajo el velo de su poder de imperio, y, si es que la desconfianza e ineptitud de las Cortes de Justicia ha impulsado el desarrollo de métodos de solución alternativa de conflictos en el Derecho interno no existe ninguna razón para que dicha opción no se extienda al Derecho Internacional.

---

<sup>70</sup> Ibíd, pág 167

<sup>71</sup> Ibíd, pág 168

Como lo expresan CRAIG, PARK Y PAULSSON: *“El arbitraje comercial internacional es usualmente el único proceso adjudicatorio aceptable para ambas partes en los contratos con el Estado. El Estado buscará arbitraje para evadir la publicidad, o evitar someterse a la Corte de un país extranjero que aparecería como una afrenta a su soberanía. La empresa multinacional puede temer que las Cortes del país anfitrión sean influenciadas indebidamente por su gobierno, o que sin una sumisión al arbitraje podría no haber certeza de la renuncia a la soberanía del Estado”*<sup>72</sup>

De parte de los Estados se temió en un principio que este beneplácito para que la jurisdicción se traslade fuera de los tribunales estatales se convirtiera en un instrumento de dominación ya que los tribunales extranjeros tendrían tendencia a favorecer a inversionistas influyentes de los países desarrollados mas, para algunos esto no ha sucedido y más bien se ha constituido el arbitraje en un instrumento que ha respondido positivamente a la dinámica de las transacciones internacionales que necesita de un mecanismo veloz, ágil, menos costoso y eficiente en un marco de confianza

Bajo esta visión el arbitraje se presenta como una consecuencia natural de la integración económica, deseable además porque asegura una vía de solución justa y alejada de las presiones de la política y constituye una garantía para tranquilizar a los inversores y motivarlos a trasladar sus capitales a los países que aplican este sistema. También se pretende establecer una equivalencia entre este sistema supranacional de justicia comercial y los sistemas internacionales de Derechos Humanos creados para proteger a los ciudadanos de los abusos de poder de los Estados y de la incapacidad de la justicia de los mismos para proteger sus derechos.

Esto que se podría percibir como una desnaturalización de la justicia tradicional, es un regreso a los orígenes de la justicia, pues ésta no siempre fue un monopolio del Estado, de hecho un sistema legal que es una referencia en el desarrollo histórico del Derecho como la Lex Mercatoria se desarrolló entre privados, a partir de la costumbre y la libre competencia entre diferentes normas, en la que al final las más eficientes se establecieron como las generales de obligatorio cumplimiento<sup>73</sup>

---

<sup>72</sup> CRAIG, W. Lawrence, PARK, William W. y PAULSSON, Jan, International Chamber of Commerce Arbitration, Ocean Publication Inc, 3a. ed., New Cork, p. 661 (traducción libre) citado por BULLARD GONZALEZ, Alfredo en Enemigos íntimos. El arbitraje y los contratos administrativos. Pág. 169

<sup>73</sup> BENSON, Bruce L, Justicia sin Estado, Unión Editorial, 2000, p. 43. Citado por BULLARD GONZALEZ, Alfredo en Enemigos íntimos. El arbitraje y los contratos administrativos. Pág. 171

Como veremos más adelante a medida que se ha desarrollado la institución del arbitraje comercial internacional, también se han diversificado, y muy ampliamente, las maneras en las cuales el Estado puede quedar sometido a esa jurisdicción, y aquel, tratando de preservar en algo su soberanía, intenta poner reparos a esa jurisdicción a pesar de haberla consentido, alegando que si bien ha aceptado la arbitrabilidad hay materias que por su naturaleza quedan fuera del ámbito en donde pueden intervenir los tribunales internacionales, y ese es precisamente uno de los grandes temas de discusión en la actualidad. Un desafío para la doctrina y la jurisprudencia internacional, y objeto de mucha controversia en las disputas que se resuelven en materia de inversiones es hasta donde están facultados los tribunales para intervenir en las actuaciones del Estado, ¿qué temas pueden ser tocados y cuáles no dentro del arbitraje? Dentro de esta nueva configuración de justicia en la que los Estados consienten que sus actuaciones sean juzgadas por tribunales privados, y muchas veces su soberanía quede sometida a decisiones de estos tribunales, se pretende establecer un límite de hasta dónde puede llegar la soberanía y hasta donde la intromisión del arbitraje en el Derecho Público. Puede ser útil analizar dos teorías que en algo pueden ofrecer luz sobre dicho asunto.

### **2.1.2. La inmunidad soberana y la Teoría de los actos del Estado**

Brevemente vamos a explicar en qué consisten y por qué es pertinente su mención. La teoría de la inmunidad soberana dice que el Estado por su naturaleza no puede someterse a la jurisdicción de una Corte de otro Estado. Comprende la inmunidad de jurisdicción que se refiere al conocimiento de la causa y la inmunidad de ejecución que se refiere a hacer cumplir lo resuelto. En el caso de la Teoría de los actos del Estado se trata de diferenciar los actos que corresponden a su naturaleza esencial o los de "*ius imperium*", con los de índole comercial o "*ius gestionis*" que no corresponden a la naturaleza propia del Estado. En base a la Teoría de los actos del Estado se pretende limitar la inmunidad soberana a los actos de "*ius imperium*"<sup>74</sup>

En este sentido se ha establecido un principio, recogido por instrumentos como la Foreign Sovereign Immunities Act de los Estados Unidos y el State Immunities Act del Reino Unido de la Gran Bretaña, en el que se expresa que la inmunidad soberana solo alcanza a los

---

<sup>74</sup> BULLARD GONZALEZ, Alfredo. Enemigos íntimos. El arbitraje y los contratos administrativos. Revista Peruana de Arbitraje NO. 2. 2006. Editora Jurídica Grijley E.I.R.L. Pág. 175

actos de ius imperium, por lo que quedan fuera los contratos de índole comercial como la adquisición, venta o contratación de bienes y servicios. Se establece entonces que la soberanía solo es relevante en los actos políticos y que cuando el Estado, aunque sea por necesidad colectiva, se involucra en el comercio lo hace como un particular más<sup>75</sup> y debe regularse como tal,<sup>76</sup> además el hecho de que un Estado consienta someterse a la jurisdicción de un tribunal arbitral implica claramente una renuncia expresa a su inmunidad soberana.

### 2.1.3. Críticas al Sistema arbitral de Protección de Inversiones

Como es de esperarse, la idoneidad del arbitraje como el mecanismo más eficiente es muy criticada, porque es evidente que esta institución de alguna manera se ha entrometido en muchos aspectos del Derecho Público, los reparos en su mayoría no van enfocados a desconocer los derechos de propiedad de los inversores, sino más bien a desacreditar los beneficios de la inversión extranjera directa y el hecho de que ante la posibilidad de afectar de alguna manera una inversión con las repercusiones negativas que eso pudiera traer para el Estado, a futuro los organismos estatales se limitan en su potestad regulatoria, lo que constituye un obstáculo para el desarrollo de políticas públicas.

De hecho se habla de una especie de “enfriamiento regulatorio”<sup>77</sup>, en el que existe una contención preventiva por parte de las autoridades de su actividad normativa o regulatoria por el temor a caer en alguna de las causales de expropiación indirecta, que es un concepto como sabemos incierto. Por lo que también se opacan los límites de hasta donde puede ir la administración pública en su actuación. Además, y como ya se precisó en el desarrollo de este trabajo, en virtud de asegurar la igualdad de los inversionistas

---

<sup>75</sup> Es interesante aquí señalar lo que dice la Constitución Ecuatoriana al respecto: *Art. 335.- El Estado regulará, controlará e intervendrá, cuando sea necesario, en los intercambios y transacciones económicas; y sancionará la explotación, usura, acaparamiento, simulación, intermediación especulativa de los bienes y servicios, así como toda forma de perjuicio a los derechos económicos y a los bienes públicos y colectivos.*

<sup>76</sup> BULLARD GONZALEZ, Alfredo. Enemigos íntimos. El arbitraje y los contratos administrativos. Revista Peruana de Arbitraje NO. 2. 2006. Editora Jurídica Grijley E.I.R.L. Pág. 179

<sup>77</sup> ZABALO, Patxi. Los acuerdos internacionales sobre inversión, otro obstáculo para el desarrollo de América Latina. Universidad del País Vasco / Euskal Herriko Unibertsitatea. Pág. 31

extranjeros frente a los nacionales se establece efectivamente una discriminación a estos últimos que no tienen la posibilidad de alejarse del poder judicial de sus países

Se dice por ejemplo que la premisa de que la inversión extranjera es algo deseable porque genera externalidades positivas en una economía no es del todo cierta. ya que no existe evidencia empírica decisiva que la sustente<sup>78</sup>, pues, se pueden presentar tanto ejemplos de que es beneficiosa, como ha resultado en Corea del Sur, o de que no solo no lo es sino que además es directamente perjudicial como en el sector eléctrico de Indonesia, o en afectaciones al medio ambiente en muchas partes del mundo<sup>79</sup>,

En muchos casos ha quedado demostrado que los efectos de la inversión extranjera y que es necesario que exista regulación por parte del Estado para evitar, sobre todo en el caso de prestación de servicios, la ineficiencia, tal y como sucedió por ejemplo con muchas empresas argentinas privatizadas en los años noventa<sup>80</sup>.

Tampoco es demostrable que el que un país esté sometido a sistemas de resolución arbitrales lo hace mucho más atractivo para la inversión extranjera<sup>81</sup>, pues tenemos el caso de Brasil que es el país latinoamericano que más volumen de inversión extranjera directa recibe<sup>82</sup> y no ha ratificado ningún TBI hasta la fecha, tampoco existe un TBI firmado entre EE.UU. y China y sin embargo es una de las relaciones comerciales bilaterales más grandes e importantes del mundo.

---

<sup>78</sup> Un artículo útil al respecto: Latin America Copes with Volatility, The Dark Side of Globalization disponible en [http://siteresources.worldbank.org/EXTLACOFFICEOFCE/Resources/870892-1334676250708/Spring\\_Meetings\\_Report\\_English\\_April162012\\_FINAL.pdf](http://siteresources.worldbank.org/EXTLACOFFICEOFCE/Resources/870892-1334676250708/Spring_Meetings_Report_English_April162012_FINAL.pdf)

<sup>79</sup> BOHOSLAVSKY, Juan Pablo. Tratados de protección de las inversiones e implicaciones para la formulación de políticas públicas (especial referencia a los servicios de agua potable y saneamiento). CEPAL – Colección Documentos de proyectos. LC/W.326. julio de 2010. Pág. 17

<sup>80</sup> *Ibíd*, Pág 18

<sup>81</sup> Este es un tema digno de estudio y una profunda reflexión, más información disponible en: Mary Hallward Drimeier Do Bilateral Investment Treaties attract FDI? Only a bit...and they could bite: [http://wdsbeta.worldbank.org/external/default/WDSContentServer/IW3P/IB/2003/09/23/000094946\\_03091104060047/additional/105505322\\_20041117160010.pdf](http://wdsbeta.worldbank.org/external/default/WDSContentServer/IW3P/IB/2003/09/23/000094946_03091104060047/additional/105505322_20041117160010.pdf)

<sup>82</sup> FELDSTEIN, Sara Lidia. Arbitraje e Inversiones Extranjeras. El derecho Privado ante la internacionalidad, la integración y la globalización” en Homenaje al Prof. Dr. Miguel A. Ciuro Caldani. 2005. Editorial Jurídica La Ley. Centro Argentino de Estudios Internacionales. Pág 6

Tal y como en líneas anteriores se decía que una virtud de los tribunales arbitrales es estar alejados de presiones democráticas, desde un punto de vista contrario es este otro reproche que se hace al arbitraje, pues a diferencia de las Cortes que se rigen por normas aprobadas por el poder legislativo, son ellos mismos los que deciden acerca de su competencia, no tienen un órgano de apelación superior<sup>83</sup> y se rigen por sus normas propias, tanto así que algunos autores han asegurado que estos consisten en una especie sistemas jurídicos autosuficientes<sup>84</sup>

Los detractores del arbitraje mencionan que con excepción del CIADI los arbitrajes no son públicos y existe limitada información acerca de los procesos. Se observa que en su conformación los tribunales suelen estar integrados por especialistas en Derecho Internacional de Inversiones que a veces actúan como árbitros y a veces como asesores de las multinacionales, por lo que tienden a hacer en sus fallos interpretaciones sumamente extensivas favorables a las mismas.<sup>85</sup>

---

<sup>83</sup> ZABALO, Patxi. Los acuerdos internacionales sobre inversión, otro obstáculo para el desarrollo de América Latina. Universidad del País Vasco / Euskal Herriko Unibertsitatea. Pág. 30

<sup>84</sup> FELDSTEIN, Sara Lidia. Arbitraje e Inversiones Extranjeras. El derecho Privado ante la internacionalidad, la integración y la globalización” en Homenaje al Prof. Dr. Miguel A. Ciuro Caldani. 2005. Editorial Jurídica La Ley. Centro Argentino de Estudios Internacionales. Pág 22

<sup>85</sup> ZABALO, Patxi. Los acuerdos internacionales sobre inversión, otro obstáculo para el desarrollo de América Latina. Universidad del País Vasco / Euskal Herriko Unibertsitatea. Pág. 30

#### 2.1.4. Inconsistencia de La Jurisprudencia Internacional

Los defensores del arbitraje muestran como un argumento a favor, que la soberanía de los Estados no es vulnerada como generalmente se piensa pues existe una tendencia a fallar a favor del Estado, ya que dichos casos son mayoritarios, los detractores dicen que si bien existe esta tendencia es mínima y en cualquier momento podría variar<sup>86</sup>. Esto a causa de que no se pueden establecer lineamientos jurisprudenciales claros a través del estudio de fallos arbitrales ya que muchas veces los tribunales se contradicen sobre un mismo punto.

Y es que a más de eso pueden, al amparo de las “*umbrella clauses*”, plantearse arbitrajes paralelos referidos a los mismos hechos planteados a la vez por una Compañía por un lado y sus accionistas por otro o también cabe la posibilidad de que se desarrollen arbitrajes múltiples contra un mismo Estado, basados en los mismos hechos e iniciados por distintos inversores extranjeros, lo que de igual manera puede provocar soluciones diferentes y dificultar enormemente el logro de un sistema eficaz de solución de controversias,<sup>87</sup> llegando al extremo de que existan laudos contradictorios en un mismo caso como sucedió en las demandas que propusieron Lauder y CME contra República Checa en la que, basados en los mismos hechos, el accionista mayoritario propuso una demanda y la Compañía otra amparándose en distintos TBI,s y mientras que el un proceso fue resuelto a favor del inversor con una indemnización de USD 300 MM el otro fue resuelto a favor del Estado <sup>88</sup>

Una de las causas para que esto suceda es que los tribunales se constituyen ad hoc para cada caso, y no existe un mecanismo institucional de unificación jurisprudencial, lo que da la libertad a los tribunales a aceptar interpretaciones extensivas de los derechos de los

---

<sup>86</sup> Ibíd. Pág. 30

<sup>87</sup> FERNÁNDEZ MASIÁ, Enrique. Tribunales Nacionales, arbitraje Internacional y Protección de inversiones extranjeras. Madrid. Marcial Pons. 2008. Pág 31

<sup>88</sup> FERNÁNDEZ MASIÁ, Enrique. Presente y futuro de la acumulación de procedimientos arbitrales en materia de inversiones extranjeras. <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1446328>. Págs. 2 y 3

inversores en detrimento de los Estados, esto es especialmente notorio en el tema de la expropiación<sup>89</sup>.

Esto que es considerado una privatización de la justicia es visto por los críticos del arbitraje como un grave atentado a la seguridad jurídica, ya que no existen jueces establecidos, ni vista oral, tampoco apelación<sup>90</sup>, ni acumulación de causas, y el proceso es mucho menos estricto y exige muchas menos pruebas que un proceso ordinario.

### **2.1.5. Las Cláusulas Arbitrales y el Sometimiento de los Estados**

Analizado ya el fundamento teórico de la nada pacífica convivencia entre el Derecho Público y los mecanismos de solución de controversias comerciales dentro del Derecho Internacional de Inversiones vamos a describir en este punto de que manera los Estados dan el consentimiento para someter disputas relacionadas a inversión extranjera ante tribunales internacionales.

La primera forma que por su lógica no merece mayor análisis es la de incluir dentro de los acuerdos o en el contrato específico que se firme con el inversor una cláusula de arbitraje, o una vez propuesta la demanda arbitral que el Estado acepte someterse a la competencia del tribunal arbitral por escrito, por ejemplo el artículo 25 de la Convención de Washington dispone que *“la competencia del Centro (refiriéndose al CIADI) se extiende a las diferencias (...) que las partes han aceptado por escrito someter al Centro”*, dicho instrumento es impreciso en este aspecto, como lo es con muchos otros, por lo que nada se especifica acerca de la forma ni de la temporalidad de dicho consentimiento escrito dejando un amplio margen para la interpretación de los tribunales, por lo que se entiende que los supuestos mencionados al principio de este párrafo están incluidos, así generalmente se ha establecido que el consentimiento no necesariamente debe darse en un mismo acto jurídico y en base a eso el consentimiento previo expresado en un BIT por un Estado es perfectamente útil para que con posterioridad un inversionista demuestre

---

<sup>89</sup> BOHOSLAVSKY, Juan Pablo. Tratados de protección de las inversiones e implicaciones para la formulación de políticas públicas (especial referencia a los servicios de agua potable y saneamiento). CEPAL – Colección Documentos de proyectos. LC/W.326. julio de 2010. Pág. 22

<sup>90</sup> El arbitraje ante el CIADI permite que se pueda pedir la anulación del laudo por 5 razones taxativas establecidas en la Convención, tales como error en la constitución del tribunal, exceso de funciones, corrupción, violación grave de norma de procedimiento o carencia de expresión de los motivos en el laudo. Esa nulidad se presenta ante un comité ad-hoc, escogido de la misma forma indicada para el tribunal arbitral.

que el Estado está dispuesto a someter una disputa ante un tribunal de arbitraje. Y es a partir de ahí donde todo se vuelve más complejo pues bajo estas interpretaciones no se necesita que el Estado consienta caso por caso a acceder a esa forma de justicia.

Y esto es lo que ha venido a llamarse arbitraje sin convenio, en el que el Estado queda sujeto al arbitraje sin cláusula arbitral, pues ha dado su consentimiento previo por medio de una ley, o mediante la suscripción de un Tratado Bilateral de Protección de Inversiones o algún otro acuerdo internacional bilateral o multilateral, de esta manera el arbitraje se convierte en una oferta unilateral otorgada por el Estado a los inversionistas para que las inversiones que cumplan ciertos requisitos en una ley o un tratado puedan solicitar al Estado el sometimiento al arbitraje sin que este pueda negarse a ir alegando la inexistencia de un acuerdo<sup>91</sup>, y esta unilateralidad es llevada a su máxima expresión en el caso de los TBI,s pues si es que el Estado quisiera llevar a un inversionista a un arbitraje, este debería consentir expresamente al mismo y en caso de no hacerlo el Estado se vería imposibilitado de actuar ya que el inversionista no otorgó jamás su consentimiento previo, pues los TBI,s y demás acuerdos internacionales son suscritos entre Estados . Además, es difícil que los Gobiernos puedan demandar a los inversores pues estos últimos no pueden incumplir obligaciones establecidas en los tratados como expropiar, discriminar o violar el trato justo y equitativo<sup>92</sup>

Pero incluso si los instrumentos firmados entre el Estado del cual es nacional el inversor y el Estado receptor no prevén la resolución por medio de un tribunal arbitral internacional, el inversor puede hacer uso de la cláusula de nación más favorecida para extender la jurisdicción arbitral. Mediante esta cláusula las disposiciones relativas a protección de inversiones de un tratado se pueden extender a un nacional de un tercer país tal y como sucedió en el caso de Maffezini contra el Reino de España en donde el inversor argentino se valió de disposiciones contenidas en el TBI entre España y Chile para evitar que antes de acudir al CIADI se le exigiera agotar todos los recursos internos<sup>93</sup>.

---

<sup>91</sup> BULLARD GONZALEZ, Alfredo. Enemigos íntimos. El arbitraje y los contratos administrativos. Revista Peruana de Arbitraje NO. 2. 2006. Editora Jurídica Grijley E.I.R.L. Pág. 210

<sup>92</sup> WÄLDE, Thomas *Separate Opinion, Thunderbird vs. Mexico*, in the Arbitration under Chapter XI of the NAFTA and the UNCITRAL Arbitration Rules, December 2005, par. 139: Citado por MÁRQUEZ ESCOBAR, Carlos Pablo en Expropiación mediante regulación: Inversión extranjera, tratados de protección de inversiones y el poder de policía de la administración. pág. 37

<sup>93</sup> GARCÍA-BOLÍVAR, Omar. Nociones básicas del arbitraje internacional de Inversiones. Págs. 12 y 13

Conforme ha avanzado el desarrollo de la institución del arbitraje comercial internacional se han definido varios principios que han ido moldeando el significado y las implicaciones del consentimiento estatal; por ejemplo -y esto es obvio ya que internacionalmente el Estado tiene una personalidad jurídica única- se establece que el Estado es responsable por los actos cometidos por todos los órganos que lo componen, incluyendo las administraciones de sus circunscripciones territoriales, o las empresas constituidas mayoritariamente con capital estatal. Es pertinente mencionar dos precedentes importantes que los tenemos en los casos de Metalclad contra México y Vivendi contra Argentina, en los que se estableció este principio, ya que los actos del Estado fueron cometidos por autoridades de un estado mexicano y una provincia argentina respectivamente. Se entiende además que ninguna norma interna prevalece sobre un tratado internacional por lo que el Estado no podrá alegar que en su ordenamiento jurídico interno existe un impedimento para acudir al arbitraje.

De la misma manera se establece también, en general, que el Estado no es solo responsable de las acciones cometidas por el poder ejecutivo o la administración central, sino también por los actos emanados del poder legislativo o el poder judicial, a menos que en el Tratado el Estado haya hecho una reserva expresa al respecto. Y no solo eso sino que muchas veces puede aparecer confusa la determinación de si una entidad es un órgano estatal o no, por eso los tribunales<sup>94</sup> han determinado que se puede hacer un análisis desde dos perspectivas, la estructural, y la orgánica, la primera analiza la naturaleza de la compañía y la segunda naturaleza de sus funciones, así en una interpretación extensiva se puede calificar a una entidad como un órgano estatal si es que las funciones que cumple son de naturaleza pública.<sup>95</sup>

Otro principio que se ha establecido es el de la opción irrevocable o “*fork in the road*”, que está consagrado en algunos TBI’s y dispone que entre las múltiples opciones que tiene a mano el inversor para demandar al Estado (demanda ante los tribunales nacionales, ante el CIADI, arbitraje bajo las reglas de CNUDCI, etc.) al momento en el que se hace uso de una de ellas las demás quedan excluidas, esto se ve reforzado bajo el amparo de las “umbrella clauses” o cláusulas paraguas que le dan al inversor la posibilidad de invocar la protección de inversiones por una violación del Tratado en sí mismo o de un contrato que se entiende protegido por el Tratado, como lo expresa el Profesor Prosper Weil: “La

---

<sup>94</sup> Caso Mafezzini contra España. Laudo CIADI 13 de noviembre 2000. Caso no. ARB/97/7

<sup>95</sup> GARCÍA-BOLÍVAR, Omar. Nociones básicas del arbitraje internacional de Inversiones Pág. 10

*intervención del tratado de cobertura transforma las obligaciones contractuales en obligaciones internacionales y asegura de esta forma la intangibilidad del contrato bajo pena de violar el tratado”* <sup>96</sup>

Pero esto no es exacto y se puede relativizar de alguna manera, llegando a darse una especie de duplicidad de procedimiento, pues en ciertos casos, aunque un inversor haya utilizado la opción de acudir ante los tribunales nacionales, y de esta manera el Estado pretende renegar de la jurisdicción arbitral, los tribunales arbitrales pueden declararse competentes aduciendo que a ellos les corresponde analizar las violaciones al Tratado, mientras que al juez ordinario le correspondería juzgar los incumplimientos contractuales.<sup>97</sup> Esto sucedió en el caso de Compañía de Aguas del Aconquija y Vivendi contra Argentina.

Como vemos en cuanto al sometimiento del Estado al arbitraje y el establecimiento de la competencia de los tribunales arbitrales existe, como en casi todos los temas referentes a la protección de inversiones, una marcadísima inconsistencia por lo que el sistema está aún lejos de garantizar certeza y seguridad jurídica plenas.

---

<sup>96</sup> PROSPER, Weil. Problemes relatifs aux contrats passes entre un etat et un particulier citado por SÁNCHEZ BRAVO, Guillermo en El arbitraje internacional CIADI y la protección de las inversiones. Nuevas tendencias y alcances de los BIT´s. Pág. 344

<sup>97</sup> FERNANDEZ MASIÁ, Enrique. Tribunales nacionales arbitraje internacional y protección de inversiones extranjeras pág. 44

## **2.2. Origen y Naturaleza del CIADI**

### **2.2.1. Origen**

He tomado la opción de referirme exclusivamente al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (en adelante “CIADI” o el “Centro”) por que dada la importancia que ha tomado en los últimos años ha llegado a convertirse en una suerte de sistema supranacional de justicia económica, y es que a pesar de que existen otros sistemas arbitrales con cierta relevancia como el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo, la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional y la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Internacional Mercantil, estas inicialmente fueron creadas para someter a resolución disputas entre empresas. El Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones es la única institución de arbitraje internacional creada específicamente para resolver disputas entre inversores y Estados, y con gran diferencia es el más utilizado a nivel mundial.

En la década de 1960 el Gobierno Español, entonces dirigido por el Dictador Francisco Franco, expropió una empresa llamada Barcelona Traction registrada en Canadá pero de propiedad de accionistas belgas. Ellos demandaron la protección diplomática de Bélgica para que este país entable una acción en la Corte Internacional de Justicia en contra de España, pero ya que la persona jurídica Barcelona Traction era canadiense se determinó que Bélgica no podía continuar la acción contra España. Los propietarios de la empresa intentaron entonces solicitar protección a Canadá pero ese país se negó alegando que si bien la compañía estaba registrada en su territorio no representaba una contribución efectiva para su economía, por lo que los inversionistas nada pudieron hacer en contra de la vulneración de sus derechos por parte del Gobierno español.

El caso descrito es referencial en el desarrollo del Derecho Internacional de Inversiones, y constituye un antecedente importantísimo no solo para la popularización de los TBI's, sino directamente para la creación del CIADI, pues a partir de este evento los inversionistas se dieron cuenta de que carecían de una protección efectiva que blindara sus activos en el extranjero.

En el año de 1965 se suscribió bajo el auspicio del Banco Mundial la Convención de Washington. Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (en adelante “Convención de Washington” o “Convención”) que creó el CIADI (Centro Internacional de Arreglos de Disputas de Inversiones), misma que entró en vigencia el 14 de octubre de 1966. Este mecanismo de resolución de conflictos comenzó realmente a ser empleado en los años 90, pues antes de esa fecha era prácticamente inutilizado, mientras en la actualidad este centro recibe un promedio de 6 casos por mes <sup>98</sup>

### 2.2.2 Naturaleza

El objetivo con el que se creó el CIADI era el de establecer un sistema despolitizado de solución de conflictos, un sistema que lejos de la presión de las potestades públicas pueda establecer un límite entre esas potestades y los derechos individuales, alejando las disputas de la influencia política en las Cortes ordinarias para garantizar los derechos de propiedad, libre contratación y libre empresa<sup>99</sup>

La clase de disputas que pueden someterse a la jurisdicción del CIADI deben ser de naturaleza legal (incumplimientos contractuales incluyendo alegaciones de caso fortuito o fuerza mayor, violación de cláusulas de estabilidad, interpretación de los contratos y de la ley aplicable, terminación de los contratos y por supuesto temas referentes a expropiaciones y nacionalizaciones), quedan fuera del arbitraje conflictos de intereses y disputas de naturaleza técnica, comercial o política <sup>100</sup>, además es un requisito indispensable que la disputa sea entre un Estado y un extranjero no entre un Estado y uno de sus nacionales

---

<sup>98</sup> GARCÍA-BOLÍVAR, Omar. Nociones básicas del arbitraje internacional de Inversiones Pág. 3

<sup>99</sup> BULLARD GONZALEZ, Alfredo. Enemigos íntimos. El arbitraje y los contratos administrativos. Revista Peruana de Arbitraje NO. 2. 2006. Editora Jurídica Grijley E.I.R.L. Pág. 203

<sup>100</sup> Ibíd, Pág 209

### 2.2.3. Jurisdicción

Existen diversas condiciones para que una disputa pueda ser sometida a conocimiento del CIADI: en primer lugar se requiere que el Estado receptor de la inversión y el Estado de origen del inversionista sean parte de la convención y que ambos hayan otorgado su consentimiento, sin embargo de lo cual existe un mecanismo complementario mediante el cual un conflicto en el que una de las partes no sea de un Estado miembro pueda acceder a la jurisdicción del centro siempre y cuando exista consentimiento expreso para ello. Es admitido por la jurisprudencia arbitral que nada en el Derecho Internacional prohíbe que los accionistas de una compañía o sociedad presenten demandas individuales independientes de las demandas que puedan llegar a presentar las compañías de las que son parte<sup>101</sup>

Es importante señalar que este consentimiento es excluyente ya que como, se lee en el Art. 26 de la Convención, una vez se ha consentido al arbitraje en este Centro se excluye cualquier otro recurso, salvo estipulación en contrario de las partes.

El arbitraje de inversión está sujeto a las reglas indicadas por la Convención, a lo expresado por las partes en su consentimiento arbitral y a la legislación aplicable a la controversia, si la disputa se refiere a violación de normas de Derecho Internacional se deben aplicar las reglas determinadas en el Tratado relevante al caso, si es que la disputa versa sobre un contrato serán aplicables las disposiciones contractuales y la legislación bajo la cual se celebró dicho contrato. Sin embargo los tribunales hacen mucho uso de los principios de Derecho Internacional que consideran pertinentes, así como de resoluciones anteriores de otros tribunales<sup>102</sup>

---

<sup>101</sup> GARCÍA-BOLÍVAR, Omar. Nociones básicas del arbitraje internacional de Inversiones Pág. 7 y 8

<sup>102</sup> *Ibíd.*, Págs. 3 y 4

#### 2.2.4. El CIADI en América Latina

Hasta antes de la denuncia de Venezuela a la Convención mediante la cual se había adherido al CIADI producida en enero del presente año 23 Estados de América Latina y el Caribe formaban parte del sistema CIADI. Bolivia y Ecuador denunciaron dicho convenio en 2007 y 2009 respectivamente.

Antes de la liberalización económica de influencia neo liberal de los años 80, los países latinoamericanos miraban con recelo a la inversión extranjera y no se la consideraba fundamental para el desarrollo de la economía, tanto así que recién en la primera mitad de los 80's Paraguay y El Salvador pasaron a formar parte del CIADI. Es curioso que las dos mayores economías de la región, México y Brasil nunca hayan formado parte del CIADI.

Es evidente que a partir del establecimiento de este sistema de protección de inversiones se ha producido una eclosión de demandas en contra de los Estados latinoamericanos, especialmente en la década que pasó, tanto así que hasta el año 2000 los países de la región habían enfrentado solamente 12 demandas, la primera de ellas en 1995, mientras que en el periodo comprendido entre los años 2000 y 2007 se han presentado al menos 91 demandas nuevas de las cuales la mitad han sido entabladas contra Argentina, 18 en contra de México, 9 contra Ecuador, 7 contra Venezuela, 5 contra Chile y 3 contra Bolivia, mientras que del año 2008 en adelante hay por lo menos 4 nuevas demandas en contra de Ecuador, 3 en contra de Argentina y Venezuela, 2 en contra de Costa Rica y El Salvador y 1 en contra de Guatemala y Honduras <sup>103</sup>

Frente a esta situación podemos encontrar dos posiciones entre los Estados latinoamericanos, en una orilla se encuentran países que tienen una política aperturista hacia la inversión extranjera y aceptan los efectos perjudiciales del arbitraje de inversiones, como los costos de defensa y las indemnizaciones, a cambio de una mayor integración y liberalización económica que ellos consideran beneficiosa, entre esos países están por ejemplo México, Perú y Chile. Mientras que al otro extremo se encuentran Bolivia, Ecuador y Venezuela, cuyos Gobiernos así llamados "progresistas" consideran al arbitraje internacional de inversiones perjudicial a sus intereses y por eso han puesto reparos al mismo y han abandonado el sistema CIADI. Tenemos también el

---

<sup>103</sup> ZABALO, Patxi. Los acuerdos internacionales sobre inversión, otro obstáculo para el desarrollo de América Latina. Universidad del País Vasco / Euskal Herriko Unibertsitatea. Pág. 32

caso de Argentina, el país que más demandas enfrenta en la región, cuyo Gobierno es crítico con el arbitraje internacional, pero que al menos en el corto plazo no piensa retirarse del sistema actual, según los indicios que ha mostrado, y tenemos el caso particular de Brasil que como ya mencionamos sin haber ratificado ningún TBI ni pertenecer al CIADI es el país latinoamericano que más inversión extranjera directa recibe.

Así es interesante hacer una referencia rápida a los Estados latinoamericanos que tienen situaciones particulares ante el arbitraje internacional de inversiones:

- México: Es el segundo país de la región con más demandas en contra por parte de inversionistas extranjeros, y a pesar de no ser parte del CIADI, por no haber ratificado la convención de Washington, a través de ese Centro se han resuelto muchas de las disputas más importantes que los inversores extranjeros han planteado en su contra gracias al mecanismo complementario y debido a que México es parte del TLCAN y ha suscrito muchos TBI's con sus socios comerciales. Juristas de ese país afirman que esto constituye una contradicción inaceptable y que la falta de ratificación de la Convención es inconveniente para ese país, puesto que le impide, por ejemplo, acceder plenamente al mecanismo de anulación de laudos y obliga a buscar esa anulación ante las Cortes del país en donde se realizó el arbitraje politizando innecesariamente la controversia.<sup>104</sup>
- Brasil: Es la economía más grande de la región, el país que, con diferencia, recibe la mayor cantidad de inversión extranjera directa, y sin embargo no es parte del CIADI así como tampoco tiene ningún TBI en vigor pues aunque ha firmado 14 no los ha ratificado, lo que para quienes critican el sistema de protección de inversiones basado en el arbitraje internacional constituye una prueba de que no existe una relación directa entre la adhesión al CIADI y firma de BIT's con el atractivo de un país para la inversión extranjera. La "alternativa brasileña" es resolver sus conflictos con los inversionistas ante el sistema judicial nacional. A pesar de que estudios determinan que los jueces brasileños consideran que en nombre de la justicia social es válido que se tomen decisiones que violan los contratos con los inversionistas y que la administración de justicia brasileña es

---

<sup>104</sup> RODRIGUEZ JIMÉNEZ, Sonia. El CIADI Frente a Argentina, México, Ecuador Y Bolivia, Una Actualización. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. México. Pág. 234

considerada lenta<sup>105</sup>, Brasil es un destino sumamente atractivo para las inversiones. En los últimos años el Gobierno brasileño ha auspiciado un paquete de leyes destinadas a dar mayor seguridad jurídica a los inversionistas, como reformas al sistema judicial, leyes sobre arbitraje y una nueva ley de quiebras. También son aplicables para Brasil las disposiciones referentes a inversiones de los Protocolos del MERCOSUR.

- Ecuador: En Octubre de 2007 nuestro país notificó al CIADI que no admitiría más demandas sobre recursos no renovables y posteriormente en 2009 abandonó definitivamente el CIADI denunciando la Convención de Washington. Posterior a eso se propuso por parte del ejecutivo la denuncia de algunos Tratados Bilaterales de Protección de Inversiones, sin embargo de lo cual el país puede ser sujeto de reclamos arbitrales aún pues la mayoría de estos Tratados seguirán en vigencia durante diez años más después de que se los denuncie definitivamente. La mayor parte de demandas que ha enfrentado Ecuador y que lo han llevado a consolidarse como el tercer país que más disputas arbitrales afronta se han presentado con empresas del sector petrolero, y éstas podrían incrementarse por la renegociación de contratos de explotación petrolera propuesta por el Gobierno Ecuatoriano en la que se cambió el modelo de contrato desde su configuración de contrato de participación a un modelo de contrato de prestación de servicios, para que los excedentes del precio de barril de petróleo vayan a manos del Estado. Las acciones del Gobierno Ecuatoriano son concordantes con lo dispuesto en la Constitución promulgada en 2008, que en el Art. 422 establece la prohibición de celebrar tratados o instrumentos internacionales en los que se ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional, con la excepción de “...*los tratados e instrumentos internacionales que establezcan la solución de controversias entre Estados y ciudadanos en Latinoamérica por instancias arbitrales regionales o por órganos jurisdiccionales de designación de los países signatarios...*”<sup>106</sup>. La redacción de esta norma carece de precisión técnica<sup>107</sup>mas,

---

<sup>105</sup> FELDSTEIN, Sara Lidia. Arbitraje e Inversiones Extranjeras. El derecho Privado ante la internacionalidad, la integración y la globalización” en Homenaje al Prof. Dr. Miguel A. Ciuro Caldani. 2005. Editorial Jurídica La Ley. Centro Argentino de Estudios Internacionales. Pág. 162

<sup>106</sup> Constitución de la República del Ecuador, artículo 422

<sup>107</sup> Al respecto, y con mucha amplitud, trata el Abogado ecuatoriano Juan Manuel Marchán en un interesante artículo titulado: Tratamiento del arbitraje en la nueva Constitución ecuatoriana. Disponible en <http://www.usfq.edu.ec/Tributarium/Documents/iuris%20dictio%2012/EL->

se entiende, que en la norma fundamental no se rechaza del todo el arbitraje como método de solución de conflictos entre inversores y Estados, sino que se pretende promover la creación de organismos regionales de arbitraje, presumiblemente en el marco de UNASUR.

- Venezuela: El abandono más reciente del CIADI lo protagonizó Venezuela en enero del presente año, basándose en el Art. 151 de su Carta Magna que dispone: *En los contratos de interés público, si no fuere improcedente de acuerdo con la naturaleza de los mismos, se considerará incorporada, aun cuando no estuviere expresa, una cláusula según la cual las dudas y controversias que puedan suscitarse sobre dichos contratos y que no llegaren a ser resueltas amigablemente por las partes contratantes, serán decididas por los tribunales competentes de la República, de conformidad con sus leyes, sin que por ningún motivo ni causa puedan dar origen a reclamaciones extranjeras*<sup>108</sup>. Con esto Venezuela puso fin a su adhesión a la Convención de Washington, a la cual se había sumado en 1993 Esta renuncia se da en un contexto en el que el país enfrenta varias demandas, principalmente de empresas petroleras, debido a expropiaciones y nacionalizaciones quedando pendientes de resolución en el CIADI un aproximado de 9 casos<sup>109</sup>.
- Bolivia: Fue el primer país latinoamericano en denunciar la Convención de Washington y abandonar el sistema CIADI, lo hizo en 2007, y a pesar de eso, el Centro siguió registrando demandas en su contra, como la presentada por la empresa Telefónica ETI, el Gobierno Boliviano argumenta que al haber denunciado la Convención retiró su consentimiento arbitral, mientras que el Centro indicó que la renuncia de Bolivia se haría efectiva después de 6 meses<sup>110</sup>.

---

TRATAMIENTO-DEL-ARBITRAJE-EN-LA-NUEVA-CONSTITUCION-ECUATORIANA.pdf (fecha último acceso 2012/04/30)

<sup>108</sup> Constitución de la República Bolivariana de Venezuela

<sup>109</sup> Tomado de: <http://www.americaeconomia.com/economia-mercados/finanzas/conozca-los-principales-arbitrajes-que-venezuela-deja-pendientes-en-el-ci> (último acceso 05 de mayo de 2012)

<sup>110</sup> ZABALO, Patxi. Los acuerdos internacionales sobre inversión, otro obstáculo para el desarrollo de América Latina. Universidad del País Vasco / Euskal Herriko Unibertsitatea. Pág. 33

Mientras tanto el país sigue siendo sujeto de arbitrajes internacionales, en base a los TBI's vigentes.<sup>111</sup>

- Argentina: Es el país que enfrenta la mayor cantidad de demandas arbitrales, pues como consecuencia de la crisis económica y financiera sufrida a principios del Siglo XXI se tuvieron que tomar muchas medidas regulatorias que afectaron la propiedad de las empresas y por lo tanto de los inversionistas extranjeros. Tal es la cantidad de demandas que el Gobierno Argentino creó la Dirección Nacional de Asuntos y Controversias Internacionales, un órgano dependiente de la Procuraduría del Tesoro de la Nación para que se encargue del tema. También debido al gran número de demandas Argentina se convirtió en el caso de estudio pertinente para quienes quieren demostrar que el arbitraje internacional no ofrece seguridad jurídica al existir multiplicidad de criterios y fallos contradictorios.<sup>112</sup> La postura de Argentina frente a tan abrumador número de disputas ha sido acudir ante los arbitrajes y defenderse mediante el argumento del estado de necesidad, lo cual ha sido a la vez aceptado y rechazado por los tribunales sin que exista un precedente claro, y en el último tiempo el Gobierno de ese país ha iniciado un proceso de renegociación de contratos para evitar que los inversores acudan a instancias arbitrales<sup>113</sup>

---

<sup>111</sup> Por ejemplo en 2008 la empresa AEI Luxembourg Holdings S.àr. l. presentó una demanda en contra de Bolivia ante la Cámara de Comercio de Estocolmo

<sup>112</sup> RODRIGUEZ JIMÉNEZ, Sonia. El CIADI Frente a Argentina, México, Ecuador Y Bolivia, una Actualización. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. México. Pág. 200

<sup>113</sup> *Ibíd.*, Pág. 202

## 2.3. Laudos referenciales

En este apartado vamos a hacer un recuento de algunos procesos arbitrales en los que se han visto envueltos países latinoamericanos y que nos demuestran el desarrollo del concepto de expropiación indirecta en la región así como ciertos principios que nos pueden ayudar a establecer cuando estamos frente a una medida que rebasa los límites de una regulación estatal legítima.

### 2.3.1 Metalclad Corporation c. Estados Unidos Mexicanos<sup>114</sup>

#### **Antecedentes:**

Metalclad, una empresa estadounidense, llevó a México ante el CIADI, mediante el mecanismo complementario, alegando que a través de los Gobiernos seccionales del estado de San Luis de Potosí, y del Municipio de Guadalcázar el Estado mexicano había vulnerado sus derechos privándole de los beneficios económicos de su inversión lo que constituía una violación de las disposiciones del Capítulo Once sobre inversión del Tratado de Libre Comercio para América del Norte, en particular el artículo 1105 que obliga a cada parte a otorgar a las inversiones de inversionistas de otra parte, trato acorde con el derecho internacional, incluido trato justo y equitativo, y violaciones al artículo 1110 del mismo instrumento que prohíbe la expropiación indirecta.

La empresa había obtenido por parte del Gobierno Federal Mexicano los respectivos permisos para el desarrollo de una planta de tratamiento de desechos sólidos. Después de comprar el terreno donde dicho centro se iba a construir, el Gobierno Municipal de Guadalcázar ordenó la suspensión de la construcción en virtud de que era necesario obtener un permiso municipal para el efecto, a lo que la empresa respondió que al momento de obtener los permisos federales las autoridades le habían asegurado que esos eran los únicos permisos necesarios para el establecimiento del centro de procesamiento. La empresa hizo de nuevo la consulta y las autoridades federales aseguraron que el permiso municipal seguramente iba a ser concedido y que no había ningún inconveniente de que la construcción siguiera mientras el permiso se tramitaba.

---

<sup>114</sup> CASO No. ARB(AF)/97/1 Fecha del Laudo 30 de agosto de 2000 Texto completo disponible en: <http://italaw.com/documents/MetalcladAward-Spanish.pdf>

Aproximadamente un año después de realizada la solicitud, y cuando la construcción estaba por concluir el permiso fue negado por el Municipio aduciendo que la construcción no podía haber comenzado si el permiso exigido no había sido concedido. A más de eso y por presión popular el estado de San Luis Potosí declaró el área como zona protegida,

### **Resolución**

El laudo condenó a México, argumentando que el TLCAN no sólo previene las expropiaciones abiertas, si no también cubre interferencias incidentales en el uso de la propiedad, siempre que tengan el efecto de privar a su propietario, totalmente o de manera significativa, del uso o la percepción del beneficio económico razonablemente previsto, aún cuando el Estado no se beneficie con aquellas medidas.

También se sostuvo que al permitir o tolerar la conducta del Municipio de Guadalcázar que equivalió a un trato injusto e inequitativo, y por lo tanto, admitiendo la denegación del derecho de Metalclad para operar el centro, sin importar el hecho de que el proyecto había sido completamente aprobado y respaldado por el Gobierno federal, tenía que interpretarse que México adoptó una medida equivalente a una expropiación, violando así lo dispuesto en el Tratado.

El Tribunal también concluyó que existió falta de transparencia de parte del Estado, ya que no estaba claro si el inversor debía o no requerir autorización a nivel local además del permiso federal. El tribunal estimó que las consecuencias derivadas de esa falta de transparencia, justicia procesal y predictibilidad, debían ser asumidas por el Estado demandado.

Se consideró que la negativa del Municipio de otorgar el permiso constituía una interferencia que privaba al propietario de los beneficios de su inversión, y que la posterior constitución del área protegida en la que se incluía el predio propiedad de la empresa hacia que esa interferencia fuera permanente, por lo que esas medidas eran equivalentes a expropiación y el Estado mexicano fue condenado a indemnizar a la empresa

El elemento subjetivo de las medidas gubernamentales (el propósito de protección ambiental) no fue considerado en este caso, así como tampoco se analizó la diligencia del inversor evaluar el marco jurídico vigente al momento de realizar la inversión.

### **2.3.2. Técnicas Medioambientales Tecmed S. A. c. Estados Unidos Mexicanos<sup>115</sup>**

#### **Antecedentes**

La compañía Técnicas Medioambientales, TECMED S.A., era una sociedad mercantil constituida conforme al derecho español. Esta compañía llevó a México ante un Tribunal del CIADI alegando un incumplimiento de las normas del Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre los Estados Unidos Mexicanos y el Reino de España

La alegación de la demandante fue que su inversión consistente en un confinamiento de residuos peligrosos, había sido expropiada indirectamente como resultado de la decisión del Instituto Nacional de Ecología (INE) -un organismo perteneciente al Gobierno mexicano- de no renovar la autorización para operar el confinamiento.

La demandante sostuvo que en la compra de una serie de bienes e inmuebles, realizada por la empresa a la Promotora Inmobiliaria del Ayuntamiento de Hermosillo (Organismo Público Descentralizado Municipal del estado mexicano de Sonora), estaban incluidas no solo propiedades y bienes sino también los permisos de las autoridades locales y federales para la operación del confinamiento de residuos peligrosos.

México sostuvo que la promotora solo vendió bienes muebles e inmuebles, pero no incluyó ningún tipo de permiso o licencia para el confinamiento.

El demandante consideró violados los artículos relacionados con la promoción y admisión de inversiones, protección a las inversiones, trato justo y equitativo, tratamiento más favorable, trato nacional y prohibición de expropiación del TBI entre México y el Reino de España.

La demandante alegó que cuando no se renovó la autorización para el confinamiento de residuos peligrosos conocido como “las Víboras”, se causaron daños y perjuicios, y vinculó este acto expropiatorio a conductas anteriores de las autoridades locales y

---

<sup>115</sup> CASO No. ARB (AF)/00/2, Laudo de 29 de mayo de 2003 texto disponible en <http://italaw.com/documents/Tecnicas-Spanish.pdf>

federales, que facilitaron o prepararon el acto expropiatorio del Instituto Nacional de Ecología (INE). Esta Resolución privó al inversor del uso y goce de los inmuebles y muebles, y puso fin al negocio del confinamiento de residuos peligrosos, y cuando no se renovó la autorización se privó al demandante de los beneficios y la utilidad económica de su inversión.

México sostuvo que el INE estaba dotado de facultades discrecionales para otorgar autorizaciones y negar licencias, que estos actos estaban enmarcados en el Derecho Interno y no en el Derecho Internacional, y que la resolución fue una actividad legítima del Estado y no causó expropiación alguna.

### **Resolución**

El Tribunal, en este caso, acudió al concepto de expropiación de facto referido en el laudo *Metalclad vs. México*, donde se establece que la expropiación de facto de una inversión se da en situaciones en que los actos estatales o la legislación transfieren los bienes que objeto de la inversión a terceros distintos del Estado expropiador, o cuando dicha legislación o actos privan de tales bienes a los sujetos que los sufren, sin atribuirlos a terceros o al propio Estado. Señaló el Tribunal que medidas adoptadas por un Estado, de naturaleza regulatoria o no, revisten las características de una expropiación indirecta en su modalidad *de facto* si son irreversibles y de carácter permanente, y si los bienes o derechos alcanzados por tal medida han sido afectados de forma tal que toda manera de explotarlos ha desaparecido.

En su análisis el Tribunal definió lo que debe entenderse por la expresión "equivalente a expropiación" que se encuentra en muchos tratados internacionales referentes a la protección de inversiones y se pronunció en el sentido de que alude a la llamada "expropiación regulatoria" así como a la "expropiación de facto". Dijo también el tribunal que si bien estas distintas formas de expropiación tampoco se prestan a una definición clara o unívoca, se reconoce generalmente que se traducen a través de conducta o actos que no explicitan en sí mismos el objetivo de privar al sujeto pasivo de sus derechos o bienes, pero que en los hechos operan tal privación. También expresó que no necesariamente una expropiación de esta naturaleza tiene que manifestarse de forma gradual o creciente, sino que puede manifestarse a través de un sólo y único acto, o a través de actos muy próximos en el tiempo o simultáneos. Hizo también el tribunal una

diferenciación entre los tipos de expropiación indirecta, pero determinó que todos se engloban bajo ese concepto y que pueden configurarse a través de una amplia variedad de actos o medidas cuyo examen circunstanciado en cada caso concreto permitirá saber si alguna de tales formas se encuentra o no presente

También se hizo la precisión de que un acto regulatorio Per se no es expropiatorio y que tal característica se la determina por la magnitud de los efectos sobre la inversión y si como consecuencia la inversión queda totalmente neutralizada el inversionista debe ser compensado.

Con todos estos antecedentes se consideró que México expropió la inversión de la demandante y fue obligado a compensar

### **2.3.3. Marvin Roy Feldman Karpa c. Estados Unidos Mexicanos<sup>116</sup>**

#### **Antecedentes**

La Corporación de Exportaciones Mexicanas, S.A. (“CEMSA”), una compañía constituida en virtud de las leyes de México, de propiedad y bajo el control del Sr. Marvin Roy Feldman, ciudadano de los Estados Unidos de América, llevó a México ante un tribunal del CIADI alegando que este país había violado las disposiciones contenidas en el TLCAN en sus artículos 1102 y 1110

Los antecedentes de este caso son complejos pero básicamente tratan acerca de que una ley mexicana gravaba la producción y venta de cigarrillos en el mercado local y en ciertas circunstancias se aplicaba una tasa cero a los cigarros que se exportaban.

En base a ese mecanismo les tenían que ser devueltos a los exportadores los impuestos causados. Según el demandante un productor autorizado de cigarros en México, el señor Carlos Slim, protestó por las exportaciones del demandante y el Gobierno tomó medidas administrativas y aprobó una ley que impidió las devoluciones a la empresa del

---

<sup>116</sup> Caso No. ARB (AF)/99/1)66, laudo de 16 de diciembre de 2002, texto disponible en: [http://italaw.com/documents/feldman\\_mexico-award-spanish.pdf](http://italaw.com/documents/feldman_mexico-award-spanish.pdf)

inversionista en 1991. Esta afirmación fue rebatida por México alegando que la nueva legislación de 1991 había sido concebida para proporcionar devoluciones a las exportaciones efectuadas por productores de cigarros (tales como Cigatam, una empresa supuestamente controlada por Carlos Slim), pero a la vez para denegarlas en el caso de exportaciones realizadas por revendedores de cigarros, tales como CEMSA

En febrero de 1991, el Demandante interpuso un juicio de amparo ante los tribunales de México impugnando la constitucionalidad de las normas que le afectaban pues restringía la aplicación de la tasa impositiva del 0% únicamente a los productores y envasadores. En el amparo se argumentó que "estas medidas violaban el principio constitucional de "equidad tributaria". Este amparo fue concedido en parte. Posteriormente se realizaron reformas que en primera instancia permitieron al demandante acogerse a los beneficios de la tasa impositiva cero pero que a la postre, y con nuevas reformas legislativas de por medio, le impidieron seguir ejerciendo el negocio de exportación de cigarrillos por no cumplir con los requisitos legales.

Posteriormente la Corte Suprema de Justicia le dio la razón al inversionista por lo que este de nuevo comenzó a recibir las devoluciones de impuestos que reclamaba, y siguió siendo partícipe de dicho beneficio durante muchos años hasta que nuevamente un cambio legislativo determinó que los revendedores de tabacos no podían acogerse al beneficio de la devolución de impuestos impidiendo de manera definitiva y permanente que el inversionista reciba las devoluciones de los tributos.

Cansado de lidiar con las autoridades y alegando que había recibido un trato discriminatorio pues, al menos dos empresas más se encontraban en su misma situación, el inversionista decidió acudir al arbitraje internacional.

### **Resolución**

Después del análisis de los hechos y las normas aplicables el tribunal estableció que no todo problema comercial que experimente un inversionista extranjero constituye un caso de expropiación indirecta conforme al Artículo 1110, o una denegación del principio de legalidad o de un trato justo y equitativo conforme al Artículo 1105 del TLCAN. Se hizo referencia a un laudo anterior del caso Azinian c. México que estableció que: *"Es una circunstancia ordinaria de la vida en todo lugar que las personas puedan decepcionarse en sus tratos con las autoridades públicas (...) podemos tener la certeza de que existen*

*muchas empresas mexicanas que han tenido relaciones comerciales con entidades gubernamentales las cuales no han concluido a su satisfacción...*” (Robert Azinian y Otros c. los Estados Unidos Mexicanos, Laudo Arbitral del 1º de noviembre de 1999, par. 83, 14 ICSID Review. FILJ 2, 1999.)

Así se determinó que no toda la actividad reglamentaria del Gobierno que le dificulta o imposibilita a un inversionista llevar a cabo un determinado negocio, ni todo cambio en la legislación o en la aplicación de leyes existentes que torna antieconómico continuar un determinado negocio constituyen una expropiación conforme al Artículo 1110 del TLCAN.

El Tribunal expresó que *“En el ejercicio de sus poderes regulatorios, los gobiernos frecuentemente cambian sus leyes y regulaciones en respuesta a los cambios que se producen en las circunstancias económicas o en los aspectos políticos, económicos o sociales. Estos cambios bien pueden tornar algunas actividades menos rentables o inclusive antieconómicas. En este caso, es innegable que el Demandante ha experimentado grandes dificultades en su relación con funcionarios de la administración y, en ciertos aspectos, ha sido tratado de una forma menos que razonable, pero el trato dispensado de acuerdo con las circunstancias de este caso no llega a constituir una violación del derecho internacional”*

Se estableció que, lamentablemente, las autoridades fiscales en la mayoría de los países no actúan siempre en forma consistente y predecible, y que las normas que se aplicaron fueron medidas impositivas generales. Además se indicó que como en la mayoría de los regímenes fiscales, las leyes fiscales se utilizan como instrumentos de política pública así como de política fiscal, y mientras que ciertos contribuyentes se ven inevitablemente favorecidos, otros se ven menos favorecidos o incluso perjudicados.

De igual manera el tribunal expresó que el demandante podría haber utilizado antes los procedimientos disponibles conforme al derecho mexicano para obtener un fallo formal y vinculante sobre el tema.

De esta manera se determinó que no existió ninguna medida expropiatoria y que el Estado no tenía la obligación de compensar.

### 2.3.4. Metalpar S.A. y Buen Aire S.A c. República Argentina<sup>117</sup>

#### Antecedentes

Metalpar S.A. y Buen Aire S.A. eran dos compañías constituidas en la República de Chile, que llevaron al Estado argentino ante un tribunal del CIADI en base a una serie de supuestos efectos adversos que habrían tenido las medidas económicas adoptadas por las autoridades de la República Argentina, a fines del 2001 y comienzos del año 2002, sobre las inversiones realizadas por las Demandantes en una empresa de fabricación de carrocería para vehículos para el transporte público.

La demanda se basó en la invocación de las disposiciones del Tratado celebrado en 1991 entre la República Argentina y la República de Chile, sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, vigente desde el 1º de enero de 1995.

Según las compañías demandantes, desde 1997 adquirieron el paquete accionario total de una compañía argentina y a través de esta compañía comenzaron sus operaciones comerciales en ese país.

A partir del año 2001 y respondiendo a una de las crisis económicas más graves de su historia, el Gobierno argentino promulgó una serie de normas que imponían a la población varias restricciones, entre ellas restricciones transitorias para los retiros de dinero en efectivo y las transferencias al exterior, así como la exportación de billetes y monedas extranjeras y reformas emergentes al régimen cambiario que hasta ese momento se basaba en la convertibilidad y la paridad del tipo de cambio. Lo que se llamó popularmente la “pesificación”.

Alegaron, en síntesis, que las medidas adoptadas violaban abiertamente el TBI que garantizaba la libertad de transferencias y que la “pesificación”, que dispuso que las obligaciones pactadas en dólares de los Estados Unidos de América debían obligatoriamente convertirse a pesos argentinos y facultó al Poder Ejecutivo a establecer el sistema que determinaría la paridad cambiaria entre el peso argentino y las divisas extranjeras, también violaba el Tratado.

Esto porque como consecuencia de dicha “pesificación” los deudores fueron autorizados a pagar sus obligaciones en pesos argentinos al nuevo valor de mercado, que implicó

---

<sup>117</sup> CASO CIADI NO. ARB/03/5 laudo de fecha 6 de junio del 2008, texto disponible en <http://italaw.com/documents/Metalpar-awardsp.pdf>

una desvalorización superior al 300% del peso con relación al dólar y esto implicaba una expropiación o medida similar en sus efectos sobre los créditos en moneda extranjera que resultaba ilegítima e infringía abiertamente las normas del TBI. La parte demandante esbozó un concepto de expropiación indirecta según el cual esta se presenta cuando las medidas estatales no sustraen física ni jurídicamente el derecho o bien de su titular, sino que reducen de forma relevante el haz de facultades que implica esa titularidad, o merman significativamente su valor económico y que en la “pesificación” del crédito por un acto de alcance general, emanado de una autoridad, la confiscación adquiriría el carácter de confiscación “indirecta”.

Según Argentina las medidas cuestionadas por las Compañías Demandantes estaban autorizadas por el TBI, el Derecho argentino y el Derecho Internacional general. Además Argentina afirmó que la configuración de una expropiación de la inversión de las demandantes era imposible, pues dicha inversión al momento de presentarse la controversia medida en dólares estadounidenses valía mucho más.

En opinión de Argentina, las medidas fueron adoptadas con base en los principios de razonabilidad, buena fe y proporcionalidad. Agregó la República Argentina que la necesidad y razonabilidad de las medidas adoptadas han sido ratificadas por la jurisprudencia internacional, y que el estado de necesidad también ha sido reconocido por el Derecho Internacional general. Además alegaron que las demandantes se beneficiaron de dichas medidas porque su inversión vale mucho más de lo que hubiera valido de no haberse adoptado las medidas.

### **Resolución**

El Tribunal consideró por un lado que las medidas estatales para ser consideradas expropiatorias debían contener un impacto económico severo, lo suficientemente grave para generar una compensación por expropiación. Citó precedentes en los que se había denegado la compensación porque no se afectó la totalidad del valor económico de de la inversión. Si la inversión se mantiene operativa y sigue reportando beneficios así estos disminuyan como consecuencia de las medidas estatales no se puede establecer que ha existido expropiación y por tanto tampoco se puede obligar al Estado a compensar.

Además Argentina demostró que los demandantes jamás perdieron control sobre su inversión, e incluso siguieron ejerciendo sus actividades comerciales, llegando a aumentar sus beneficios. Por tanto se estableció que no hubo expropiación indirecta en este caso.

Acerca del estado de necesidad que Argentina esgrimió como defensa el Tribunal evitó pronunciarse ya que se determinó que las medidas no afectaron la inversión de una manera decisiva por lo que era innecesario analizar la pertinencia de dicho argumento.

El Tribunal se pronunció al respecto mencionando que: *“La autopreservación es uno de los deberes fundamentales que tienen los gobiernos de los países. Desaparecido el gobierno, sobrevienen el caos y enormes penurias para los habitantes de la nación. En este caso concreto, como ya lo ha expresado anteriormente, el Tribunal está convencido de la gravedad de la crisis que sufrió Argentina a finales del año 2001 y principios de 2002. Según se reseñó, hubo entonces, y todavía hoy persiste, la discusión sobre si las medidas que tomaron en esa época los gobernantes de la República Argentina fueron las adecuadas o no y si se dictaron oportunamente. También expresó el Tribunal en párrafos anteriores que la definición de ese asunto excede su ámbito de acción y, además, es innecesaria para resolver la disputa que existe entre las partes”*.

## 2.4. La Expropiación Indirecta y La Responsabilidad Estatal

Si hablamos de responsabilidad estatal de inmediato nos viene a la mente que la misma puede ser contractual o extracontractual, dependiendo de si nace con motivo del incumplimiento del Estado de obligaciones contraídas, o de lo contrario que el Estado esté obligado a responder por hechos de personas que estén bajo su dependencia o de las cosas de que se sirve.<sup>118</sup>

La Teoría tradicional -que de hecho sigue teniendo gran coherencia al aplicarse en el ámbito interno de un Estado- dice que cuando la responsabilidad venga de la actuación del Estado en el campo del Derecho Civil o mercantil, la responsabilidad se determina según las reglas del Derecho privado, como las contenidas en el Código Civil, mientras que cuando la causa generadora de la responsabilidad fuera la actuación estatal dentro del campo de la actuación administrativa, o en ocasión de la misma, la reparación se regirá por principios de Derecho Público.<sup>119</sup>

Algunos autores intentan hacer un análisis respecto a si la expropiación indirecta genera responsabilidad contractual o extracontractual, planteando algunas cuestiones como por ejemplo si es que con el acto considerado expropiatorio se viola un contrato vendría a generarse una responsabilidad de tipo contractual.<sup>120</sup> sin embargo considero que tal distinción es válida para el Derecho interno y resulta inadecuada e inútil en el Derecho Internacional de Inversiones, pues como ya vimos, las inversiones que están amparadas por un tratado internacional gozan del beneficio de las cláusulas paraguas o “umbrella clauses” que convierten las violaciones contractuales en violaciones al tratado y por tanto generan responsabilidad internacional, y no solo eso, existen principios en Derecho Internacional Público que no hacen tal distinción sino juzgan los actos estatales en función de su apego a los principios y obligaciones del Derecho Internacional, por lo que un acto lícito en el derecho interno perfectamente puede constituirse en un acto ilícito para el Derecho Internacional.

---

<sup>118</sup> ALTAMIRA GIGENA, Julio Isidro. La responsabilidad estatal por daño. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Pág. 1.

<sup>119</sup> *Ibíd*, Pág 2

<sup>120</sup> MARMOLEJO GONZÁLEZ, Crispulo. Expropiaciones Regulatorias y Tratados de Protección de Inversiones ( Regulatory Takings and Bilateral Investment Treaties). The Selected Works of Crispulo Marmolejo González. 2007. Págs. 82 y 83

Y es que las políticas regulatorias ejercitadas en ejercicio del poder de Imperio del Estado, aún sin ser arbitrarias, pueden tener las mismas consecuencias que actuaciones irrazonables o discriminatorias. Esto es evidente por ejemplo en casos de normas de protección ambiental tal y como sucedió en el caso Compañía del Desarrollo de Santa Elena contra Costa Rica, en el que establecimiento de estas normas generó la obligación al Estado de compensar la expropiación.<sup>121</sup>

Estos principios no sólo se contemplan en la costumbre sino que están plasmados en un instrumento elaborado por la comisión de Derecho Internacional de la ONU<sup>122</sup> que en su artículo 1 dice *“Todo hecho internacionalmente ilícito de un Estado dará lugar a la responsabilidad internacional de éste”* y además menciona en su artículo 2 los elementos del hecho internacionalmente ilícito del Estado: *“Existe hecho internacionalmente ilícito de un Estado cuando un comportamiento consistente en una acción u omisión: (a) es atribuible según el Derecho Internacional al Estado y (b) constituye una violación de una obligación internacional del Estado.”*

Pero para que pueda existir un incumplimiento de obligaciones por parte del Estado debe existir una obligación internacional primaria, que en el Derecho Internacional de Inversiones las podemos entender por ejemplo por las obligaciones que asumen los Estados con respecto a los inversionistas y que a la vez se convierten en derechos que los inversionistas pueden reclamar contra el Estado ante tribunales internacionales, como la obligación de no expropiar el “trato justo y equitativo” y el “trato no discriminatorio, ni arbitrario”<sup>123</sup>

La Comisión de Derecho Internacional (CDI) señala en los comentarios del instrumento anteriormente referenciado, que las reglas de responsabilidad de los Estados se refieren *“... a las condiciones generales de derecho internacional bajo las cuales se considera a*

---

<sup>121</sup> BOHOSLAVSKY, Juan Pablo. Tratados de protección de las inversiones e implicaciones para la formulación de políticas públicas (especial referencia a los servicios de agua potable y saneamiento). CEPAL – Colección Documentos de proyectos. LC/W.326. Julio de 2010. Pág. 58

<sup>122</sup> Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos. 53Vo periodo de sesiones (2001) disponible en <http://www.un.org/spanish/law/ilc/a5610.pdf> (último ingreso 30 de abril 2012)

<sup>123</sup> GORDILLO, Agustín. La responsabilidad del Estado y de sus concesionarios y Licenciarios. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo 1, Parte General 10ª ed., Buenos Aires, F.D.A., 2009. Pág. 37

*un Estado responsable por la realización de actos u omisiones ilícitas y las consecuencias legales que de ello derivan...*<sup>124</sup>

Así para analizar si el Estado ha cumplido o incumplido la obligación se deben considerar situaciones como:<sup>125</sup>

- Determinar las circunstancias en las que la conducta sea atribuible a un Estado como sujeto de derecho Internacional
- Durante qué periodo de tiempo se ha incumplido con la obligación internacional de un Estado
- La relación legal que surge cuando el Estado realiza un hecho internacional ilícito respecto a la cesación del hecho y la terminación del daño causado

Otros principios que se establecen para determinar la responsabilidad del Estado ante un hecho ilícito son algunos que ya hemos visto como por ejemplo que son actuaciones imputables al Estado como sujeto de Derecho Internacional:

- los actos cometidos por las administraciones de sus subdivisiones territoriales
- la conducta de los órganos que componen el aparato gubernamental
- las conductas de personas e entidades que ejerzan autoridad
- la conducta de órganos o personas que actúan en con exceso de atribuciones o en contra de instrucciones.
- Las actuaciones de personas que son dirigidas o controladas por el Estado
- la conducta llevada en ausencia o por falta de autoridades oficiales, cuando son personas ajenas al Estado pero ejercitando elementos de poder público
- la conducta de movimientos de insurrección si es que estos llegan a tomar el poder y formar Gobierno

A esto habría que agregar que es inadmitido en el Derecho Internacional que el Estado oponga una norma de Derecho interno o falta de control sobre quienes ejercen potestades públicas para eludir sus responsabilidades internacionales, pues como vimos

---

<sup>124</sup> *Ibíd.* Pág. 5

<sup>125</sup> *Ibíd.* Pág. 5

lo que interesa es determinar la licitud o no de una actuación del Estado a la luz del Derecho Internacional.

Y cuando un tribunal determina que el Estado es responsable de indemnizar a un inversionista con apego al Derecho Internacional de Inversiones está determinando también que el Estado ha actuado ilícitamente, y que existen normas supranacionales que están por encima de las potestades legislativas de un Estado, y en este punto algo que no nos debería resultar extraño, la jurisprudencia tampoco es consistente.

## CAPÍTULO 3

### MARCO DOCTRINARIO DE LA EXPROPIACIÓN INDIRECTA

Siguiendo la secuencia de este trabajo, hemos visto como se desarrolla el concepto de expropiación en la legislación internacional, hemos también visto el contexto en el que se resuelven disputas sobre expropiación y hemos analizado fallos arbitrales que han sido relevantes en nuestra región para el desarrollo del concepto de este objeto jurídico. Como ya hicimos referencia estamos aún lejos de llegar a un criterio unificado que se refleje en la jurisprudencia y permita establecer una base sólida de precedentes que guíen la consolidación de esta institución.

Es así que en este capítulo, vamos a echar mano de algunos elementos para tratar de llegar a una definición de la expropiación indirecta.

#### 3.1. Noción de Propiedad

La Propiedad ha sido definida tradicionalmente como: *“el derecho en virtud del cual una cosa se halla sometida, de modo perpetuo y exclusivo a la acción y voluntad de una persona”*<sup>126</sup>, sin embargo este concepto es arcaico y limitado pues actualmente se acepta que el Derecho de propiedad no es de carácter absoluto, y más bien nos acercamos más al concepto de propiedad como función social, pues se considera que el Estado y otras entidades públicas deben tener mayor injerencia en la regulación y limitación de la propiedad individual, lo que se puede traducir en que la propiedad pertenece al individuo pero este debe usar, gozar y disponer de la propiedad considerando el bien común y

---

<sup>126</sup> LARREA HOLGUÍN, Juan. Manual Elemental de Derecho Civil del Ecuador. Corporación de Estudios Y Publicaciones. 2006. Quito, Ecuador. Pág. 216

limitando razonablemente sus poderes en consideración del beneficio de la colectividad<sup>127</sup>

Y actualmente la doctrina va más allá, al punto que se ha llegado a redefinir el concepto de propiedad, a partir de teorías económicas como el “Teorema de Coase” propuesta por el economista Robert Coase en los años sesenta, que dio origen a la doctrina de los “property rights” y que entre otras cosas establece que pueden existir no uno, sino una pluralidad de derechos sobre una cosa y que los mismos pueden confluír relacionándose, pues pueden existir distintos tipos de titularidades sobre la propiedad como por ejemplo la titularidad pública, comunal, privada plena, privada limitada etc., y estas titularidades pueden contener en distintos grados las facultades inherentes a la propiedad de usar, gozar y disponer.<sup>128</sup>

Esta nueva corriente doctrinaria se debe principalmente a una teoría económico-legal llamada “análisis económico del derecho” o “law & economics”, surgida en Estados Unidos en la segunda mitad del Siglo XX que constituye un área de estudio sobre los efectos económicos de las normas jurídicas. Debido a que muchas veces los conceptos legales y los económicos son diametralmente distintos este es un intento de hacer un análisis interdisciplinario del tema.

Esta doctrina se aleja del conceptualismo legal que tradicionalmente estudia el derecho de propiedad en base a la relación de las personas con respecto a las cosas y cuyo principal propósito es determinar quien es dueño y quien no lo es de algo y el cómo no perder ese derecho, mientras que la teoría de los “property rights” propone que el concepto de “derecho” ha sido utilizado de forma indiscriminada y muchas veces se utiliza para describir relaciones que no constituyen un derecho sino un privilegio, una inmunidad o un cierto poder sobre una cosa<sup>129</sup>, por lo que el concepto tradicional de derecho de la propiedad se vuelve ineficiente a la luz del desarrollo económico actual, y por tanto para responder a ese desarrollo se debe estudiar la asignación eficiente de los derechos de propiedad y de los costos de transacción.

---

<sup>127</sup> *Ibíd.*, Pág. 217

<sup>128</sup> MARMOLEJO GONZÁLEZ, Crispulo. Expropiaciones Regulatorias y Tratados de Protección de Inversiones ( Regulatory Takings and Bilateral Investment Treaties). The Selected Works of Crispulo Marmolejo González. 2007. Págs. 6 y 7

<sup>129</sup> *Ibíd.*, Pág. 8

En ese sentido se han propuesto algunas clasificaciones, CALABRESI & MELAMED<sup>130</sup> exponen que los derechos de propiedad deben clasificarse de tres formas: “*derechos protegidos por reglas de propiedad; derechos protegidos por reglas de responsabilidad y derechos inalienables*”, haciendo la precisión de que un derecho está “protegido por reglas de propiedad” en la medida en que quien desee quitarle el derecho a su titular debe comprárselo en una transacción voluntaria en la que el valor del derecho es aceptado por quien lo enajena. Esta es la forma de titularidad que da pie a la menor cantidad de intervención estatal: “*una vez decidida la titularidad original del derecho, el Estado no intenta disminuir su valor*”<sup>131</sup>

Así una definición más acorde con las doctrinas que están redelineando estos conceptos sería la propuesta por el profesor GERMAN COLOMA<sup>132</sup> que dice: “*los derechos de propiedad son derechos que crean una relación directa entre las personas (sujeto del derecho) y determinados activos intangibles (objeto del derecho)*”. Esta sucinta definición abarca ciertamente muchas más realidades pues acepta que pueden existir varios tipos de titularidad sobre una cosa, que esas titularidades pueden configurarse de distintas maneras, y que se pueden ejercer sobre distintos tipos de bienes, no solo físicos.

Es importante familiarizarnos un poco con esta visión más amplia de la propiedad, pues la doctrina del análisis económico del Derecho se ha filtrado de manera significativa hacia el Derecho Internacional de Inversiones, y está empezando a ser importante en los ordenamientos jurídicos latinoamericanos<sup>133</sup>, aunque pueda resultar extraña a la teoría tradicional civilista.

---

<sup>130</sup> *Ibíd.*, Pág. 9

<sup>131</sup> *Ibíd.*

<sup>132</sup> *Ibíd.*, Pág. 11

<sup>133</sup> La Constitución de Ecuador habla en su Capítulo Sexto, Sección Segunda, de Tipos de propiedad y el artículo Art. 321 dice: *El Estado reconoce y garantiza el derecho a la propiedad en sus formas pública, privada, comunitaria, estatal, asociativa, cooperativa, mixta, y que deberá cumplir su función social y ambiental.*

### 3.2. Noción de Expropiación Directa

Conforme ha evolucionado el concepto de propiedad, también se ha establecido la idea de que el dominio sobre una cosa no implica un derecho absoluto, carácter que se le atribuía en el Derecho Romano<sup>134</sup>, sino que tiene ciertos limitantes que sobre todo tienen que ver con el interés público.

Tradicionalmente las restricciones a la propiedad se han dividido en restricciones legales de utilidad pública y restricciones de utilidad privada. Las primeras referentes a la seguridad nacional, salubridad, ornato público, defensa nacional, patrimonio artístico y natural, restricciones para el uso de recursos naturales, regulación de precios rentas y tarifas entre otras, mientras que las restricciones de utilidad privada tienen que ver con el concepto de abuso del derecho que excede manifiestamente los límites impuestos por la buena fe, las buenas costumbres, o el fin económico y social de ese derecho.<sup>135</sup> La expropiación vendría a incluirse dentro de las restricciones legales de utilidad pública.

La expropiación consiste en una restricción al dominio que pertenece al ámbito del Derecho Público y dentro de éste al Derecho Administrativo<sup>136</sup>, se la puede definir como *“...el instituto de Derecho Público mediante el cual el Estado, para el cumplimiento de un fin de utilidad pública, priva coactivamente de la propiedad de un bien a su titular, siguiendo un determinado procedimiento y pagando una indemnización previa, en dinero, integralmente justa y única”*<sup>137</sup>

En el Derecho Internacional de Inversiones implica la más severa de las intervenciones estatales en la propiedad o disfrute de una inversión. Se acepta que los Estados gozan del derecho soberano a expropiar por razones de interés público, pero la expectativa del

---

<sup>134</sup> LARREA HOLGUÍN, Juan. Manual Elemental de Derecho Civil del Ecuador. Corporación de Estudios Y Publicaciones. 2006. Quito, Ecuador. Pág. 19

<sup>135</sup> *Ibíd.* Pág. 226

<sup>136</sup> GRANJA GALINDO, Nicolás. Fundamentos Derecho Administrativo. Universidad Técnica Particular de Loja. Loja. 1999. Pág. 267

<sup>137</sup> GRANATO, Leonardo. Derecho Internacional, Protección del Inversor Extranjero y Acuerdos Bilaterales, QUO VADIS?. Universidad Eafit. Vol 43. Nro. 148. Medellín - Colombia Pág. 36

inversor es destruida si no se lo compensa, por eso los tratados internacionales establecen las reglas para expropiar y sus consecuencias.<sup>138</sup>

Ya en la Declaración de los Derechos del Hombre y del ciudadano en 1789 se estableció que: *“la propiedad es inviolable y sagrada, nadie puede ser privado de ella, salvo cuando la necesidad pública, legalmente reconocida, lo exija evidentemente, y a condición de una justa y previa indemnización”*<sup>139</sup>, este principio protector de la propiedad privada no impide que el Estado la expropie pero exige que dicha afectación sea justamente compensada, este postulado es recogido con la misma esencia en las normas fundamentales de casi todos los países del mundo así nuestra Constitución en su Art. 323 dispone:

*“Con el objeto de ejecutar planes de desarrollo social, manejo sustentable del ambiente y de bienestar colectivo, las instituciones del Estado, por razones de utilidad pública o interés social y nacional, podrán declarar la expropiación de bienes, previa justa valoración, indemnización y pago de conformidad con la ley. Se prohíbe toda forma de confiscación”*

Del mismo modo la Constitución chilena en su Art. 19, numeral 24 incisos 4 y 5 establece:

*“Nadie puede, en caso alguno, ser privado de su propiedad, del bien sobre que recae o de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio, sino en virtud de ley general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de interés nacional, calificada por el legislador. El expropiado podrá reclamar de la legalidad del acto expropiatorio ante los tribunales ordinarios y tendrá siempre derecho a indemnización por el daño patrimonial efectivamente causado, la que se fijará de común acuerdo o en sentencia conforme a derecho por dichos tribunales.*

*A falta de acuerdo, la indemnización deberá ser pagada en dinero efectivo al contado.*

*La toma de posesión material del bien expropiado tendrá lugar previo pago del total de la indemnización, la que, a falta de acuerdo, será determinada provisionalmente por peritos en la forma que señale la ley. En caso de reclamo acerca de la procedencia de la expropiación, el juez*

---

<sup>138</sup> BOHOSLAVSKY, Juan Pablo. Tratados de protección de las inversiones e implicaciones para la formulación de políticas públicas (especial referencia a los servicios de agua potable y saneamiento). CEPAL – Colección Documentos de proyectos. LC/W.326. Julio de 2010. Pág. 36

<sup>139</sup> Declaración de Derechos del hombre art 17 disponible en : <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhum/cont/30/pr/pr23.pdf>

*podrá, con el merito de los antecedentes que se invoquen, decretar la suspensión de la toma de posesión.”*<sup>140</sup>

La justificación de esta institución está dada por las diferentes teorías acerca de la naturaleza del derecho de propiedad, complementadas por las teorías que explican las facultades del Estado para actuar dentro de su jurisdicción, por ejemplo para algunos la expropiación se justifica por el dominio eminente del Estado sobre todos los bienes que en él se hallen en razón del bien común que lo gerencia<sup>141</sup>. Esta “Teoría del dominio eminente” surgió en el Estado feudal como la facultad “ius eminens” del soberano sobre los súbditos, es decir la existencia de un derecho superior para los soberanos sobre el derecho de propiedad de los súbditos. En los Estados actuales esta teoría se presenta como la expresión del ejercicio de la soberanía interna, y da al Estado la facultad de quitar la propiedad privada cuando el interés público así lo exige.

### **3.2.1 Función Social de la Propiedad**

Otra de las ideas que justifica la intervención estatal en el derecho de propiedad de los particulares es la “función social de la propiedad” entendida esta como el empleo o uso racional de la propiedad en armonía con los intereses colectivos; o el producto de una compatibilización entre el dominio y el bien común.<sup>142</sup>

Aunque a la luz de nuevas hipótesis, pueda parecer que la Doctrina de la función social se encuentra superada, la misma sigue teniendo vigencia en los sistemas jurídicos latinoamericanos y su aplicación por los tribunales de justicia sigue siendo generalizada.

Con el nacimiento de la idea de los Derechos Humanos surgió la concepción de que la propiedad era un derecho absoluto, ilimitado y completamente inviolable, sin embargo este concepto de propiedad resultaba incompatible con la vida en sociedad.

---

<sup>140</sup> Constitución Política de la República de Chile

<sup>141</sup> GRANJA GALINDO, Nicolás. Fundamentos Derecho Administrativo. Universidad Técnica Particular de Loja. Loja. 1999. Pág. 265

<sup>142</sup> CANTEROS RIVAS, Daniel. De la Expropiación Indirecta y el Derecho a Indemnización. Universidad de Concepción. Chile. Disponible en: [http://congresoconstitucional.cl/wp-content/uploads/2010/08/Daniel-Canteros\\_1252880409.pdf](http://congresoconstitucional.cl/wp-content/uploads/2010/08/Daniel-Canteros_1252880409.pdf). Pág. 6.

El concepto de función social tiene profundas raíces en la Doctrina Social de la Iglesia Católica. A través de algunas encíclicas papales<sup>143</sup> se fue desarrollando el concepto de que la propiedad es un derecho natural de la persona humana, pero que tiene que ser ejercitado para el beneficio propio y de los demás, estableciéndose también el principio de que la función social de la propiedad hacía necesaria su repartición equitativa y disfrute por toda la sociedad.

Se ha considerado también que esta teoría es un punto de conciliación entre el capitalismo y el socialismo, pues éste último en su versión clásica, asigna a la propiedad un concepto más apegado a una función que a un derecho individual, por lo que en los sistemas modernos aunque no deja de ser un derecho se reconoce que ese derecho debe instrumentarse con función social. Se razona también que la función social de la propiedad tiene un aspecto interno y otro externo, siendo el primero el ejercicio social del derecho en busca del máximo provecho particular, contribuyendo por esa vía al beneficio de la colectividad; mientras que el aspecto externo se refiere al ejercicio de este derecho de manera que no perjudique a terceros ni afecte la armonización con los derechos de los demás<sup>144</sup>

### 3.2.2 Doctrina de los “property rights”

Dentro del marco del estudio económico del Derecho y de la doctrina de los “property rights” los derechos de propiedad son vistos desde un enfoque económico y sirven para definir el carácter de los agentes en el mercado. Según ésta, la signación de los derechos de propiedad y de los costos debe ser eficiente. El “Teorema de Coase” explica que esa eficiencia de asignación se alcanza cuando los costos de transacción de los derechos de propiedad equivalen a cero. Cuando esa eficiencia no se alcanza es cuando debe entrar la regulación estatal para corregir. Por lo tanto la regulación de la propiedad se considera en función de como puede corregir las inequidades e ineficiencias en la asignación. Para

---

<sup>143</sup> . La encíclica *Rerum Novarum* del Papa León XIII de 1891. La encíclica *Quadragesimo Anno* del Papa Pío XII de 1931 donde se reiteró el origen natural del derecho de propiedad privada, analizando y aclarando además, el fundamento de su función social. Y la encíclica del Papa Juan XXIII *Mater et Magistra* del año 1961.

<sup>144</sup> MARÍN ODIO, Andrea. Las distintas formas de expropiación antijurídica de Inversión en el Derecho Internacional: Un análisis para Costa Rica. Tesis de grado. Universidad de Costa Rica. Facultad de Derecho. Pág. 56

definir políticas correctas de regulación se debe actuar teniendo en cuenta el impacto de los derechos de propiedad sobre las externalidades, los bienes públicos y el ingreso.<sup>145</sup>

### 3.2.3 Expropiación y figuras análogas

Generalmente la expropiación se da mediante un acto administrativo, al que lo precede una declaratoria de utilidad pública debidamente motivada. La expropiación implica reconocimiento del derecho de propiedad del expropiado, restituyéndole el valor de la cosa que se pierde. La expropiación por tanto constituye una transferencia formal del título de propiedad.

Desde ya podemos decir que una de las principales diferencias entre una expropiación formal y directa y una expropiación indirecta es que en la primera existe una transferencia de dominio, mientras que en la segunda existe una pérdida de los beneficios económicos a pesar de que el propietario conserva formalmente la propiedad de la cosa. Existen figuras similares a la expropiación, que en ocasiones llegan a confundirse con ésta o entre ellas, sin perjuicio de que los términos sean usados indistintamente y que cada legislación conceptualice de diferente manera a estas instituciones jurídicas. En estas figuras también existe una transferencia de dominio, esta es una breve descripción de las mismas:

- **Nacionalización**: Formalmente es una expropiación pero con características particulares. Se la puede definir como la actuación de un Gobierno en pos de incorporar al acervo nacional bienes y medios económicos haciéndose cargo de su administración y explotación, previa indemnización a los propietarios desposeídos<sup>146</sup>. Se ejecuta como un acto gubernativo de alto nivel, en cumplimiento de alguna política económica o de Estado, por eso también podemos decir que es un fenómeno jurídico-político en el que un Estado priva a particulares, pueden ser nacionales pero generalmente son extranjeros, de sus

---

<sup>145</sup> MARMOLEJO GONZÁLEZ, Crispulo. Expropiaciones Regulatorias y Tratados de Protección de Inversiones ( Regulatory Takings and Bilateral Investment Treaties). The Selected Works of Crispulo Marmolejo González. 2007. Pág. 12

<sup>146</sup> MORENO RODRÍGUEZ, Rogelio. Diccionario Jurídico. La Ley. Buenos Aires 1998. Citado por GRANATO, Leonardo en Derecho Internacional, Protección del Inversor Extranjero y Acuerdos Bilaterales, QUO VADIS? Pág. 36

bienes (casi siempre empresas) por tener interés de que estén bajo su control directo,<sup>147</sup> haciéndose cargo por tanto el Estado de su administración.

- Requisición: A esta figura la podríamos definir como una expropiación de carácter temporal. Es un procedimiento administrativo unilateral de cesión forzada de bienes que implica una limitación a la propiedad privada, principalmente de bienes muebles, para satisfacer urgentes propósitos de utilidad pública. En esta figura no se hace necesaria la declaratoria previa de utilidad pública porque es utilizada en casos extremos de urgencia y conmoción social, como por ejemplo en el evento de una guerra<sup>148</sup>. Esta figura lleva implícita la obligación de la Administración de indemnizar al propietario, y a la devolución de los bienes en el caso de que no sean estos fungibles.
- Confiscación: La confiscación constituye “el desapoderamiento de los bienes de una persona, que pasan al poder del Estado sin compensación alguna”<sup>149</sup> La confiscación antiguamente consistía en una toma de las propiedades de los súbditos por parte de los soberanos. También ha constituido un castigo o una pena por la comisión de delitos, por lo que muchas veces se confunde con la figura del comiso o decomiso. La confiscación es directa y comprende una transferencia de dominio, aunque se ha establecido que ciertas actuaciones del Estado puedan tener efectos confiscatorios, como por ejemplo los tributos excesivos o medidas que desvaloricen totalmente un bien, en este caso se puede establecer una equivalencia con la expropiación indirecta. Actualmente la confiscación es prohibida por la legislación de muchos países por ser lesiva a los derechos constitucionales.
- Comiso: Es una figura que parte de la noción de que nadie debe beneficiarse de sus acciones ilícitas, tiene su origen en la figura de la degradación cívica que era la pérdida de todos los derechos, incluido el de propiedad, como consecuencia de

---

<sup>147</sup> NAVA NEGRETE, Alfonso. La Requisición Administrativa. Revista de Estudios de Derecho. Justicia Administrativa en México e Iberoamérica. Num. 1. México. Diciembre de 2001. Pág. 434

<sup>148</sup> GRANJA GALINDO, Nicolás. Fundamentos Derecho Administrativo. Universidad Técnica Particular de Loja. Loja. 1999. Pág. 269

<sup>149</sup> DROMI, Roberto. Derecho Administrativo, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires-Madrid, 2004. p. 732. Citado por: VITERI TORRES, Cristina Valeria en: Delimitación del concepto de expropiación en la aplicación de los Tratados Bilaterales de Inversiones.

la comisión de un delito grave como la alta traición<sup>150</sup>. Con el tiempo se limitó esta figura a los instrumentos y objetos del delito, incluyéndose posteriormente también el producto del delito<sup>151</sup>. El decomiso entonces se constituye en el traspaso de bienes que hayan sido objetos de un delito o utilizados para el cometimiento de actividades ilícitas; o bienes producto de un ilícito que por mandato legal pasan a ser propiedad del Estado. La expropiación indirecta se diferencia del decomiso en el sentido de que en este último existe una transferencia de la propiedad a manos del Estado, cuyo origen es el cometimiento de un delito.

### 3.3. Regulación Estatal

El concepto de regulación estatal se refiere, más que a la capacidad del Estado de legislar, a la potestad reglamentaria de ciertos entes estatales que generan normas particulares<sup>152</sup>. Esto sin perjuicio de que la regulación se exprese a través de una ley. La regulación reviste siempre características de intervención gubernamental, se materializa mediante una política pública y tiene como objetivo modificar la conducta de los participantes en una actividad específica. La regulación, al menos en su concepción clásica, pretende el aumento del bienestar colectivo, o evitar que este bienestar disminuya, como consecuencia de la ejecución de actividades que puedan resultar perjudiciales a la comunidad: *“la peculiaridad de la intervención administrativa radica en la tendencia a conceder a la Administración los poderes para evitar que la actividad privada de los ciudadanos perturbe el orden económico, poderes que incluyen los de imponer limitaciones a la libertad y derechos de los ciudadanos”*<sup>153</sup>

El concepto de regulación es susceptible de ser definido desde varios ámbitos, la política, el derecho, y la economía principalmente, pero hay una clara interferencia del concepto

---

<sup>150</sup> JORGE, Guillermo. Recuperación de Activos de la Corrupción. Buenos Aires, Editores del Puerto, 2008. Capítulo 3 Pág. 1

<sup>151</sup> *Ibidem*. Pág. 4

<sup>152</sup> MARMOLEJO GONZÁLEZ, Crispulo. Expropiaciones Regulatorias y Tratados de Protección de Inversiones ( Regulatory Takings and Bilateral Investment Treaties). The Selected Works of Crispulo Marmolejo González. 2007. Págs. 30 y 31

<sup>153</sup> HAURIOU, Maurice. Precis de droit administratif et de droit public. Sirey. Paris. 1927 Citado por MÁRQUEZ Pablo en Expropiación mediante regulación: Inversión extranjera, tratados de protección de inversiones y el poder de policía de la administración Pág. 45

económico en el legal como hemos visto. Y es que si hablamos de regulación de inversiones estamos hablando de intervención estatal en la economía, y esta intervención se hace necesaria cuando las normas dispositivas y la autonomía de la voluntad de los actores de no son suficientes para lograr un funcionamiento pleno del mercado y se producen distorsiones en precios, calidad o en la provisión de bienes y servicios. Si la competencia en un mercado no es suficiente para producir los beneficios que ofrece el sistema, se produce la intervención correctiva del Estado a través de mecanismos de Derecho Público.<sup>154</sup>

La palabra regular proviene del latín “regulae” que significa normar, reglar, orientar hacia un objetivo de interés. Para los economistas la regulación se refiere a *“una forma de alterar el comportamiento de un mercado mediante reglas coactivas que gobiernan algún aspecto de la producción, los atributos cualitativos, la entrada y/o el precio a los que un bien es adquirido y vendido por otros; todos estos factores pueden usarse para alterar los resultados en el conjunto de mercados señalados”*<sup>155</sup>

La Organización para la cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) ha señalado que las regulaciones se pueden entender como *“el amplio rango de instrumentos legales y decisiones, constituciones, leyes parlamentarias, legislaciones subordinadas, decretos, ordenes, normas licencias, códigos y aún los instrumentos informales- mediante los cuales los gobiernos establecen condiciones en la conducta de los ciudadanos, las empresas y el gobierno mismo. Los sistemas regulatorios no solo comprenden las reglas nacionales, sino también las reglas desarrolladas por niveles subnacionales de gobierno, además de la reglas desarrolladas en los procesos internacionales.”*<sup>156</sup>

Algunos autores señalan que erróneamente se confunde potestad regulatoria con potestad reglamentaria, y que esta última está incluida dentro del concepto de regulación estatal, pero no es el único mecanismo mediante el cual se puede ejercer la regulación así JONGEN dice:

---

<sup>154</sup> HUAPAYA TAPIA, Ramón. Algunos apuntes sobre las relaciones entre el Derecho Administrativo Económico y el concepto anglosajón de la “Regulación”. Revista Ius et Veritas. Año XX. Nº 40. Lima, 2010. Pág. .

<sup>155</sup> MARMOLEJO GONZÁLEZ, Crispulo. Expropiaciones Regulatorias y Tratados de Protección de Inversiones ( Regulatory Takings and Bilateral Investment Treaties).The Selected Works of Crispulo Marmolejo González. 2007. Pág. 28

<sup>156</sup> *Ibidem*. Pág. 30

*“la reglamentación puede definirse como el encuadramiento jurídico de los comportamientos sociales; y es, en este sentido (...) un modo de regulación. Pero el término regulación tiene un sentido más amplio. Se habla de regulación (...) para designar la acción tendiente a regularizar el movimiento, o a asegurar su buen funcionamiento, a mantener el equilibrio. El reglamento jurídico es por tanto un modo de regulación dentro del conjunto de arreglos, ajustes que permiten a la sociedad salvaguardar sus equilibrios”; así, “el nuevo orden impuesto con la regulación tiene como fundamento posibilitar una acción ordenadora o reguladora, más adaptada a las exigencias (...) de sectores sensibles, gracias al otorgamiento de las pertinentes facultades a nuevas instancias dotadas de formas de actuación más diversificadas que las propias de la administración pública directa”<sup>157</sup>*

Así tenemos que la regulación es un mecanismo que permite lograr equilibrios en el desarrollo de la actividad privada, a través de medidas que limitan el ejercicio de la libertad, por lo tanto finalidad de la regulación no está limitada a imponer el mandato de una norma previa a través de actos administrativos sancionatorios, sino a ejercer una multiplicidad de actividades permitidas por el marco normativo para alcanzar el equilibrio entre intereses cuyos límites no están plenamente definidos.

Como se había señalado anteriormente en este mismo trabajo, existe una diferencia fundamental entre los sistemas jurídicos anglosajones y los sistemas cuyo origen es el Derecho Continental derivado del Derecho Romano: la sistematización del Derecho Administrativo. Es así que en el caso de los sistemas continentales la intervención se produce empleando las normas del Derecho Administrativo y en los sistemas anglosajones se hablará de intervención estatal mediante regulación<sup>158</sup>, sin embargo es válido señalar que existe un paralelismo entre estos dos sistemas, y es pertinente referirnos a la regulación estatal en nuestros sistemas continentales, mucho más cuando en el Derecho Internacional de Inversiones es esa la visión que se impone.

---

<sup>157</sup> JONGEN, F. La police de l'audiovisuel Bruylan. Brussels. 1994. Citado por Pablo Márquez en Expropiación mediante regulación: Inversión extranjera, tratados de protección de inversiones y el poder de policía de la administración Pág. 46

<sup>158</sup> HUAPAYA TAPIA, Ramón. Algunos apuntes sobre las relaciones entre el Derecho Administrativo Económico y el concepto anglosajón de la “Regulación. Revista *Ius et Veritas*. Año XX. Nº 40. Lima, 2010. Pág. 4

Algunos economistas estadounidenses<sup>159</sup> al hacer un profundo estudio de la regulación estatal han llegado a la conclusión de que en muchos casos el interés público esconde la defensa de intereses privados, y por eso se discute si es la manera más adecuada de solucionar los fallos de mercado. Se dice por ejemplo que las regulaciones responden a presiones que hacen grupos de interés para maximizar sus rentas y que dado que quienes tienen el poder para implantar dichas regulaciones ostentan cargos políticos actúan en función de maximizar el apoyo político a través de estas medidas. Esta crítica va dirigida a señalar que a través de la regulación se puede incrementar el bienestar de solo ciertos grupos de influencia quitando competitividad y justicia al mercado.

El apearse o no a estas críticas responde a una visión ideológica acerca de la liberalidad de la economía, pero fuera de estas discusiones, que son relevantes para los tribunales arbitrales internacionales al momento de decidir, es plenamente aceptado que el Estado tiene la potestad de ejercer su poder regulatorio dentro de su territorio. La discusión está centrada en hasta donde es legítimo que ejerza dicho poder.

### **3.3.1. Poder Regulatorio del Estado y Los Derechos De Los Particulares**

Sin perjuicio de que el Estado tenga potestad regulatoria dentro de su jurisdicción, esta potestad no es ilimitada y debe entenderse enmarcada en el principio de legalidad, de modo tal que la regulación estatal está limitada por el ordenamiento jurídico que establece reglas para garantizar el cumplimiento de los derechos y deberes del Estado.<sup>160</sup> Así se entiende que la administración –teniendo como límite el derecho positivo- tiene la habilidad legal para restringir de cierta manera los derechos fundamentales, sin embargo de lo cual estos derechos fundamentales establecidos en las constituciones y los instrumentos internacionales de derechos humanos también constituyen a su vez, un límite para el poder regulatorio del Estado.

¿Pero cómo podemos determinar cuando esos límites son sobrepasados? El establecer si al ejercer su potestad regulatoria el Estado ha ido más allá de los límites legítimos requiere del análisis de algunos elementos, principalmente de la legitimidad del interés

---

<sup>159</sup> *Ibíd.* Pág. 6.

<sup>160</sup> MARMOLEJO GONZÁLEZ, Crispulo. Expropiaciones Regulatorias y Tratados de Protección de Inversiones ( Regulatory Takings and Bilateral Investment Treaties). The Selected Works of Crispulo Marmolejo González. 2007. Pág. 41

público en el que se ampara la medida regulatoria, y de la proporcionalidad de la afectación de los derechos particulares con el fin que persigue la medida. También es importante que las medidas regulatorias que imponga la Administración Pública sean adoptadas de buena fe, entendida esta característica como una intención sincera y genuina que no tenga motivos engañosos o motivos ulteriores ocultos.

Estos principios han sido recogidos en varias decisiones de la Corte Europea de Derechos Humanos que para determinar que una acción regulatoria estatal es legítima y de buena fe ha expresado que:

*“...el Estado puede afectar control en actividades de individuos mediante la imposición de restricciones que pueden tomar la forma de controles del planeamiento, las órdenes ambientales, los controles de rentas, las leyes de la importación y exportación, la regulación económica de profesiones, [y] la confiscación de la propiedad para procesos jurídicos o las leyes de la herencia”<sup>161</sup>*

Como vemos la primera premisa es que el Estado tiene la potestad de ejercer su poder regulatorio y con eso afectar los derechos individuales (entendiendo que si hablamos de regulación en el campo económico estos derechos serían la propiedad, la libertad de empresa, la libertad de contratación, etc.), y que esas cargas deben ser asumidas por los ciudadanos siempre que las medidas tomadas sean legítimas como se expresa en este otro apartado<sup>162</sup>:

*“No sólo debe una medida que priva a una persona de su propiedad perseguir, en hechos así como en principio, un fin legítimo ‘en interés público’, sino que debe también haber una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin buscado (...) El equilibrio necesario no será encontrado si la persona referida ha tenido que soportar ‘una individual y excesiva carga’ (...) La Corte considera que una medida debe ser apropiada para alcanzar su objetivo y no además desproporcionada.”*

*“...los no-nacionales son más vulnerables a la legislación doméstica: a diferencia de los nacionales, ellos no han tomado parte en la elección o la designación de sus autores ni han sido consultado sobre su adopción. En segundo lugar, aunque la toma de la propiedad debe siempre efectuarse en el interés público, consideraciones diferentes deberían aplicarse a los nacionales y a los no-nacionales”*

---

<sup>161</sup> MÁRQUEZ ESCOBAR, Carlos Pablo. Expropiación mediante regulación: Inversión extranjera, tratados de protección de inversiones y el poder de policía de la administración. Int. Law: Rev. Colomb. Derecho Int. Bogotá (Colombia) N° 11 mayo de 2008. Pág. 51

<sup>162</sup> *Ibíd.* Pág. 50

Notamos que están presentes en el análisis los elementos de legitimidad del interés público y proporcionalidad de la medida, con la adición de otro elemento que es relevante para el tema en estudio: la vulnerabilidad de los extranjeros, pues estos generalmente no tienen todos los derechos a los que acceden los nacionales, como por ejemplo los derechos políticos, y fácilmente pueden ser sujetos de discriminación por lo que se sugiere un trato diferenciado hacia ellos.

Trasladando esto a la expropiación de inversiones, se establece que si las regulaciones económicas de un Estado no cumplen los criterios arriba enunciados y van más allá del límite de lo razonable, estamos en presencia de una expropiación regulatoria, que es otro de los nombres que toma la expropiación indirecta en la doctrina.

### **3.3.2. Poder Regulatorio del Estado y Expropiación Indirecta**

En este punto vamos ya intuyendo que una medida expropiatoria es aquella en la que se afectan los derechos de propiedad a través de una actuación irrazonable, ilegítima y desproporcionada del Estado, es decir que prácticamente en el ámbito de la regulación económica, la antípoda de una medida estatal legítima es una expropiación.

Por eso con el desarrollo doctrinario y en parte a través del desarrollo jurisprudencial, se ha determinado que para que las medidas estatales sean expropiatorias estas deben escapar del espectro de la buena fe y la legalidad, podríamos caracterizar a una medida expropiatoria como una medida que: “*i) tenga cierta naturaleza injustificada, ii) constituya un atentado contra la propiedad y que ii) interfiera con las expectativas razonables del inversor*”<sup>163</sup>.

Así se ha llegado a establecer sobre la expropiación y los poderes regulatorios del Estado que:

*“...un Estado es responsable de una expropiación de propiedad cuando sujeta la propiedad extranjera a impuestos, regulación, u otra acción que es confiscatoria, o que dificulta, in-*

---

<sup>163</sup> *Ibíd.* Pág. 50,

*razonablemente interfiere con, o indebidamente retrasa, el disfrute efectivo de la propiedad de un extranjero o de su retiro del territorio del Estado”.*<sup>164</sup>

Como vemos de esta construcción se desprende que no toda medida que afecte la inversión de un extranjero puede ser tomada como expropiatoria, sino que deben cumplirse varios presupuestos que se alejan de la normalidad de la actividad regulatoria cotidiana del Estado. Y no solo eso, el efecto que causen debe ser lo suficientemente grande para volver a esa inversión inoficiosa.

Toda esta construcción que hemos realizado acerca de los límites de la regulación estatal que nos dicen cuando estamos frente a una expropiación y cuando ante una medida legítima es parte del fundamento de la “Police Powers Doctrine” que es una de las teorías que intenta resolver el problema de la caracterización de la expropiación indirecta como institución jurídica. Esta teoría, para juzgar si ha existido una expropiación indirecta y por tanto una afectación ilegítima a los derechos del inversionista, realiza un análisis del interés que lleva envuelto la medida gubernamental cuyo contenido se pretende juzgar.<sup>165</sup>

Esta doctrina se vale de los elementos arriba mencionados para definir la legitimidad de la medida estatal, ya que como dijimos es ese el punto a definir y lo que hace la diferencia entre un acto compensable o no:

Por ejemplo el Tribunal que resolvió el caso *Firemans Fund c. México* estableció que para que una regulación derive en una medida expropiatoria se deben considerar estos elementos: (i) la proporcionalidad de la medida, (ii) la posibilidad de esa medida de ser discriminatoria –lo que constituiría una falta al trato justo y equitativo, más que expropiación y (iii) la *buena fe* en el desarrollo de la medida. Así expresó lo siguiente:

*“Para distinguir entre una expropiación compensable y regulación no-compensable por el Estado anfitrión, los factores siguientes (generalmente su combinación) pueden ser considerados: si la medida está dentro de los poderes de policía reconocidos al Estado del anfitrión; el propósito y el*

---

<sup>164</sup> *Ibíd.* Pág. 48

<sup>165</sup> PÁEZ, Marisol. La expropiación indirecta frente al CIADI: consideraciones para la autorregulación de los actos administrativos de los Estados. Revista de Estudios Internacionales. Instituto de estudios Internacionales. Universidad de Chile. 2006. Volumen 39. No. 153. Pág. 16

*efecto (públicos) de la medida; si la medida es discriminatoria; la proporcionalidad entre los medios empleados y el fin buscado para realizarla; y, la naturaleza de buena fe de la medida”<sup>166</sup>*

Esta teoría ha sido tomada también, como vimos, en la legislación internacional. Por ejemplo el modelo de TBI de los Estados Unidos contiene una disposición referente a los actos regulatorios de los Estados, y así está plasmado en el anexo 10 C del TLC con Colombia al que ya hicimos mención el primer capítulo y que en su parte pertinente dice:

*“(b) Salvo en circunstancias excepcionales, no constituyen expropiaciones indirectas los actos regulatorios no discriminatorios de una Parte que son diseñados y aplicados para proteger objetivos legítimos de bienestar público, tales como la salud pública, la seguridad y el medioambiente”*

De un análisis global de los fallos arbitrales y de la legislación se concluye que este viene a ser el camino que se toma en la mayoría de los casos a pesar de la ya siempre presente falta de uniformidad de criterios y de las críticas que recibe por parte de algunos teóricos que la perciben ineficiente para resolver la tensión entre el poder regulatorio y los derechos particulares<sup>167</sup>

Los críticos a esta doctrina apuntan a que estos principios deberían ser vistos como una mera expresión de los principios generales del Derecho Internacional que permiten a los Estados actuar libremente con el límite de las normas positivas, pero que es poco eficiente ya que sigue siendo muy amplio el rango de interpretación de lo que constituye una actuación legítima del Estado.<sup>168</sup>

Y es que los conceptos de buena fe, interés público legítimo, medida razonable, proporcionalidad quedan al final determinados por el criterio de los árbitros dentro de las

---

<sup>166</sup> Caso FIREMAN'S FUND INSURANCE COMPANY c. MÉXICO ICSID Case No. ARB(AF)/02/01 texto disponible en: <http://italaw.com/documents/FiremansFinalAwardRedacted.pdf> (laudo en inglés)

<sup>167</sup> MOSTAFA, Ben. The Sole Effects Doctrine, Police Powers and Indirect Expropriation under International Law. Australian International Law Journal. Volume 15. 2008. Pág. 279

<sup>168</sup> *Ibidem*. Pág. 279

disputas, por lo que si es que existe un acuerdo doctrinario esto no garantiza que se consigan patrones comunes en la definición de estos conceptos<sup>169</sup>

También cabe hacer una precisión acerca de dos elementos importantes a la luz de esta doctrina: el trato discriminatorio y las relaciones del tipo contractual del Estado.

En cuanto a lo primero se establece que las medidas de la Administración deben ser generales y no discriminatorias, así se ha configurado un principio general que dice que no será compensable el perjuicio económico como resultado de una medida regulatoria no discriminatoria y de buena fe, entendiendo que una medida discriminatoria constituye un daño directo a un extranjero en particular con la intención de afectarlo<sup>170</sup>

Y sobre el segundo elemento cabe decir que muchos tribunales hacen una distinción y no consideran aplicables los principios de la regulación estatal si es que las disputas tratan acerca de violaciones contractuales que impliquen una relación directa entre el Estado y el inversor, pues no se puede hablar de una interferencia regulatoria si es que el Estado actúa como un simple contratante particular en igualdad de condiciones. En este caso si el Estado actual despojado de su poder de imperio podría incumplir un contrato y eso será sancionado conforme las leyes y los tratados que protejan la inversión, pero para alegar expropiación el expropiado tiene que demostrar que el Estado hizo tal interferencia actuando como autoridad pública.<sup>171</sup>

---

<sup>169</sup> MÁRQUEZ ESCOBAR, Carlos Pablo. Expropiación mediante regulación: Inversión extranjera, tratados de protección de inversiones y el poder de policía de la administración. Int. Law: Rev. Colombia. Derecho Int. Bogotá (Colombia) N° 11 mayo de 2008. Pág. 49

<sup>170</sup> Dolzer and Stevens, "Bilateral Investment Treaties", ICSID 1995. Citado por: YANNACA-SMALL, Catherine en Indirect Expropriation and the right to regulate in International Investment Law. Pág. 5

<sup>171</sup> Laudo Consortium R.F.C.C. v. Kingdom of Morocco, ICSID Case Arb/00/6, Award (December 22, 2003). Citado en Pablo Márquez en Expropiación mediante regulación: Inversión extranjera, tratados de protección de inversiones y el poder de policía de la administración Pág. 58

### 3.3.3. El “Estado de Necesidad”

Algunos autores consideran que la doctrina del “Estado de Necesidad” como una interpretación limitada de la Doctrina de los “Police Powers” indicando que esta última solo puede ser usada como defensa por los Estados en caso de necesidad<sup>172</sup>.

Es aceptado en que ante un hecho de fuerza mayor el Estado pueda dejar de cumplir ciertas obligaciones internacionales con el fin de proteger intereses esenciales, así lo expresó la Comisión de Derecho Internacional de la ONU en su “*Informe sobre Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos*”:

*“Por la expresión ESTADO DE NECESIDAD se designan los casos excepcionales en los que la única forma en la que tiene un Estado para salvaguardar un interés esencial amenazado por un peligro grave e inminente es, de momento, no cumplir otra obligación de menor importancia o urgencia”*<sup>173</sup>

De igual manera en el mismo instrumento se definen las condiciones que tienen cumplirse para que un Estado pueda invocar el “Estado de Necesidad” como defensa para evitar responsabilidad internacional.

*Artículo 25.- Estado de necesidad*

*1. Ningún Estado puede invocar el estado de necesidad como causa de exclusión de la ilicitud de un hecho que no esté en conformidad con una obligación internacional de ese Estado a menos que ese hecho:*

- a) Sea el único modo para el Estado de salvaguardar un interés esencial contra un peligro grave e inminente; y*
- b) No afecte gravemente a un interés esencial del Estado o de los Estados con relación a los cuales existe la obligación, o de la comunidad internacional en su conjunto.*

*2. En todo caso, ningún Estado puede invocar el estado de necesidad como causa de exclusión de la ilicitud si:*

- a) La obligación internacional de que se trate excluye la posibilidad de invocar el estado de necesidad; o*
- b) El Estado ha contribuido a que se produzca el estado de necesidad.*

---

<sup>172</sup> MOSTAFA, Ben. The Sole Effects Doctrine, Police Powers and Indirect Expropriation under International Law. Australian International Law Journal. Volume 15. 2008. Pág. 278

<sup>173</sup> Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos. 53Vo periodo de sesiones (2001) disponible en <http://www.un.org/spanish/law/ilc/a5610.pdf> (último ingreso 30 de abril 2012). Pág. 200

Como se desprende del texto, la excusa del “estado de necesidad” debe ser excepcional, cuando existe un conflicto irreconciliable entre un interés esencial y una obligación del Estado que invoca la necesidad. Esta institución está sometida a estrictas limitaciones para evitar su abuso:

- El interés que se protege debe ser “esencial”. Para determinar esa condición se deben analizar las circunstancias particulares de cada caso. Esta condición se extiende a los intereses particulares del Estado, su población y la Comunidad Internacional en su conjunto. El peligro que amenaza esos intereses debe poder determinarse objetivamente, ser grave e inminente.
- Las medidas tomadas por el Estado que lo invoca deben haber constituido el único modo disponible para salvaguardar los intereses esenciales, determinándose que esta condición no será efectiva si es que existieron otros modos posibles, así estos hayan aparecido como más costosos y menos convenientes.
- El comportamiento del Estado no debe afectar gravemente a otro interés esencial del Estado, de su población de otros Estados o de la Comunidad Internacional en su conjunto, es decir se debe hacer una evaluación de los intereses contrapuestos.
- La obligación internacional que se deja de cumplir no debe excluir explícita o implícitamente la innovación del “estado de necesidad”, para lo que se debe hacer un análisis del objeto y el fin de las normas.
- No se puede alegar “estado de necesidad” si es que el Estado ha contribuido a que se produzca la situación de necesidad, esta contribución debe ser sustancial y no simplemente incidental o periférica.

La doctrina ha establecido que tratándose de hechos que afectan a inversores extranjeros, el Estado que los aloja debe protegerlos dentro de sus posibilidades, antes y durante los eventos y que, en caso de una disputa, sobre el particular reclamante recae la carga de probar que el Estado fue negligente en el cumplimiento de ese deber. Se ha

establecido también que el Estado no puede ser responsabilizado si es que ha tratado a los extranjeros de la misma forma que a sus nacionales.<sup>174</sup>

En cuanto a este tema los TBI's exigen que, cuando un Estado implementa medidas extraordinarias en virtud de serias crisis económicas, respete los principios de “la nación más favorecida” y el “tratamiento nacional”. De igual manera se establece en estos instrumentos que las obligaciones que se adoptan en función de estos acuerdos no impedirán la implementación de las medidas necesarias para el mantenimiento del orden público, el cumplimiento de sus obligaciones para el mantenimiento o la restauración de la paz o seguridad internacionales, o la protección de sus propios intereses esenciales en materia de seguridad<sup>175</sup>

En la jurisprudencia arbitral de la región destaca el caso de Argentina pues, como ya vimos en uno de los fallos analizados en el capítulo anterior, ese país sufrió una grave crisis económica y social en 2001 a la que el Gobierno argentino respondió con medidas legales y económicas para tratar de contener los efectos negativos de la crisis en la sociedad. Así se instituyeron reformas en el régimen cambiario, se restringieron las transferencias de dinero al extranjero y se convirtieron las obligaciones de dólares a pesos, entre muchas otras acciones. Estas regulaciones afectaron a numerosos inversores extranjeros, que recurrieron masivamente al arbitraje internacional para hacer escuchar sus reclamos.

En muchos de los arbitrajes que ha enfrentado Argentina, se ha defendido con el argumento de que las medidas adoptadas por el Gobierno -y que pudieron haber afectado a los inversionistas extranjeros- se dieron en un evidente “estado de necesidad” por la grave convulsión social que vivía la nación en los días de crisis. Las alegaciones de la defensa argentina suelen enmarcar las medidas emergentes tomadas por su Gobierno dentro de los presupuestos establecidos para que se configure un “estado de necesidad”

Los resultados no han sido consistentes, así el argumento del “estado de necesidad” ha sido aceptado en unos casos y desechado en otros, lo cual resulta curioso pues los tribunales han juzgado los mismos hechos. Por ejemplo en el caso CMS Gas

---

<sup>174</sup> BOHOSLAVSKY, Juan Pablo. Tratados de protección de las inversiones e implicaciones para la formulación de políticas públicas (especial referencia a los servicios de agua potable y saneamiento). CEPAL – Colección Documentos de proyectos. LC/W.326. Julio de 2010. Pág. 49.

<sup>175</sup> Art. 11 del Tratado Bilateral de Protección de Inversiones entre Argentina-EEUU. texto disponible en: [http://www.sice.oas.org/Investment/BITSbyCountry/BITs/US\\_Argentina\\_e.asp](http://www.sice.oas.org/Investment/BITSbyCountry/BITs/US_Argentina_e.asp) (Último acceso 19 de mayo de 2012)

Transmission Company c. Argentina el tribunal estimó que la gravedad de la situación permitía al Estado invocar la necesidad como defensa, pero al mismo tiempo resolvió que no era la única alternativa regulatoria que el Gobierno disponía y que había contribuido substancialmente a llegar a esa situación extrema, con lo que rechazó la defensa del demandado.<sup>176</sup>

Además en ese caso se estableció que a pesar del “estado de necesidad” se debía igualmente compensar al inversionista perjudicado.

*“Párrafo 388. El razonamiento del Demandante en ese sentido encuentra respaldo en el Artículo 27 [Proyecto de artículos sobre Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos]<sup>177</sup> y en las decisiones mencionadas anteriormente, así como en el principio reconocido incluso en la mayoría de los sistemas jurídicos nacionales: la invocación de estado de necesidad puede excluir la ilicitud de un acto, pero no excluye el deber de indemnizar al titular del derecho que debió sacrificarse. Como se analizó anteriormente, los requisitos relativos al estado de emergencia son aun más estrictos en la jurisprudencia argentina”.*

En otro pronunciamiento en la misma línea desestimando los argumentos argentinos sobre la existencia de un “estado de necesidad”

Caso Sempra c/ Argentina<sup>178</sup>

*“Párrafo 348. El Tribunal no tiene duda acerca de que hubo una crisis grave, y que dentro de ese contexto era poco probable que los negocios pudieran haber seguido como siempre. Sin embargo, el argumento de que dicha situación comprometió la existencia misma del Estado y su independencia, y que por ello calificó como una situación que afectaba un interés esencial del Estado, no es convincente. Las cuestiones de orden público y malestar social podrían haberse controlado, como de hecho lo fueron, tal como se manejaron los aspectos relativos a la estabilización política de conformidad con las disposiciones constitucionales en vigor”.*

*“Párrafo 354. Lo anterior significa que en alguna medida ha habido una contribución considerable del Estado a la situación que dio lugar al estado de necesidad y que, por consiguiente, no puede argumentarse que todo el peso recae en factores externos. Esta situación no fue obra de un*

---

<sup>176</sup> BOHOSLAVSKY, Juan Pablo. Tratados de protección de las inversiones e implicaciones para la formulación de políticas públicas (especial referencia a los servicios de agua potable y saneamiento). CEPAL – Colección Documentos de proyectos. LC/W.326. Julio de 2010. Pág. 51

<sup>177</sup> Se refiere al instrumento elaborado por la Comisión de Derecho Internacional de la ONU al que tantas veces hemos hecho mención.

<sup>178</sup> Caso No. ARB/02/16. Laudo: 28 de septiembre de 2007. Texto disponible en : <http://italaw.com/documents/SempraAward.pdf> (Laudo en inglés)

*gobierno en particular, dado que se trataba de un problema cuyos efectos se acumularon durante una década. De todas formas, el Estado debe responder por ello en su conjunto”.*

Mientras que en otros casos se reconoce la gravedad de las crisis económicas y se entienden justificadas las acciones del Gobierno argentino:

#### Caso LG&E c/ Argentina<sup>179</sup>

*“Párrafo 257. En resumen, los intereses esenciales de seguridad de Argentina estaban amenazados en diciembre de 2001. La existencia misma del Estado argentino, su sobrevivencia económica y política, las posibilidades de mantener operativos sus servicios esenciales y la preservación de su paz interna estuvieron en peligro. Por otra parte, no hay evidencia contundente de que Argentina haya contribuido a crear la situación de crisis que dio lugar al estado de necesidad. En estas circunstancias, un paquete de medidas para la recuperación económica resultó la única manera de resolver la inminente crisis. Aunque existiesen otras alternativas para desarrollar el contenido del mencionado paquete de medidas para la recuperación económica, la evidencia presentada demuestra que una solución general fue necesaria, y la regulación de las tarifas de los servicios públicos tenía que incluirse en ellas. Tampoco puede decirse que los derechos de ningún otro Estado se vieran seriamente afectados por las medidas tomadas durante la crisis”.*

#### Caso Continental Casualty Company c/ Argentina<sup>180</sup>

*“Párrafo 232. El diseño de las Medidas fue suficiente para abordar la crisis y se aplicaron de manera razonable y proporcional a fines de 2001-2002. Las Medidas condujeron a una recuperación en condiciones favorables a las exportaciones de Argentina. También observamos que las Medidas pertinentes se limitaron básicamente a los aspectos económicos y financieros de la crisis económica. No interfirieron de otra manera con el desarrollo ordinario de la actividad comercial privada; no involucraron la (re)nacionalización de las empresas privadas, ni interfirieron de otro modo con los contratos privados, incluidas las compañías de seguros (ni la Demandante reclama respecto de ninguna de dichas medidas). Ninguna de las Medidas impugnadas hacía la diferencia entre, por un lado, ciudadanos o empresas de Argentina y, por el otro, empresas extranjeras o de propiedad extranjera y empresarios extranjeros, fueran éstos inversores o no. CNA fue, en todos los aspectos, tratada como cualquier otra compañía (de seguros) argentina.”*

---

<sup>179</sup> Caso CIADI No. ARB/02/1, Decisión de responsabilidad 3 de octubre de 2006. Texto disponible en: [http://italaw.com/documents/ARB021\\_LGE-Decision-on-Liability-sp.pdf](http://italaw.com/documents/ARB021_LGE-Decision-on-Liability-sp.pdf)

<sup>180</sup> Caso CIADI No. ARB/03/09.Laudo fecha: 5 de septiembre de 2008. Texto disponible en: <http://italaw.com/documents/ContinentalCasualtyAward.pdf>

### 3.3.4. Doctrina del Solo Efecto, O “Sole Effect Doctrine”

Como dijimos la Teoría de los “Police Powers” no es aceptada de manera unánime y también encontramos ejemplos en la legislación internacional<sup>181</sup> acerca de una doctrina que pretende enfocar de diferente forma el problema de la expropiación indirecta: la “Sole Effect Doctrine”.

Esta doctrina presenta una forma distinta de establecer el límite entre una medida regulatoria legítima y una expropiación indirecta, concentrándose en los efectos de la regulación sobre la propiedad del inversor. El estándar propuesto es determinar si la medida estatal “despojó de valor económico a la inversión” “impide el disfrute de los derechos de propiedad del inversor sobre su inversión” o “tiene una medida equivalente a una expropiación indirecta”<sup>182</sup>.

El análisis de las circunstancias que rodean a las medidas estatales, su intención y el propósito que buscan son irrelevantes a la luz de esta teoría. Sin embargo existen muchos puntos de conexión en los que coincide con la doctrina de los “Police Powers”, como por ejemplo en establecer que no toda regulación estatal se debe tener como expropiatoria,<sup>183</sup> pues se debe determinar que el impacto de la regulación ha hecho imposible el disfrute de la inversión o le ha quitado gran parte de su valor económico.

Los críticos de esta teoría expresan que es inconveniente que el criterio de los efectos sea el prioritario o exclusivo pues si se atiende solamente a los efectos sin tener en cuenta consideraciones parece evidente que puede llegarse a soluciones injustas, tal vez no desde el punto de vista de la justicia conmutativa, sino que desde una perspectiva más amplia que contemple los intereses de las comunidades políticas donde se realizan las inversiones extranjeras<sup>184</sup>

En América Latina encontramos un caso referencial en donde el tribunal arbitral expresamente enunció que era irrelevante el contexto de las medidas que determinaron

---

<sup>181</sup> Ver definición de Expropiación Indirecta del MIGA Cap 1, página 33

<sup>182</sup> MOSTAFA, Ben. The Sole Effects Doctrine, Police Powers and Indirect Expropriation under International Law. Australian International Law Journal. Volume 15. 2008. Pág. 280

<sup>183</sup> *Ibíd.* Pág. 288

<sup>184</sup> ARÍSTEGUI SIERRA, Juan Pablo. Inversión extranjera, expropiación regulatoria y protección del medio ambiente. Proyecto Semilla de la Universidad Diego Portales. 2010. Pág. 15

como expropiatorias y enfocó su análisis en el efecto de las mismas sobre la inversión: el Caso Metalclad c. México:<sup>185</sup>

Aquí el tribunal expresó lo siguiente:

*“Párrafo 111. El Tribunal no necesita considerar los motivos o intención para la adopción del Decreto Ecológico. De hecho, el determinar una expropiación basándose en el Decreto Ecológico, no es esencial para que el Tribunal considere que se ha violado el artículo 1110 del TLCAN. Sin embargo, el Tribunal considera que la implementación del Decreto Ecológico podría, por sí y en sí mismo, constituir un acto equivalente a una expropiación.”*

*Párrafo 112. En conclusión, el Tribunal sostiene que México expropió indirectamente la inversión de Metalclad, sin pagar a Metalclad una indemnización por la expropiación. México violó el artículo 1110 del TLCAN.”*

---

<sup>185</sup> Ver nota 112

### 3.4 Hacia Una Definición De Expropiación Indirecta

Con todos los elementos que hemos analizado ya podemos formarnos una clara idea de lo que implica el concepto de “expropiación indirecta” y es que se trata de una intervención del Estado que, aunque no involucra la transferencia del título de propiedad de la inversión (que puede constituir cualquier clase de bienes o derechos dependiendo de la interpretación de la normas aplicables), tiene los mismos efectos que una expropiación ya que priva al inversor del disfrute y los beneficios de su inversión.

Se diferencia de la expropiación regular y de otras figuras análogas a la misma en que, como ya dijimos, no existe transferencia del título de la propiedad, y por tanto tampoco el reconocimiento de una compensación.

Podemos decir también que la expropiación indirecta implica la toma de un derecho (por eso la palabra en inglés es “taking”) pero de una toma fraudulenta, subrepticia, que se esconde tras el velo de una medida legítima del Estado tomada bajo el amparo de sus potestades soberanas pero que injustamente afecta a los derechos de un inversor extranjero. Algunos autores consideran que el concepto de expropiación indirecta es muy amplio y que la amplitud de presupuestos ha dado surgimiento a algunas especies de expropiación indirecta que podrían categorizarse de la siguiente manera:<sup>186</sup>

*I. Pérdida de control, aún sin que medie la privación de propiedad.*

*II. Pérdida de beneficios económicos, cuyos efectos son iguales a una expropiación directa.*

*III. Que con un conjunto de actos se obtenga ese resultado, aunque en forma aislada no se busque el mismo.*

*IV. Regulación expropiatoria”.*

Así la doctrina habla de “creeping expropriation”, “Tantamount Expropriation”, “Regulatory Taking, que vienen a constituir, más que tipos de expropiación indirecta, sinónimos de esta pues aunque se intenta diferenciarlos muchas veces dicha diferenciación se presenta irrelevante y tampoco es clara por lo que los términos se suelen confundir entre

---

<sup>186</sup> GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. Medidas equivalentes a expropiación en arbitrajes de inversión. Pág. 3

sí utilizándose indistintamente. Vamos a hacer un breve repaso de ciertos elementos para intentar una definición de expropiación indirecta.

### 3.4.1. Origen de la Noción de Expropiación Indirecta

El Profesor MARMOLEJO GONZALEZ ubica el origen de la noción de expropiación indirecta en la Quinta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de América que establece un principio básico en materia de expropiaciones y dice: “*nor shall private property be taken for public use without just compensation*”.<sup>187</sup>

A partir de ahí se fue gestando un desarrollo doctrinario y jurisprudencial que profundizó de sobremana el entendimiento de los derechos de propiedad y como estos pueden ser afectados por las actuaciones de los Estados, dentro del cual se pueden distinguir dos etapas<sup>188</sup>:

- **Expropiaciones físicas o materiales:** En primera instancia, los fallos iniciales de la Corte Suprema de Estados Unidos aplicaron la Quinta Enmienda solo a los casos de expropiaciones físicas o materiales y no la extendieron hacia las restricciones derivadas del poder político regulador. Esto porque los tribunales actuaron sobre la idea asentada de que el poder público está orientado siempre a preservar la armonía y el bien de la comunidad, y de ningún modo alguno su ejercicio podría constituir una expropiación, y que además, aunque no sean dañinos o potencialmente peligrosos, los intereses privados deben ceder al bien de la comunidad.
- **Expropiaciones regulatorias:** Posteriormente, a partir de principios del siglo XX, la Corte Suprema reconoció expresamente que las regulaciones estatales podían exceder e interferir el ámbito de los derechos de propiedad de sus dueños, pudiendo configurarse una expropiación. Así se definió a la expropiación regulatoria como aquella que ocurre cuando el titular de los derechos de

---

<sup>187</sup> MARMOLEJO GONZÁLEZ, Crispulo. Expropiaciones Regulatorias y Tratados de Protección de Inversiones ( Regulatory Takings and Bilateral Investment Treaties). The Selected Works of Crispulo Marmolejo González. 2007. Pág. 57

<sup>188</sup> *Ibíd.* Pág. 60

propiedad sufre una pérdida, no a partir de una acción directa del Estado, pero si a consecuencia de las acciones que crean esas pérdidas o detrimentos.

### **3.4.2 Elementos constitutivos de una Expropiación Indirecta**

Establecer los presupuestos que deben cumplirse para determinar que se está ante una expropiación indirecta es difícil, pues las normas positivas casi siempre evitan hacer una definición o la hacen en base a elementos que requieren de interpretación y, como hemos visto a lo largo de todo este desarrollo, el arbitraje internacional de inversiones conserva aún un grado importante de inconsistencia en su desarrollo jurisprudencial, además el número de circunstancias fácticas que pueden presentarse es infinito y no todo puede estar previsto en las normas positivas ni la legislación. A pesar de todo lo indicado existen ciertos principios que se han ido estableciendo en la doctrina y la jurisprudencia y que nos permiten categorizar una acción del Estado como expropiación indirecta.

Un laudo arbitral muy interesante recoge estos principios. El tribunal que resolvió el caso FIREMAN'S FUND INSURANCE COMPANY c México<sup>189</sup> definió los elementos que, a su criterio, han establecido, tanto la jurisprudencia, como la doctrina para definir una expropiación indirecta, así se pronunció al respecto:

*“El TLCAN no ofrece una definición para la palabra “expropiación”. En alrededor de diez casos, en los que se consideró el Artículo 1110(1) del TLCAN, las definiciones parecen variar. Teniendo en consideración dichos casos, así como el derecho internacional consuetudinario en general, el presente Tribunal utiliza los siguientes elementos:*

*(a) La expropiación requiere la toma (misma que puede incluir la destrucción), por parte de un autoridad de tipo gubernamental, de una inversión realizada por un inversionista cubierto por el TLCAN.*

*(b) La inversión cubierta podrá incluir activos tangibles e intangibles.*

---

<sup>189</sup> Caso CIADI No. ARB (AF)/02/01. Fecha laudo 17 julio 2006, texto disponible en: <http://italaw.com/documents/FiremansFinalAwardRedacted.pdf>

(c) La toma deberá ser la privación sustancialmente total del uso económico y goce de los derechos de propiedad, o de distintas partes identificables de éstos (Vg., se acerca al daño total).

(d) La toma deberá ser permanente, y no efímera o temporal.

(e) La toma generalmente implica la transferencia de propiedad en favor de otra persona (frecuentemente la autoridad gubernamental implicada), pero eso no necesariamente tiene que suceder en ciertos casos (Vg., la destrucción total de una inversión debido a medidas tomadas por la autoridad gubernamental, sin transmisión de derechos).

(f) Los efectos de las medidas tomadas por el Estado receptor son dispositivas, no el objetivo subyacente, para determinar si existe o no una expropiación.

(g) La toma puede ser de jure o de facto.

(h) La toma puede ser "directa" o "indirecta." (En este punto debo discrepar con el tribunal pues considero que una toma directa puede ser asimilable a cualquiera de las otras formas de transferencia forzosa de la propiedad, menos a expropiación indirecta, ya que considero indispensable que para que esta última se configure la toma de propiedad debe ser encubierta)

(i) La toma puede adoptar la forma de una sola acción o de una serie de acciones, relacionadas o no relacionadas, realizadas en el transcurso de un periodo de tiempo (llamada "expropiación en etapas" ["creeping expropriation"]).

(j) Para distinguir entre una expropiación compensable y una regulación no-compensable, por parte de un Estado receptor los siguientes factores (generalmente en combinación) podrán ser tomados en consideración: si la acción se encuentra dentro de los poderes de policía reconocidos del Estado receptor; el objetivo (público) y efectos de las medidas; si la medida es discriminatoria; la proporcionalidad entre las medidas tomadas y el objetivo buscado; y que la naturaleza de la medida sea de buena fe.

(k) Las razonables "presunciones fundadas" del inversionista pudieran ser un factor relevante, para verificar si una expropiación (indirecta) ha sucedido.

### 3.4.3 Actuaciones estatales que pueden devenir en una expropiación indirecta

Si es complicado establecer los presupuestos generales que deben cumplirse para constituir una expropiación indirecta, lo es mucho más trasladar dichos principios a situaciones particulares, sin embargo hay autores que se han animado a establecer según el historial de la jurisprudencia arbitral que actuaciones del Estado pueden llegar a constituir una expropiación indirecta así tenemos<sup>190</sup>:

- *“Prohibición de venta o disposición de la propiedad, mediante medidas que son permanentes o que tienen una duración indefinida.*
- *Ventas forzadas de la propiedad a terceros a un determinado precio, seguido por acoso físico o amenazas a empleados o administradores, boicots organizados por el Gobierno o la negación arbitraria de la operación al inversionista.*
- *Imposición de tributación que es confiscatoria en gran magnitud.*
- *Expropiación Progresiva (acciones individuales relativamente menores, posiblemente legítimas cuando son consideradas individuales, que acumulativamente resultan en una apropiación).*
- *Acosar a los empleados, bloqueando su acceso a la planta, quitando un proveedor principal y luego negándose a proveer a la compañía.*
- *Anuncio hecho por el Gobierno de su último intento de nacionalizar la industria, seguido por impuestos severos, revisión de todos los actos, establecimiento de cuotas mínimas de producción, grandes regalías y el repudio de otras provisiones contractuales.*
- *Imposición de un 45 a 50% de impuesto sobre los rendimientos dados por la inversión, seguidos por un requerimiento sobre mantener una cuenta con determinada cantidad de dinero para las reparaciones de la infraestructura y controles sobre la identidad de los inversionistas así como de los inquilinos.*

---

<sup>190</sup> SAMPLINER, Gary. Arbitration of expropriation Cases Under U.S. Investment Treaties – A Threat to Democracy or the Dog That Didn’t Bark?, ICSID Review: Foreign Investment Law Journal, International Centre for Settlement of Investment Disputes, Washington D.C., Volume 18, Number 1, Spring 2003, pág.8. Citado por VITERI TORRES, Cristina Valeria en Delimitación del concepto de expropiación en la aplicación de los Tratados Bilaterales de Inversiones. Pág. 34

- *Privación de derechos contractuales de producir futuros bienes o servicios.*
- *Creación de un monopolio por parte del Gobierno o de un proveedor aventajado, dejando a la compañía fuera del negocio”.*

En esta categoría también podemos incluir<sup>191</sup>

- Anulación de licencias y permisos: Los tribunales de los casos Metalclad y Tecmed consideraron que la imposibilidad de continuar en el negocio por la no renovación de una licencia o el rechazo al otorgamiento de un permiso fueron actos constitutivos de expropiación indirecta.
- Apropiación de un derecho de propiedad: El derecho internacional protege el derecho de propiedad de los extranjeros. En consecuencia, el acto del Estado de tomar posesión de una propiedad privada no puede considerarse acto legítimo. ( De nuevo debo decir que la toma directa de una propiedad, en mi criterio, no constituye expropiación indirecta pues carece del elemento de clandestinidad que considero característico del objeto de estudio)

#### **3.4.4. Actuaciones estatales que no constituyen expropiación indirecta:**

De igual manera podemos encontrar que existe una cierta noción de acciones que aunque pueden afectar la propiedad de los inversionistas extranjeros en cierta forma, no reúnen los presupuestos para ser considerados una expropiación indirecta:<sup>192</sup>

- Declaraciones de autoridades de Gobierno: Este tipo de actos no puede por sí constituir acto expropiatorio aunque su contenido se relaciona con una acción del Gobierno, siempre y cuando no exista una acción positiva que haga efectivas las intenciones plasmadas en las declaraciones

---

<sup>191</sup> PÁEZ, Marisol. La expropiación indirecta frente al CIADI: consideraciones para la autorregulación de los actos administrativos de los Estados. Revista de Estudios Internacionales. Instituto de estudios Internacionales. Universidad de Chile. 2006. Volumen 39. No. 153. Pág. 167

<sup>192</sup> *Ibíd.* Pág. 168

- Acciones de la población: Las acciones de la población como tomas de terreno, desórdenes en la vía pública o privada que impidan el normal desarrollo del negocio de un inversionista no constituyen expropiación indirecta pues no son atribuibles a acciones del Estado.
- Mala gestión de los negocios: La poca diligencia en la gestión de un negocio o la falta de habilidad para enfrentar una crisis económica no es motivo suficiente para considerar que el Estado es responsable de un acto expropiatorio.

### **3.4. Definición de Expropiación Indirecta**

Podemos ensayar una definición de expropiación indirecta que contenga elementos diferenciadores con demarcaciones claras que permitan establecerla como una figura jurídica delimitada. Las respuestas que encontramos en la doctrina y la jurisprudencia están lejos de abarcar todas las situaciones y permitimos tener certeza acerca de lo que implica una expropiación indirecta y alcanzar una definición tipo es uno de los grandes retos de la doctrina jurídica actual.

Con total conciencia de las limitaciones de este desarrollo y sin pretender establecer un concepto definitivo podemos decir que a la luz de lo analizado en la presente disertación la expropiación indirecta consiste en:

Una afectación irreversible y catastrófica a la capacidad de disfrute de un inversor de los privilegios que le otorgan los derechos de propiedad sobre sus inversiones como consecuencia de una actuación ilegítima atribuible al Estado, basándose esa ilegitimidad en el irrespeto a los principios de no discriminación y trato justo y/o en una evidente desproporcionalidad entre el efecto buscado con la medida y el daño causado al inversor.

Aunque la expropiación indirecta necesariamente implica la toma de un derecho -porque la actuación estatal vacía de contenido al derecho de propiedad del inversor- esta toma se produce de manera subrepticia y clandestina, camuflada en una aparente medida regulatoria legítima, por lo tanto no constituye una toma directa, pues a mi juicio en el caso de una toma manifiesta no estaríamos hablando de expropiación indirecta sino de cualquier otra figura en la que existe una transferencia forzosa de la propiedad, como la confiscación por ejemplo cuando esta transferencia no es compensada.

También es necesario precisar que, para que una actuación estatal que afecte irreversiblemente a una inversión constituya una expropiación indirecta, tiene que existir un cierto elemento discriminatorio, por lo que quedarían excluidas las medidas generales tomadas por el Estado y que producen similares consecuencias a toda la población y no solo al inversionista.

Otro elemento a destacar en la definición es que el acto que contituya una expropiación indirecta debe ser atribuible al Estado, y que además debe estar por fuera de los riesgos normales que implica una inversión, por lo que sería ilegítimo que un inversionista reclame una indemnización por pérdidas que son producto de la incompetencia al administrar su negocio o de un fracaso debido a los riesgos son parte de la naturaleza de una inversión.

Y finalmente vale decir que por más completa y general que pretenda ser cualquier definición de este objeto jurídico es tal el número de circunstancias que pueden entrar en su ámbito que siempre quedara a criterio de los tribunales interpretar cada elemento a la luz de los hechos para juzgar su naturaleza y definir los límites entre una expropiación y una regulación justa.

## 4.- CONCLUSIONES

### 4.1. Conclusiones Generales

- Si bien es a partir de la segunda mitad del siglo XX cuando se comienza a definir el contenido del Derecho Internacional de Inversiones, las disputas por expropiación indirecta se habían originado mucho antes y en la resolución de estas disputas los inversionistas comenzaron a percatarse de que necesitaban crear un marco que ofreciera una adecuada protección a sus bienes en el extranjero.
- Los países desarrollados comenzaron a generar instrumentos que protegieran los activos de sus nacionales en otros países, estableciendo en dichos instrumentos internacionales obligaciones para con sus ciudadanos entre las que se destacan el trato justo, no discriminatorio, la prohibición de expropiación sin compensación y el establecimiento de mecanismos alternativos de solución de conflictos.
- Los intentos por establecer acuerdos multilaterales de protección de inversiones han demostrado ser inútiles, con excepción del TLCAN, por lo que los países desarrollados han optado por firmar acuerdos bilaterales con los países receptores de la inversión. De ahí el origen de los TBI's que son acuerdos internacionales con rango de tratados firmados entre dos países y que establecen, entre otras, las obligaciones señaladas en el apartado anterior, de los Estados para con los inversionistas de sus contrapartes.
- Los instrumentos internacionales en general no definen a la expropiación indirecta y más bien establecen los requisitos que debe cumplir una expropiación para ser lícitos a la luz del Derecho Internacional, estos son: 1.- Que sea por causa de utilidad pública 2.- Que no sea realizada de forma discriminatoria 3.- Que cumpla con el debido proceso legal 4.- Que exista una compensación pronta, adecuada y efectiva. En dichos instrumentos tampoco se definen con precisión el objeto y el sujeto de protección lo cual deja estas definiciones a interpretación de los árbitros.
- A partir de la década de 1980 se produjo en Latinoamérica un proceso de liberalización económica que vino acompañado de privatizaciones y apertura a la inversión extranjera. Como consecuencia de esto, en esta y la siguiente década, los países de la región firmaron un gran número de tratados de protección de

inversiones lo cual abrió la puerta para que más tarde sean llevados ante tribunales internacionales.

- El arbitraje internacional de inversiones constituye una interferencia en el Derecho Público y en las potestades soberanas de los Estados. Desde un punto de vista esto puede ser visto como positivo porque las disputas son resueltas de manera más rápida y eficiente por terceros imparciales que están alejados de las presiones políticas. Desde la otra visión esto constituye una disminución del poder regulatorio del Estado lo que puede obstaculizar el desarrollo de políticas públicas.
- El sometimiento de los Estados al arbitraje se justifica en el hecho de que existe un nuevo orden económico y por tanto una nueva estructura internacional y que en pos de la integración el Estado debe aceptar un orden supranacional tal y como lo hace por ejemplo en materia de Derechos Humanos, o en materia de Derecho Ambiental, así mismo se tiene a las inversiones extranjeras como elementos beneficiosos productores de externalidades positivas que además son esenciales como instrumentos de política económica.
- El sometimiento de los Estados al arbitraje internacional se puede dar mediante una variedad de mecanismos desde el consentimiento expreso dado en una aceptación del arbitraje o la presencia de una cláusula arbitral en un contrato hasta mecanismos indirectos que constan como garantías de protección al inversionista extranjero en los instrumentos internacionales como la “cláusula de la nación más favorecida”
- El CIADI es el sistema de arbitraje más utilizado a nivel mundial y por lo tanto el más importante, fue creado en la década de 1960 y es el único que desde sus inicios fue diseñado para conocer disputas entre inversionistas y Estados, fue subutilizado durante muchos años hasta que los inversionistas comenzaron a demandar a los Estados ante sus tribunales ad hoc, especialmente en la primera década del siglo XXI
- Algunos Gobiernos latinoamericanos han considerado al CIADI un sistema injusto, ineficiente e imparcial, por lo que han decidido retirar a sus países de ese sistema en salvaguarda de sus intereses, sin que esto signifique que estos países descarten del todo al arbitraje como sistema de solución de conflictos ni desconozcan los derechos de los inversionistas extranjeros.

- De algunos laudos emitidos en disputas donde una de las partes es un país latinoamericano y que analizan a la expropiación indirecta se desprende que la misma consiste en una intervención ilegítima del Estado que causa en la propiedad del inversor una total imposibilidad de aprovechar su inversión, se desprende que no toda regulación pública es expropiatoria así cause un perjuicio al inversor, y que alegar que las medidas estatales fueron tomadas en un estado de necesidad no siempre es válido para defender la legitimidad de una medida estatal. También es pertinente decir que así se determine que no existió expropiación indirecta el Estado puede ser responsable de haber dado un trato injusto y discriminatorio a un inversor y verse en la obligación de indemnizarlo.
- La responsabilidad que le genera al Estado la expropiación indirecta es, casi siempre, responsabilidad internacional sin importar si se trató de una violación al Tratado o un contrato.
- El concepto de propiedad no es absoluto y a la luz de nuevo desarrollo doctrinario de la interferencia de conceptos económicos en el Derecho, se puede presentar obsoleto al momento de enfrentarlo a la realidad económica y comercial que se presenta con ocasión del desarrollo de sistemas de protección de inversiones extranjeras.
- La expropiación directa es una de las limitaciones a la propiedad, constituye un traspaso forzoso de una propiedad particular al Estado, pero a la vez implica un reconocimiento del derecho a la propiedad lo que da como consecuencia la obligación de indemnizar. La expropiación tiene su asidero doctrinario en las teorías que niegan el absolutismo del derecho de propiedad.
- La regulación estatal es la intervención del Estado dentro una actividad para controlar las actuaciones de los particulares y así lograr o preservar el bienestar de la colectividad.
- El Estado puede afectar mediante la regulación los derechos particulares siempre y cuando lo haga apegado al principio de legalidad, en busca de un interés legítimo y que el daño que cause no sea excesivo en proporción a la medida que busca. Bajo estos mismos principios el Estado puede ejercer su poder regulador y solo en determinados casos esa regulación será equivalente a una expropiación indirecta.

- Se entiende que no existe expropiación por las medidas tomadas en un “estado de necesidad” entendido este como un caso excepcional en el que la única forma en la que tiene un Estado para salvaguardar un interés esencial amenazado por un peligro grave e inminente es, de momento, no cumplir otra obligación de menor importancia o urgencia
- La expropiación indirecta en definitiva se trata de una intervención del Estado que aunque no involucra la transferencia del título de propiedad de la inversión (que puede constituir cualquier clase de bienes o derechos dependiendo de la interpretación de la normas aplicables) tiene los mismos efectos que una expropiación ya que priva totalmente al inversor del disfrute y los beneficios de su inversión.
- La expropiación indirecta se diferencia de la expropiación regular y de otras figuras análogas a la misma en que no existe transferencia del título de la propiedad, y por tanto tampoco el reconocimiento de una compensación.

## **4.2. La Expropiación Indirecta en América Latina**

En nuestra región la expropiación indirecta en el marco del Derecho Internacional de Inversiones ha irrumpido como una institución jurídica novedosa a la que no terminamos de adaptarnos, pues nos resulta extraño que las potestades públicas estén limitadas por la protección que reciben las inversiones extranjeras en nuestros países. Nos resulta extraño también la forma en la que se configura el sistema internacional arbitral que es el encargado de proteger las inversiones extranjeras pues este tiene más similitudes con los principios que se manejan en el Common Law que con nuestro derecho civilista.

Existe una clara conciencia de que los derechos de los inversionistas deben ser respetados pero también existe la idea de que hay intereses superiores que en caso de entrar en conflicto con los derechos antes mencionados deben prevalecer. También se ha modificado el consenso antes presente de fomentar el aperturismo total a la inversión extranjera en la región con el apareamiento de una corriente ideológica que propugna la idea de que la inversión extranjera no siempre es buena y que puede muchas veces ser perjudicial e incluso ser utilizada como un instrumento de dominación; y es que por su pasado colonial América Latina es muy sensible a la intervención extranjera.

Casos como el de Argentina abrumada por las demandas inversor- Estado; Ecuador, Bolivia y Venezuela que se han retirado del principal mecanismo de resolución de disputas como es el CIADI; y de Brasil que siendo la mayor economía de la región maneja un sistema de protección de inversiones muy distinto a los demás países nos llevan a pensar que tal vez es posible presenciar en el futuro una reestructuración de los sistemas arbitrales de resolución de disputas referentes a inversiones. Esto porque incluso los países que reniegan del CIADI no renuncian totalmente al arbitraje como método de solución de conflictos e incluso, como en el caso de Ecuador, promueven la creación de sistemas alternativos. Además es justo decir que en América Latina se vive una cultura de respeto a la propiedad plasmada en la actuación de los poderes judiciales, de los Gobiernos, y de los principios establecidos en las legislaciones.

En cuanto a la expropiación indirecta si bien es un concepto aún equívoco, no es menos cierto que con el desarrollo de la jurisprudencia arbitral se han ido estableciendo ciertos principios que a pesar de las inconsistencias de los fallos arbitrales han llegado a constituirse en claros referentes que otorgan algo de seguridad, también vemos que los Estados se han vuelto más competentes al momento de defenderse y muchas de las demandas propuestas por los inversores no prosperan o incluso no se llegan a presentar por las gestiones que realizan los Gobiernos para evitarlas, negociando con los inversores.

Y sin embargo de esta evolución, como se puede apreciar en el desarrollo jurisprudencial y doctrinario de América Latina, bajo la figura de “expropiación indirecta” se pueden resolver a favor de los inversionistas extranjeros situaciones que van desde la manifiesta interferencia ilegítima y discriminatoria como en el caso de Metalclad contra México, pasando por casos en los que la actuación estatal se debió a incumplimiento de la ley por parte del inversionista como Occidental Petroleum Corporation (Oxy) contra Ecuador<sup>193</sup>, o casos en que la actuación estatal se debió a un evidente “estado de necesidad” como en muchos litigios que involucran a Argentina, hasta casos en donde se comprobó que

---

<sup>193</sup> Aunque el caso aún no se resuelve definitivamente, la empresa alega que el Estado ecuatoriano expropió indirecta su inversión, mientras que Ecuador defiende su actuación diciendo que declaró la caducidad del contrato de la empresa petrolera debido a que la misma actuó de manera ilegal, al ,por ejemplo y entre otras cosas, transferir la concesión que poseía a otra empresa sin autorización del organismo público competente.

existió corrupción en la actuación de la empresa inversionista como en Siemens contra Argentina.<sup>194</sup>,

Esto obviamente atenta contra la seguridad jurídica y limita en buena forma la capacidad regulatoria de los Estados pues, aunque pueda existir una noción más o menos concreta de lo que implica una expropiación indirecta, no se ha logrado aún establecer límites claros de hasta donde puede ir la afectación de los derechos particulares como consecuencia de medidas .

Esta incertidumbre hace que los Estados latinoamericanos estén bajo constante amenaza de ser sometidos a arbitrajes internacionales como consecuencia de las políticas públicas que implementen. En el horizonte ecuatoriano por ejemplo se vislumbran un número importante de posibles demandas como consecuencia de la decisión del Estado de renegociar los contratos de explotación petrolera con empresas transnacionales para asegurarse de que una mayor parte de las ganancias vaya al presupuesto público garantizando un aprovechamiento más justo de sus recursos naturales. Si es que estas demandas se llegan a presentar muchas tendrán seguramente reclamaciones sobre expropiación indirecta.

Bajo el argumento de la expropiación indirecta los inversionistas extranjeros pueden, de igual manera, conseguir privilegios que atentan contra el principio de igualdad. Esto es evidente en las consecuencias de la crisis argentina de principios del siglo XXI. Esta crisis fue general y las medidas que el gobierno tomó para enfrentarla afectaron a todos los ciudadanos por igual, pero a través de los arbitrajes internacionales y muchas veces bajo la figura de expropiación indirecta algunos inversionistas extranjeros consiguieron ser indemnizados, mientras que los demás tuvieron que soportar las consecuencias de la crisis.

Todos estos aspectos hacen necesaria una racionalización de los sistemas de protección de inversiones en la región, y que a través de estos sistemas se le dé un desarrollo adecuado a la institución de la expropiación indirecta para generar certeza y justicia, tanto para los Estados, como para los inversionistas extranjeros.

---

<sup>194</sup> Con posterioridad a que el tribunal del CIADI fallara en contra del Estado argentino la empresa alemana Siemens inició una investigación a su filial en Argentina por supuestos sobornos por un valor de varias decenas de millones de dólares que se habían pagado a funcionarios estatales para obtener el contrato que después sería objeto de la disputa arbitral. Argentina había alegado dicha situación irregular y dicha alegación no fue tomada en cuenta por el tribunal. Cuando se confirmó que habían existido tales sobornos Argentina solicitó la nulidad del laudo arbitral, lo cual no fue aceptado.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALTAMIRA GIGENA, Julio Isidro. La responsabilidad estatal por daño. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Internet. Disponible en: <http://www.google.com.ec/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=3&ved=0CEQQFjAC&url=http%3A%2F%2Fwww.acaderc.org.ar%2Fdoctrina%2Farticulos%2Fartdanoal>. (Último acceso: 18 de abril 2012).
- ARÍSTEGUI SIERRA, Juan Pablo. Inversión extranjera, expropiación regulatoria y protección del medio ambiente. Proyecto Semilla de la Universidad Diego Portales. 2010. Internet. Disponible en: [http://derechoambiental.uchile.cl/files/pdf/JP\\_Aristegui.pdf](http://derechoambiental.uchile.cl/files/pdf/JP_Aristegui.pdf) (Último acceso 18 de mayo de 2012)
- BOHOSLAVSKY, Juan Pablo. Tratados de protección de las inversiones e implicaciones para la formulación de políticas públicas (especial referencia a los servicios de agua potable y saneamiento). CEPAL – Colección Documentos de proyectos. LC/W.326. Julio de 2010. Disponible en: <http://www.cepal.org/cgi-bin/getProd.asp?xml=/publicaciones/xml/4/40484/P40484.xml&xsl=/drni/tpl/p9f.xsl&base=/drni/tpl/top-bottom.xsl>. (Último acceso: 23 de abril de 2012)
- BULLARD GONZALEZ, Alfredo. Enemigos íntimos. El arbitraje y los contratos administrativos. Revista Peruana de Arbitraje NO. 2. 2006. Págs. 155-226 Editora Jurídica Grijley E.I.R.L. Disponible en: <http://www.limaarbitration.net/Revista-Peruana-de-Arbitraje-2.pdf> (Último acceso: 18 de mayo 2012)
- CANTEROS RIVAS, Daniel. De la Expropiación Indirecta y el Derecho a Indemnización. Universidad de Concepción. Chile. Disponible en: [http://congresoconstitucional.cl/wp-content/uploads/2010/08/Daniel-Canteros\\_1252880409.pdf](http://congresoconstitucional.cl/wp-content/uploads/2010/08/Daniel-Canteros_1252880409.pdf).
- DOLZER, Rudolf. Indirect Expropriations: New Developments? [N.Y.U. Environmental Law Journal](http://www.nyulawjournal.org/). Vol. 11. 2002. pp. 64-93
- FELDSTEIN, Sara Lidia. Arbitraje e Inversiones Extranjeras. El derecho Privado ante la internacionalidad, la integración y la globalización” en Homenaje al Prof. Dr. Miguel A. Ciuro Caldani. 2005. Editorial Jurídica La Ley. Centro Argentino de Estudios Internacionales. Internet. Disponible en: <http://www.caei.com.ar/es/programas/di/d14.pdf> (Último acceso 25 abril 2012)
- FERNÁNDEZ MASIÁ, Enrique. Presente y futuro de la acumulación de procedimientos arbitrales en materia de inversiones extranjeras. Internet. Disponible en: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1446328> (último acceso 15 abril 2012)
- FERNÁNDEZ MASIÁ, Enrique. Tribunales Nacionales, arbitraje Internacional y Protección de inversiones extranjeras. Madrid. Marcial Pons. 2008.
- GARCÍA-BOLÍVAR, Omar. Nociones básicas del arbitraje internacional de inversiones. Internet. Disponible en: <http://www.bg-consulting.com/basic.pdf>. (Último acceso 24 de marzo 2012)

- GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. Medidas equivalentes a expropiación en arbitrajes de inversión. Internet. Disponible en: <http://www.gdca.com.mx/PDF/competencia/MEDIDAS%20ARBITRAJE%20DE%20INVERSION.pdf> (Último acceso: 16 de mayo de 2012)
- GORDILLO, Agustín. La responsabilidad del Estado y de sus concesionarios y Licenciarios. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo 1, Parte General 10ª ed., Buenos Aires, F.D.A., 2009.
- GRANATO, Leonardo. Derecho Internacional, Protección del Inversor Extranjero y Acuerdos Bilaterales, QUO VADIS?. Universidad Eafit. Vol 43. Nro. 148. Medellín – Colombia
- GRANJA GALINDO, Nicolás. Fundamentos Derecho Administrativo. Universidad Técnica Particular de Loja. Loja. 1999.
- HUAPAYA TAPIA, Ramón. Algunos apuntes sobre las relaciones entre el Derecho Administrativo Económico y el concepto anglosajón de la “Regulación. Revista Ius et Veritas. Año XX. N° 40. Lima, 2010. Páginas 302-344.
- JORGE, Guillermo. Recuperación de Activos de la Corrupción. Buenos Aires, Editores del Puerto, 2008.
- LARREA HOLGUÍN, Juan. Manual Elemental de Derecho Civil del Ecuador. Corporación de Estudios Y Publicaciones. 2006. Quito, Ecuador.
- MARÍN ODIO, Andrea. Las distintas formas de expropiación antijurídica de Inversión en el Derecho Internacional: Un análisis para Costa Rica. Tesis de grado. Universidad de Costa Rica. Facultad de Derecho
- MARMOLEJO GONZÁLEZ, Crispulo. Expropiaciones Regulatorias y Tratados de Protección de Inversiones ( Regulatory Takings and Bilateral Investment Treaties). The Selected Works of Crispulo Marmolejo González. 2007. Internet. Disponible en: [http://works.bepress.com/crispulo\\_marmolejo\\_gonzalez/23](http://works.bepress.com/crispulo_marmolejo_gonzalez/23) (Último acceso 10 de mayo 2012).
- MÁRQUEZ ESCOBAR, Carlos Pablo. Expropiación mediante regulación: Inversión extranjera, tratados de protección de inversiones y el poder de policía de la administración. Int. Law: Rev. Colomb. Derecho Int. Bogotá (Colombia) N° 11 mayo de 2008. Disponible en: [http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub\\_rev/documents/02-Expropiacion.pdf](http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub_rev/documents/02-Expropiacion.pdf). (Último acceso 13 de mayo 2012).
- MORTIMORE, Michael. Arbitraje internacional basado en cláusulas de solución de controversias entre los inversionistas y el Estado en acuerdos internacionales de inversión: desafíos para América Latina y el Caribe. Informe preparado para CEPAL, Naciones Unidas. 2009. Santiago de Chile. Disponible en: <http://www.eclac.org/ddpe/publicaciones/xml/2/38272/LCL3049e.pdf> (Último acceso 18 de abril 2012).
- MOSTAFA, Ben. The Sole Effects Doctrine, Police Powers and Indirect Expropriation under International Law. Australian International Law Journal.

- Volume 15. 2008. Internet. Disponible en: <http://www.austlii.edu.au/au/journals/AUIntLawJI/2008/12.html> (Último acceso 24 abril 2012)
- NAVA NEGRETE, Alfonso. La Requisición Administrativa. Revista de Estudios de Derecho. Justicia Administrativa en México e Iberoamérica. Num. 1. México. Diciembre de 2001. Disponible en: <http://www.bibliojuridica.org/libros/6/2688/18.pdf> (Último acceso 11 de abril 2012).
  - ORREGO VICUÑA, Francisco. Changing Approaches to the Nationality of Claims in the Context of Diplomatic Protection and International Dispute Settlement. ICSID Review, volumen 15, No.2, 2000.
  - ORTÍZ, Ricardo. Los tratados bilaterales de inversiones y las demandas en el CIADI: la experiencia argentina a comienzos del siglo XXI. Informe de FOCO - Foro Ciudadano por la Justicia y los Derechos Humanos. Abril 2006. Internet. Disponible en: <http://fdcl-berlin.de/fileadmin/fdcl/Publikationen/La%20Argentina,%20los%20BITS%20y%20el%20CIADI%20versi%20n%20final%20corregida.pdf> (Último acceso 22 de abril 2012)
  - PÁEZ, Marisol. La expropiación indirecta frente al CIADI: consideraciones para la autorregulación de los actos administrativos de los Estados. Revista de Estudios Internacionales. Instituto de estudios Internacionales. Universidad de Chile. 2006. Volumen 39. No. 153. Disponible en: <http://www.revistas.uchile.cl/index.php/REI/article/viewFile/14421/18979> (Último acceso 10 de mayo 2012)
  - RODRIGUEZ JIMÉNEZ, Sonia. El CIADI Frente a Argentina, México, Ecuador Y Bolivia, Una Actualización. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Unam. México. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2815/13.pdf> (Último acceso: 18 de abril 2012).
  - RODRIGUEZ JIMÉNEZ, Sonia. El CIADI Frente a Argentina, México, Ecuador Y Bolivia, Una Actualización. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. México. Internet. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2815/13.pdf> (Último acceso 20 de mayo de 2012)
  - SÁNCHEZ BRAVO, Guillermo. El arbitraje internacional CIADI y la protección de las inversiones. Nuevas tendencias y alcances de los BITs. Revista Peruana de Arbitraje NO. 2. 2006. Págs. 331-348 Editora Jurídica Grijley E.I.R.L. Disponible en: <http://www.limaarbitration.net/Revista-Peruana-de-Arbitraje-2.pdf> (Último acceso: 18 de mayo 2012).
  - SECRETARÍA DE LA UNCTAD. Fijación de normas sobre las Inversiones Internacionales: Tendencias, Cuestiones Emergentes Y Consecuencias. Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo. Internet. Disponible en: [http://archive.unctad.org/sp/docs/c2d68\\_sp.pdf](http://archive.unctad.org/sp/docs/c2d68_sp.pdf) (último acceso 12 de mayo 2012)

- Unidad de Comercio de la OEA para el Grupo de Trabajo del ALCA sobre Inversión. Acuerdos sobre Inversión en el Hemisferio Occidental: un Compendio. Internet. Disponible en: [http://www.ftaa-alca.org/Wgroups/WGIN/Spanish/bit\\_ints.asp#preface](http://www.ftaa-alca.org/Wgroups/WGIN/Spanish/bit_ints.asp#preface) (último acceso: 21 de abril 2012)
- VITERI TORRES, Cristina Valeria. Delimitación del concepto de expropiación en la aplicación de los Tratados Bilaterales de Inversiones. Tesis de grado. Universidad San Francisco de Quito. Colegio de Jurisprudencia. Mayo de 2007.
- YANNACA-SMALL, Catherine. Indirect Expropriation and the right to regulate in International Investment Law. WORKING PAPERS ON INTERNATIONAL INVESTMENT. Number 2004/4. Organisation for Economic Co-operation and Development (OCDE).
- ZABALO, Patxi. América Latina ante las demandas inversor-Estado. Universidad del País Vasco / Euskal Herriko Unibertsitatea. Internet. Disponible en: <http://www.usc.es/congresos/xiirem/pdf/41.pdf> (Último acceso 23 abril 2012)
- ZABALO, Patxi. Los acuerdos internacionales sobre inversión, otro obstáculo para el desarrollo de América Latina. Universidad del País Vasco / Euskal Herriko Unibertsitatea. Internet. Disponible en: [http://sisbib.unmsm.edu.pe/bibvirtual/publicaciones/administracion/v11\\_n22/pdf/a06v11n22v.pdf](http://sisbib.unmsm.edu.pe/bibvirtual/publicaciones/administracion/v11_n22/pdf/a06v11n22v.pdf) (Último acceso 23 abril 2012)

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR

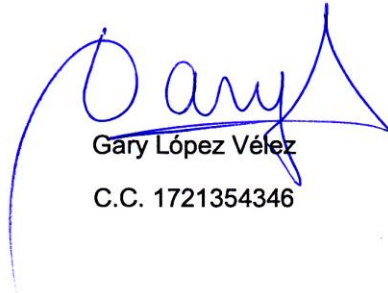
DECLARACIÓN Y AUTORIZACIÓN

Yo, Gary López Vélez, portador de la Cédula de Ciudadanía 1721354346, autor del trabajo intitulado: LA EXPROPIACIÓN INDIRECTA EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE INVERSIONES DE AMÉRICA LATINA, previo a la obtención del grado académico de LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS en la FACULTAD DE JURISPRUDENCIA:

1.- Declaro tener pleno conocimiento de la obligación que tiene la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, de conformidad con el artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación superior, de entregar a la SENECYT en formato digital una copia del referido trabajo de graduación para que sea integrado al sistema Nacional de información de la Educación Superior del Ecuador para su difusión pública respetando los derechos de autor.

2.- Autorizo a la Pontificia Universidad Católica del Ecuador a difundir a través del sitio web de la Biblioteca de la PUCE el referido trabajo de graduación, respetando las políticas de propiedad intelectual de la Universidad.

Quito, 15 de octubre de 2012



Gary López Vélez

C.C. 1721354346

