

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL
ECUADOR

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

DISERTACIÓN PREVIA A LA OBTENCIÓN DEL
TÍTULO DE ABOGADO

“LA INSTITUCIÓN DE LA EXPROPIACIÓN
INDIRECTA COMO UN MECANISMO PARA
LIMITAR ILEGÍTIMAMENTE LA CAPACIDAD
REGULADORA DE LOS ESTADOS SOBERANOS”

CARLOS ALBERTO VARELA ARIAS

DIRECTOR:

JUAN FRANCISCO GUERRERO DEL POZO

QUITO, JULIO DE 2016

Dr. Manuel Fernández de Córdoba V.
Francisco Salazar E14-125 y Mallorca
Quito

Quito, 8 de agosto de 2016

Doctor
Manuel Jiménez M.
Secretario de la Facultad de Jurisprudencia
Pontificia Universidad Católica del Ecuador
Ciudad

Ref. Oficio Nro. 327-SJG-16 / Tesis Sr. Carlos Varela Arias

De mi consideración:

En respuesta al pedido formulado mediante Oficio Nro. 327-SJG-16 referente a la tesis previa a la obtención del título de abogado, intitulada **“LA INSTITUCION DE LA EXPROPIACION INDIRECTA COMO UN MECANISMO PARA LIMITAR ILEGITIMAMENTE LA CAPACIDAD REGULADORA DE LOS ESTADOS SOBERANOS”**, elaborada por el señor **CARLOS VARELA ARIAS**, en mi condición de profesor informante designado por el señor Decano, tengo a bien participarle lo siguiente:

El tema planteado es relevante desde el punto de vista teórico y práctico, más cuando en la Facultad no existen trabajos similares, lo cual incrementa su valor.

Sus aspectos formales se ajustan a las normas metodológicas de la Universidad, por lo que no admiten observaciones.

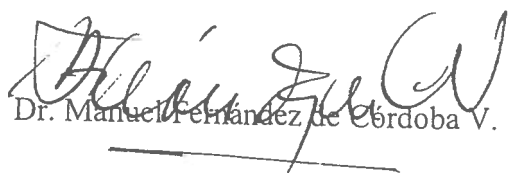
La bibliografía y, en general, las fuentes consultadas, revelan un encomiable esfuerzo investigativo y van de la mano con los requerimientos del tema planteado.

Como en todo trabajo de investigación, existen algunas apreciaciones personales del alumno con las que no llego a coincidir totalmente, lo que no impide debatirlas a la hora de su defensa.

Cabe resaltar la muy buena redacción de la tesis, lo cual facilita enormemente su lectura y comprensión y, en general, demuestra inequívocamente su calidad.

Salvo un mejor criterio, se lo califica con la nota de 10/10.

Atentamente,


Dr. Manuel Fernández de Córdoba V.



INFORME CUALITATIVO SOBRE LA DISERTACIÓN "LA INSTITUCIÓN DE LA EXPROPIACIÓN INDIRECTA COMO UN MECANISMO PARA LIMITAR ILEGÍTIMAMENTE LA CAPACIDAD REGULADORA DE LOS ESTADOS SOBERANOS", ESCRITA POR EL SEÑOR CARLOS VARELA ARIAS

ASPECTOS FUNDAMENTALES

- La disertación del señor Varela constituye un interesante esfuerzo doctrinario para conceptualizar la figura de la "expropiación indirecta", abordada por los tribunales arbitrales en numerosos laudos. La novedad del tema es, de por sí, un mérito del trabajo.
- Me parece que el enfoque adoptado por el disertante podría ser prejuiciado y, por lo tanto, ajeno a la metodología y propósito de una tesis, donde una hipótesis debe ser planteada y comprobada, con la posibilidad de que aquella no llegue a verificarse. El disertante parte de la premisa de que los tribunales arbitrales carecen de derecho para, de conformidad con el Derecho Internacional y la previa voluntad de las partes, resolver sobre actos regulatorios de los Estados. Soslaya el hecho de que en la relación Estado-inversor, el Estado tiene la parte del león y que, generalmente, la inseguridad jurídica la provoca el Estado y que las controversias resultantes de ello son sometidas a los tribunales arbitrales internacionales. No al revés. Esta distorsión de enfoque, sin embargo, es prerrogativa del disertante y será objeto de discusión durante su defensa.
- Las conclusiones que esboza al final del trabajo me parecen puramente recapitulativas.

ASPECTOS FORMALES

- Desde el punto de vista metodológico, me ha sorprendido la parvedad de citas y referencias bibliográficas a lo largo del trabajo. Lo que otros tratadistas han escrito sobre un tema sirve de respaldo doctrinario para sostener las posiciones propias, sobre todo en el caso de una disertación de pregrado, donde las opiniones del tesisista pueden ser muy interesantes e, incluso, bien argumentadas, pero no dejan de ser eso: opiniones.
- La redacción es cuidada, pero redundante. Da la impresión, en ocasiones, de que el autor a la sola fuerza de repetir los conceptos, busca convencer al lector de que la realidad es como él la describe. Esto se refleja también en la estructura de la disertación, que es un tanto tautológica.
- La ortografía es buena, pero se encontró infinidad de palabras homógrafas sin tilde, cuando la regla lo impone, probablemente como resultado de la





acción del autocorrector del programa procesador de palabras. Esto debió haber sido revisado y evitado.

EVALUACION

Sin perjuicio de todo lo dicho y de lo que añadiré durante la defensa de la disertación, el trabajo del señor Varela merece, a mi entender, la calificación de diez sobre diez (10/10).

Quito, a 02 de septiembre de 2016



A mi familia, por su cariño y apoyo,
A mi padre, Juan Carlos, por su ejemplo de honestidad, bondad y trabajo,
A mi madre, María Dolores, por su sacrificio, paciencia y don de gente,
A mi hermana, Emilia, por su bondad y paciencia,
A mis maestros y amigos, por su consejo y soporte incondicional.

Tabla de Contenidos

Introducción.-	5
1. Sobre la expropiación en general.-	7
1.1. Requisitos para la licitud de la expropiación.-	9
1.1.1. Adecuada declaratoria de utilidad pública y/o interés social.-.....	9
1.1.2. No discriminación.-	11
1.1.3. Debido Proceso y derecho de apelación.-.....	12
1.1.4. Pago compensatorio.-	13
2. Desarrollo del concepto de expropiación indirecta.-	15
2.1. Antecedentes históricos.	18
2.1.1. Apogeo de las grandes nacionalizaciones o confiscaciones directas.-	18
2.1.2. División internacional de roles entre países exportadores e importadores de capital.-	20
2.1.3. La “doctrina Calvo” Vs la “Doctrina Hull”.-	21
2.1.4. Proliferación de los Tratados Bilaterales de Protección de Inversiones y los Tratados de Libre Comercio.-	23
2.1.5. Fin de la guerra fría, imposición de un sistema global de mercado y explosión del comercio internacional.-	26
2.1.6. El fin de las grandes nacionalizaciones y expropiaciones tradicionales sin compensación económica (confiscaciones).-	27
2.2. La expropiación indirecta en los acuerdos internacionales de protección de inversiones: El caso de los TBI’s y los TLC’s.-	29
2.2.1. Naturaleza jurídica de los TBI’s.-.....	30
2.2.2. Contenido de los Tratados Bilaterales de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones: El TBI suscrito entre la República del Ecuador y los Estados Unidos de América.-	31
2.3. La expropiación indirecta en la jurisprudencia de los Tribunales Arbitrales Internacionales.-	49
2.3.1. El caso Iraní.-	51
2.3.2. La expropiación indirecta en disputas generadas en el marco del Tratado de Libre Comercio para América del Norte (TLCAN).-.....	59
2.3.3. La expropiación indirecta en la Corte Europea de Derechos Humanos.-	65

2.3.4. La expropiación indirecta en la jurisprudencia de Tribunales Arbitrales constituidos en el marco de TBI's.-	70
3. Definiciones sobre la expropiación indirecta en la doctrina.-	76
3.1. "Sole effects doctrine" vs. "Police powers doctrine". –	80
3.1.1. "Sole Effects Doctrine" .-.....	81
3.1.2. "Police powers doctrine" .-	88
3.2. Corrientes que niegan la existencia de la expropiación indirecta.-	111
3.3. Expropiaciones indirectas Vs Expropiaciones de facto.-	112
3.4. Expropiaciones camufladas.-	113
4. Tensión entre la protección a la inversión extranjera y la soberanía del estado.-	114
4.1. Sobre la inseguridad jurídica y su efecto frente a la potestad reguladora de los estados soberanos.-.....	117
4.2. Sobre los problemas derivados de la aplicación de la doctrina del efecto.-.....	121
4.3. Sobre los problemas derivados de la aplicación de la doctrina del poder público.-	122
4.4. El efecto de "enfriamiento normativo" y sus repercusiones frente al "bien público".-	125
5. Solución al problema de la expropiación indirecta.-	128
5.1. Sobre la interpretación extensiva del término "expropiación indirecta" y las "expropiaciones camufladas".-.....	129
5.2. Expropiaciones camufladas e intención del estado al momento de adoptar la medida.-.....	130
5.3. Sobre el "riesgo político en las inversiones".-.....	132
6. Conclusiones. –.....	134
7. Bibliografía.-	139
7.1. Artículos académicos:	139
7.2. Jurisprudencias:	140
7.3. Bibliografía complementaria:	142

Introducción.-

Durante la presente disertación analizaremos, desde una perspectiva teórica, el desarrollo que ha experimentado a través de la historia la institución que se ha denominado “expropiación indirecta”, las diferentes teorías que existen respecto de su contenido y alcance y, sobre todo, la fuerte tensión que su aplicación genera entre la necesidad de proteger los legítimos intereses de los inversionistas extranjeros y la necesidad de defender la potestad de los estados soberanos para autorregularse.

Pese a que en Latinoamérica son escasos los estudios que han profundizado sobre el verdadero alcance y contenido de la “expropiación indirecta”, son aún más escasos los que abordan la problemática generada en torno a las posibles limitaciones que la aplicación de dicha institución genera en detrimento de la potestad reguladora de los estados. Es en esta línea que, a fin de aportar al desarrollo de la materia, pretendemos establecer los parámetros en base a los cuales, sin necesidad de descuidar la protección a las inversiones extranjeras, se garantice a los estados una plena libertad regulatoria.

Durante el desarrollo de la presente disertación demostraremos cómo la utilización abusiva o errónea del concepto de “expropiación indirecta” limita, de manera ilegítima, la capacidad reguladora del estado, y, en tal virtud, atenta contra el principio de soberanía estatal y contra el propio sistema constitucional y democrático. Nuestro análisis, pese a que se nutrirá con casos de un sinnúmero de países, pretenderá en todo momento un enfoque internacional que garantice la vigencia de las conclusiones obtenidas en el marco del derecho internacional de protección de inversiones.

Para efectos de nuestro estudio comenzaremos definiendo tanto el concepto de expropiación tradicional como el concepto de expropiación indirecta, posteriormente realizaremos un análisis comparativo que nos permita entender las diferencias y, con ello, el verdadero alcance de ambas instituciones para, solo al final, proceder a analizar las implicaciones que la efectiva aplicación de la institución que nos convoca supondría en el marco de los estados constitucionales modernos.

Por último, luego de un análisis pormenorizado tanto de la jurisprudencia como de la doctrina más relevante en nuestra materia, analizaremos como, en base a los conceptos

de “expropiación camuflada” y “riesgo político” se puede, en efecto, garantizar la protección a las inversiones extranjeras, sin la necesidad de atentar contra la soberanía de los estados.

Es importante aclarar, para concluir, que nuestro estudio parte de la aceptación de al menos dos presupuestos fundamentales que, de no ser considerados, limitan la cabal comprensión de nuestro análisis: En primer lugar, aceptamos como un presupuesto cierto que las sociedades humanas requieren del Estado y de sus regulaciones para garantizar el orden público, la coexistencia pacífica de las gentes y el bien común, y, en segundo lugar, damos por sentado que los estados soberanos deben tener la libertad de autorregularse.

1. Sobre la expropiación en general.-

Con el fin de aproximarnos adecuadamente al estudio de la “expropiación indirecta” dedicaremos el primer capítulo de la presente disertación al estudio de la expropiación en general. Para tal efecto analizaremos su definición, alcance y, sobre todo, los requisitos indispensables para que opere en el marco de la más estricta legalidad.

El concepto de expropiación, al menos el de expropiación directa, no es en realidad nada nuevo, de hecho, los términos “dominio eminente¹” o “compra obligatoria” son usados recurrentemente en Estados Unidos e Inglaterra a partir del siglo XVII para referirse a aquella institución jurídica en virtud de la cual el estado se transfiere para sí el título de propiedad de un determinado bien, basado en una declaratoria de utilidad pública y/o interés social y previo el pago de una justa compensación al propietario.

En la actualidad, pese a las significativas mutaciones que ha sufrido la ciencia jurídica con respecto al siglo XVII, la naturaleza de la institución no ha sufrido cambios considerables. Los estados constitucionales modernos están, en efecto, facultados tanto por normas de rango constitucional como por la gran mayoría de tratados internacionales de derechos humanos para hacerse con el dominio de la propiedad de particulares basados en razones de utilidad pública o interés social y tras el cumplimiento de una serie de requisitos establecidos por cada legislación.

Ahora bien, ¿Cómo entender esta institución en el marco de los modernos estados constitucionales, en los cuales, dicho sea de paso, el estado es garante de un cada vez más extenso catálogo de derechos? y, sobre todo, ¿Cómo entender la expropiación en el marco del respeto al derecho a la propiedad consagrado tanto en la constitución de la Republica del Ecuador como en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos?

Empezaremos por decir que, en efecto, la constitución de la Republica del Ecuador, en su artículo 66 numeral 26 reconoce la propiedad “en todas sus formas, con función y responsabilidad social y ambiental”², en adición, la propia norma constitucional en su artículo 321 prescribe que: “*El Estado reconoce y garantiza el derecho a la propiedad en sus formas pública, privada, comunitaria, estatal, asociativa, cooperativa, mixta, y*

¹ Término derivado de un tratado legal escrito por el jurista holandés Hugo Grotius en 1625.

² Constitución de la República del Ecuador, actualizada al 28 de octubre de 2015.

que deberá cumplir su función social y ambiental”. Entonces, si la Constitución de la República reconoce y garantiza el derecho a la propiedad, ¿como puede el estado limitar dicho derecho a través de la expropiación?

Más allá de la evidente respuesta normativa que fundamenta la mencionada potestad estatal en la disposición constitucional contenida en el artículo 323³; según la cual *“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”*; nuestra pregunta encuentra respuesta en la propia teoría constitucional en virtud de la cual, en un estado de derecho, ningún derecho es absoluto.

Los derechos constitucionales, como el derecho a propiedad, pueden en consecuencia ser limitados a fin de armonizar su existencia con la de todo un complejo catálogo de derechos que frecuentemente entran en colisión. En nuestro caso particular, según la interpretación que nos permitimos hacer del espíritu de la constitución, se trata de privilegiar el desarrollo de las políticas públicas que redunden en “utilidad pública” o que sean de “interés social” sobre el derecho a la propiedad de los particulares.

Ahora bien, así como ningún derecho es absoluto, ninguna limitación al derecho puede ser desproporcionada o arbitraria y, precisamente para evitar dichos males, la expropiación solo será lícita cuando el estado la lleve a cabo en apego a los requisitos establecidos por el propio ordenamiento jurídico para el efecto.

Las limitaciones al derecho de propiedad, que a breves rasgos supone que una determinada persona pueda ejercer los derechos reales de uso, goce y disposición (dominio) sobre un bien específico del que posee título de propiedad, se dan por diversas causas y de diversas maneras, de tal forma que pueden llegar a manifestarse en circunstancias tan variadas como que, por ejemplo, el propietario de un terreno ubicado en un barrio residencial no pueda construir en su propiedad un complejo industrial o,

³ Art. 323 de la Constitución de la República.- *“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”*

que el propietario de un bien inmueble declarado como “patrimonio cultural” se vea impedido de alterar la fachada de su vivienda.

En nuestro caso, cuando un determinado bien es declarado de utilidad pública y/o interés social, las legislaciones reconocen la potestad estatal para transferirse en su favor el título de propiedad sobre el bien pagando por dicha transferencia un justo precio al propietario; si la expropiación se da de acuerdo con los requisitos legales, se trata de un acto estatal perfectamente lícito, si no, se trata de acto confiscatorio que merece ser sancionado de acuerdo con el propio ordenamiento jurídico. Es en este contexto que dentro de los modernos estados constitucionales, pese a todo el complejo sistema de garantías establecido en torno al derecho a la propiedad, se acepta el concepto de dominio eminente o expropiación como una limitación negativa al derecho de propiedad.

La expropiación, bien entendida, es una institución que se deriva de la potestad de *imperium* con la que han sido dotados los estados y que, más allá de constituir un acto perfectamente lícito, tiene como fin el hacer prevalecer el interés público sobre el derecho individual a la propiedad. Esto, claro está, con límites bastante bien definidos por la propia legislación.

A continuación analizaremos los principales requisitos reconocidos por la doctrina y las legislaciones para que una expropiación opere sin constituirse en un acto confiscatorio, a la par, analizaremos cada requisito al amparo del ordenamiento jurídico ecuatoriano:

1.1. Requisitos para la licitud de la expropiación.-

Más allá de los requisitos específicos establecidos por la legislación de cada estado, parece existir un consenso teórico respecto de que para que una expropiación sea lícita se deben constatar, al menos, las siguientes circunstancias:

1.1.1. Adecuada declaratoria de utilidad pública y/o interés social.-

Es decir que el bien expropiado sirva para la realización de los fines constitucionales del estado, en particular para la realización de obras públicas o para la prestación de servicios públicos a la ciudadanía y que dicha “utilidad

pública” o “interés social”, junto con la motivación que permita entender de manera lógica la razón por la cual se individualiza al bien que se desea expropiar, sea expresada formalmente a través de un acto administrativo.

La declaratoria de utilidad pública y/o interés social debe estar debidamente motivada por parte de la autoridad que la solicita y, como resulta evidente, solo puede ser solicitada y declarada por la autoridad competente para el efecto (según lo establezca el propio ordenamiento jurídico).

En el Ecuador, el conocimiento y la aprobación de las declaratorias de utilidad pública y/o interés social corresponde a las máximas autoridades de los distintos niveles de gobierno, así, por ejemplo, en el estado central corresponde al Presidente de la República y, en los municipios, al Consejo Municipal.

La diferencia entre la “utilidad pública” y el “interés social” no se encuentra establecida en la legislación, motivo por el cual, al menos en el Ecuador, se ha utilizado tan frecuente como erróneamente ambos términos en calidad de sinónimos. Al respecto la Corte Constitucional de Colombia, en su sentencia número T-284/90, señala que:

“La declaración de la utilidad pública o del interés social hace referencia a la causa o fin que justifica la operación o sacrificio de la propiedad privada de contenido patrimonial afectada, es decir, a la determinación y proclamación formales de uno de los términos del conflicto: el interés general o público que han de ser obviamente previos al ejercicio de la potestad expropiatoria. La distinción entre utilidad pública e interés social traduce la amplitud con que se configura la causa expropiatoria: esta puede consistir tanto en un fin cuya cuestión esta legalmente atribuida a las administraciones públicas (utilidad pública), como en un fin ciertamente social tutelado como tal, pero que puede estar y normalmente esta, entregado en su realización a la actividad privada (interés social)”⁴

Es decir que, al menos según la interpretación de la Corte Constitucional colombiana, la potestad expropiatoria del estado puede ejercerse incluso cuando, en base a un determinado “interés social”, se requiera del bien expropiado para que un tercero, no necesariamente parte del estado, haga uso de dicho bien a

⁴ Ver Sentencia T-284/90. Bogotá: Corte Constitucional Colombiana.

favor de la colectividad. En dicha circunstancia existiría “interés social” y no “utilidad pública”.

Ahora bien, más allá del debate respecto de cuáles son las razones en las que puede motivarse una declaratoria de utilidad pública o de interés social, queda claro que, al menos, es indispensable que exista dicha declaratoria, que se encuentre debidamente motivada, que haya sido emitida por una autoridad competente y, por último, que su emisión sea previa al acto expropiatorio.

1.1.2. No discriminación.-

La discriminación, de forma bastante general, ha sido definida como “dar un trato diferenciado a dos o más personas en igual situación”, en su corriente positiva, o como “dar un trato similar a dos personas en diferente situación”, en su corriente negativa⁵.

En lo relativo a la expropiación, sin embargo, la discriminación se da cuando el acto expropiatorio se dirige en contra de un determinado bien en virtud de las características de la persona propietaria del bien y no, como es correcto, en consideración exclusiva a la “utilidad pública” o el “interés social” que reporta el bien expropiado.

La no discriminación, en nuestro caso, consiste entonces en garantizar que la expropiación se realice en virtud de la naturaleza del bien expropiado, es decir, de su utilidad pública o interés social y no en razón de la persona o personas propietarias del bien.

En el caso *LIAMCO vs LIBIA*, el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (en adelante CIADI) defiende la existencia real de este principio como elemento de validez de la expropiación consagrado en el derecho internacional al decir que:

⁵ La discriminación, según el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones en el caso *GOETZ AND OTHERS VS. BURUNDI*, supone “un tratamiento diferenciado aplicado a personas que se encuentran en situaciones similares” (CIADI, 1995).

“...es claro e indiscutido que la no discriminación es un requisito para una expropiación lícita. Esta es una regla bien establecida en la teoría y la práctica internacional, por lo tanto una expropiación puramente discriminatoria es ilegal y dañosa” (LIAMCO vs LIBIA, 2010)

Al respecto, la constitución ecuatoriana, por su parte, se limita a reconocer en el numeral 4 del artículo 66 el derecho a *“la igualdad formal, igualdad material y no discriminación.”*

Es decir que, pese a que una expropiación se desarrolle de acuerdo con el debido proceso establecido en el ordenamiento jurídico para el efecto, e incluso cuando involucre el pago de una justa compensación, si dicha expropiación es discriminatoria, constituye un acto confiscatorio. La discriminación debe ser probada por quien a alega.

1.1.3. Debido Proceso y derecho de apelación.-

El debido proceso, como requisito para que la expropiación sea lícita, se refiere a la posibilidad que debe tener toda persona, natural o jurídica, para acudir a los órganos administrativos y/o jurisdiccionales pertinentes y exigir que, en un proceso con las garantías de transparencia e imparcialidad, se decida sobre la legitimidad de la expropiación y sobre cuál debe ser el monto de la compensación que por el bien expropiado debe pagar el estado.

Como todo acto administrativo, emitido en un estado constitucional de derecho, tanto la declaratoria de utilidad pública como el propio acto expropiatorio pueden ser recurridos y, para su validez, es menester que la autoridad otorgue al ciudadano el procedimiento debido en base a lo establecido en la ley y a los derechos fundamentales del Debido Proceso.

En este marco debemos realizar algunas aclaraciones particulares: En primer lugar, es importante aclarar que por la naturaleza especialísima del proceso originado a partir del ejercicio de la potestad expropiatoria del estado, las posibilidades de apelación del ciudadano son muy reducidas y pueden ser empleadas solo para atacar ciertos aspectos accesorios al acto expropiatorio

(como el monto de la compensación económica) y no, en efecto, para atacar al propio acto expropiatorio.

Es decir que el ciudadano propietario no puede discutir el hecho de que su propiedad sea expropiada sino que, a no ser que se trate de una expropiación discriminatoria, debe limitarse a recurrir el monto compensatorio ofrecido por la autoridad estatal.

Ahora bien, si bien el acto expropiatorio propiamente dicho no es sujeto de apelación, la declaratoria de utilidad pública si puede ser objeto de revisión. En este caso el ciudadano propietario puede discutir sobre la motivación de la declaratoria e, inclusive, puede llegar a sostener que las razones esgrimidas por la autoridad no constituyen motivo suficiente para realizar una declaratoria de utilidad pública.

El requisito del debido proceso debe observarse en todo momento y en todos aquellos actos involucrados en el proceso expropiatorio, es decir que, cualquier irregularidad cometida tanto en la declaratoria de utilidad pública como en el acto expropiatorio propiamente dicho, haría de la expropiación un acto ilícito.

1.1.4. Pago compensatorio.-

Como es evidente, un requisito sustancial para la licitud de una expropiación es que la autoridad que ejerce la potestad expropiatoria pague, en favor del ciudadano propietario del bien expropiado, un monto equivalente al precio del valor de mercado del bien. Este requisito es determinante en cuanto a la licitud del acto expropiatorio, tanto así que, de no existir pago compensatorio, el acto deja de ser expropiatorio y pasa a ser confiscatorio.

Respecto de si el monto de la indemnización o pago compensatorio debe ser distinto en atención a si se trata de una expropiación o una confiscación existe todavía cierta discusión, a este respecto el autor chileno Juan P. Bohoslavsky (2010) nos explica lo siguiente:

“Existe una controversia en torno a la extensión de la indemnización de las expropiaciones legales e ilegales. Para una escuela, la indemnización es la misma sea la expropiación legal o no. Para otra, en caso de expropiación ilegal, y de acuerdo a lo que exigen las reglas en materia de responsabilidad estatal, el Estado debería retrotraer las cosas al momento previo del perfeccionamiento del daño, mientras que si es legal, se compensaría mediante el criterio moderno de “justo valor de mercado”. La diferencia entre ambas compensaciones reside, fundamentalmente, en el lucro cesante).”

Ahora bien, el pago compensatorio, para que garantice la licitud de la expropiación no debe darse en cualquier condición sino que, al menos, debe respetar las siguientes condiciones: 1) prontitud (sin dilaciones indebidas), 2) monto adecuado (valor de mercado) y, 3) medio efectivo (en moneda convertible) indemnización. (Dolzer & Schreuer, 2008).

Una vez analizados los requisitos de licitud de la expropiación, resulta esencial la cabal comprensión de las diferencias entre los términos “expropiación” y “confiscación. La expropiación, como se desprende de los párrafos precedentes, es un acto lícito en virtud del cual el estado se transfiere para sí la propiedad de un determinado bien, basado en una declaratoria de utilidad pública o interés social y previo a la cancelación de una compensación económica al individuo afectado, la confiscación, en cambio, constituye un acto ilícito en virtud del cual el estado se apropia de una determinada propiedad sin cumplir, para el efecto, los requisitos indispensables para que se configure una expropiación. El propio artículo 323 de la Constitución de la República, en su parte final, señala que *“Se prohíbe toda forma de confiscación”*.

En el primer caso (expropiación), pese a que evidentemente se afecta el derecho a la propiedad del titular del bien expropiado, el pago de la indemnización atenúa dicha afectación y, siempre que la expropiación se encuentre sustentada en una declaratoria de utilidad pública, lo convierte en un acto estatal perfectamente lícito. En la confiscación, en cambio, existe una clarísima afectación al derecho de propiedad que, por su arbitrariedad y desproporción contraviene el ordenamiento jurídico.

Ahora bien, entendido el contenido de la expropiación tradicional o directa, es menester decir que, en adelante, centraremos nuestra atención en el estudio de lo que se ha denominado como “expropiación indirecta”. En el siguiente capítulo revisaremos los

antecedentes históricos y el desarrollo doctrinario y jurisprudencial que desemboca en la relativamente reciente aparición del concepto cuyo estudio motiva la presente disertación.

2. Desarrollo del concepto de expropiación indirecta.-

Una vez que hemos dejado claro el concepto de expropiación tradicional o directa, es momento de proceder a enfocarnos en el análisis detallado de la “expropiación indirecta”. Para tal efecto, tras una breve definición introductoria acompañada de una serie de advertencias indispensables para la correcta lectura del presente capítulo, procederemos a analizar los antecedentes históricos que justifican la creación de dicho concepto y, al final, revisaremos los textos normativos y las jurisprudencias que nos dan insumos para hacernos una cabal idea del estado actual del debate en la materia.

Si bien el concepto tradicional de expropiación se remonta a la edad media, el concepto de expropiación indirecta es relativamente reciente y, en tal virtud, constituye aún un concepto equívoco y en constante desarrollo. De hecho, el único asunto en que tanto doctrina como jurisprudencia coinciden es en la sorprendente falta de consensos respecto del alcance y contenido de la mencionada institución.

A continuación, y solo a manera de introducción, esbozaremos una definición inicial que, dicho sea de paso, prescindirá de aquellos elementos que definen el alcance de la institución y sobre los que, como veremos mas adelante, se centrará gran parte de nuestra discusión.

La expropiación indirecta, también conocida en el sistema anglosajón como “regulatory takings” (apropiaciones regulatorias), consiste, a breves rasgos, en aquel perjuicio patrimonial que sufre un inversionista extranjero fruto de actos administrativos o normativos adoptados por el estado receptor de la inversión cuando para ello no media la transferencia forzosa del título de propiedad en favor del estado o de terceros.

En términos sencillos una expropiación indirecta se produce cuando, fruto de un acto normativo o administrativo del estado (distinto a una expropiación directa), resulta sustancialmente afectado el “derecho” de un inversionista extranjero para usar, gozar y

disponer de su inversión y, sobre todo, para obtener como fruto de su inversión una utilidad “razonable”. Por este tipo de “expropiación” se ha condenado recurrentemente a los estados al pago de importantes indemnizaciones.

Ahora bien, antes de continuar, es momento de hacer algunas precisiones que hemos considerado fundamentales para entender la compleja problemática que nos convoca:

Sobre el ámbito de aplicación de la “expropiación indirecta”.-

A diferencia de la expropiación directa, la indirecta, no es, al menos hasta ahora, aplicable en base a la lógica de protección al derecho fundamental a la propiedad de los particulares en general, sino que, circunscribe su desarrollo al derecho internacional de protección de inversiones generado a partir de los tratados internacionales, tanto multilaterales como bilaterales, de protección de inversiones. Es decir, se trata de un estándar de protección de la propiedad privada únicamente aceptado en el marco del derecho internacional de protección de inversiones.⁶

Es en virtud de lo expuesto en el párrafo anterior que, a partir de ahora, realizaremos nuestro análisis en base, sobre todo, a las jurisprudencias y documentos legales emitidos en el seno de los distintos sistemas internacionales de protección de inversiones, en especial de aquellos cercanos a la realidad ecuatoriana como el Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (en adelante CIADI), los tribunales ad-hoc derivados de los Tratados Bilaterales de Protección de Inversiones (en adelante TBI’s), el sistema derivado del Tratado de Libre Comercio para America del Norte (en adelante TLCAN), entre otros.

Respecto de la denominación “Expropiación Indirecta”.-

Para quienes hemos estudiado el derecho inmersos en la tradición civilista y, sobre todo, para quienes estudiamos el derecho en el Ecuador, la traducción textual de “indirect expropriation” a “expropiación indirecta” no resulta del todo exacta. En mi opinión, lo forzado de dicha traducción al castellano radica en el distinto alcance de los términos

⁶ Mas adelante se estudia la posibilidad de que el concepto analizado se extienda al derecho interno a través de la justicia constitucional.

“expropiación” en el sistema romano-germánico y “expropriation” en el sistema anglosajón.

En los sistemas de tradición civilista el termino “expropiación” corresponde únicamente al acto estatal lícito al que nos referimos en el capítulo I, mientras que, en el sistema anglosajón, dicho concepto engloba tanto nuestro concepto de expropiación como lo que, en nuestro sistema, se conoce como “confiscación”, es decir, la toma de la propiedad de un particular, por parte del estado, que no se da a través de un proceso expropiatorio en el que se verifiquen los requisitos de licitud establecidos para el efecto.

El término inglés “expropriation” posee entonces una connotación un tanto más amplia en el derecho anglosajón, en ese sentido, vale la pena decir que para evitarnos inconvenientes resulta más exacto utilizar el término inglés “regulatory takings⁷” o, en español, apropiaciones regulatorias (llevado al mundo jurídico: confiscaciones regulatorias).

Pese a dicha precisión, en vista de la utilización unánime por parte de la doctrina, incluso de aquella generada en países de habla castellana, del término “expropiación indirecta”, a lo largo del presente estudio utilizaremos los términos expropiación indirecta, apropiaciones regulatorias y confiscaciones regulatorias en calidad de sinónimos.

Sobre la utilización indistinta en la literatura de los términos “expropiación indirecta” y “medidas equivalentes a la expropiación”.-

⁷ En este sentido Francisco Orrego Vicuña menciona que: “En ingles la forma más acertada de referirse a la expropiación indirecta es como regulatory taking, termino de difícil trascripción al castellano que se deriva de la 5ta enmienda de la contitucion de los Estados Unidos que reza: “no shall private property be taken for public use without just compensation”, Orrego Vicuña, F. (2003). Regulatory Authority and Legitimate Expectations: Balancing the Rights of the State and the Individual under International Law in a Global Society. *International law forum du droite internationale* , 5 (3), 188.

Otra forma, al menos en cuanto a los usos semánticos, de presentar a la expropiación indirecta consiste en afirmar que existen medidas “equivalentes a una expropiación” (“tantamount to expropriation”, en idioma inglés).

Dicha denominación, que para casi todos los efectos equivale a “expropiación indirecta” difiere únicamente en tanto y en cuanto no le otorga a la institución materia del presente estudio una naturaleza propia sino que, en su defecto, propone aplicar el régimen de la expropiación directa o tradicional por analogía. En este sentido el Tribunal Arbitral constituido al amparo del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, en el caso Metalclad Corporación Vs Estados Unidos Mexicanos (2000) manifiesta que:

“Los Estados Unidos también se refirieron al artículo 1110 del TLCAN y señalaron que el término “medida equivalente a la expropiación” se refiere tanto a medidas directas de expropiación como a medidas equivalentes a una expropiación por las que indirectamente se expropiaban inversiones...”(Metalclad Corporation v. United Mexican States , 2000)

Hechas las aclaraciones pertinentes procederemos a analizar los antecedentes históricos que desembocan en la creación y discusión del concepto de expropiación indirecta y, en adición, identificaremos los textos normativos y principales jurisprudencias que han aportado al desarrollo de la materia.

2.1. Antecedentes históricos.

A continuación analizaremos los principales hechos históricos que generaron las condiciones de posibilidad adecuadas para la creación del concepto de Expropiación Indirecta:

2.1.1. Apogeo de las grandes nacionalizaciones o confiscaciones directas.-

Antes de la revolución Bolchevique de 1917, que tuvo lugar en Rusia, parecía ser un hecho indiscutido en derecho internacional que si un estado se apropiaba de la propiedad de un inversionista extranjero asumía *ipso facto* la obligación de pagar una compensación o indemnización adecuada, pronta y eficaz. Por ese motivo no se prestaba demasiada atención a las reglas de protección de las inversiones extranjeras(Dolzer & Schreuer, 2008).

La originaria idea hegemónica respecto de la propiedad privada entró en crisis con el surgimiento de la URSS y con hitos tales como la revolución mexicana de 1917 o la posterior asunción al poder gubernamental de líderes de corte socialista tales como Fidel Castro en Cuba o Salvador Allende en Chile. La concepción única sobre la propiedad privada había terminado y, como si fuese poco, los procesos de descolonización suscitados con fuerza tras la segunda guerra mundial generaron una gran ola de nacionalizaciones, en particular, de aquellas industrias dedicadas a la explotación de recursos naturales.

La incompatibilidad del sistema socialista soviético adoptado por la URSS, y posteriormente por todos los estados asociados al bloque socialista, con el sistema tradicional de protección de la propiedad privada desembocó en una serie de nacionalizaciones, confiscaciones y expropiaciones sobre bienes de capital que, en muchas ocasiones, provenían de la inversión de nacionales de estados distintos al estado dentro del cual se producía la reforma.

Las nacionalizaciones, que consistían en el traspaso forzoso en favor del estado de la propiedad de compañías privadas y/o de las licencias de explotación concedidas a dichas compañías sobre cierto tipo de recursos naturales o actividades industriales, desembocaron en que la protección de las inversiones de sus nacionales en el extranjero se convirtiera en una prioridad estelar para los países exportadores de capital, encabezados, por supuesto, por los Estados Unidos de América.

A pesar de que los países occidentales (y sus inversores) reclamaron por esta situación, la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas y los demás países socialistas reconocieron ínfimos y tardíos reclamos indemnizatorios (Friedman, 1953). Los países exportadores de capital se habían quedado sin otro medio de reclamo que las no siempre útiles reclamaciones diplomáticas y presiones políticas.

Los inversionistas afectados, al momento, contaban únicamente con la posibilidad de, luego de haber acudido a las instancias internas, solicitar a sus estados que, haciendo uso de la figura de Derecho Internacional Público

conocida como el “endoso”, hagan de sus reclamaciones un asunto de estado y, en consecuencia, eleven el conflicto a una jerarquía estado-estado.

Ahora bien, como es predecible, dicho mecanismo no solo resultaba engorroso sino que, sobre todo, resultaba ineficaz. La reclamación del estado al cual pertenecía el sujeto supuestamente perjudicado no tenía por finalidad alcanzar una indemnización a causa del perjuicio patrimonial sufrido por el inversionista sino que, en el mejor de los casos, tenía por objeto que el estado reclamante sea compensado por el daño a su “soberanía” (manifestada en la personas del nacional agredido). (AMPUERO, 2007)

Frente a estas y otras consideraciones, la aparición de un derecho internacional para la protección de inversiones, era cosa de poco tiempo.

2.1.2. División internacional de roles entre países exportadores e importadores de capital.-

La implementación e imposición en occidente de las políticas neoliberales que, en esencia, buscaban liberalizar o desregular el flujo de capitales y mercancías a nivel internacional, se desarrolló dentro de una dinámica internacional de poder según la cual se dividió a los estados en 1) “Desarrollados y exportadores de capital”; y, 2) “Subdesarrollados e importadores de capital”.

En medio de esta dinámica los países exportadores de capital, aquellos cuyos nacionales invierten sus capitales en los estados receptores o importadores de capital, sometieron a los países importadores de capital a una serie de condiciones y regulaciones de cuya aceptación, al menos en el discurso, dependía que sus nacionales efectivamente inviertan sus capitales.

Para los años sesenta dicha dinámica de sometimiento se vio agravada por cuanto, en vista de la globalización de los mercados y la cada vez mayor interdependencia de las economías nacionales, la inversión extranjera se había convertido en uno de los principales mecanismos a través de los cuales, al menos en principio, los países subdesarrollados apuntan a incrementar el tamaño de sus economías.

El asunto es simple, al ser pocos los estados desarrollados y muchos los subdesarrollados, los países exportadores de capital tenían la posibilidad de prescindir de realizar inversiones en aquellos países que no acepten las condiciones y, como es fácilmente predecible, esta posibilidad se convirtió en un mecanismo para imponer condiciones y someter a los estados nacionales a la voluntad de los países exportadores de capital.

En ese marco inició una abierta lucha entre países exportadores e importadores de capital por manejar o influir en el establecimiento de las reglas que conformarían el sistema internacional de protección de inversiones.

2.1.3. La “doctrina Calvo” Vs la “Doctrina Hull”.-

En el marco del desarrollo de una necesaria arquitectura jurídica para la solución de conflictos relativos a inversiones entre inversionistas y los estados receptores de la inversión, como era de esperarse, existieron más de dos posiciones. Sin embargo, en resumen, todas las posiciones plegaron a una de las dos grandes partes del conflicto, por un lado los países en desarrollo e importadores de capital y, por otro, los países desarrollados y exportadores de capital.

Representadas por la “doctrina Calvo”, que adopta su nombre en honor a su impulsor, el jurista argentino Carlos Calvo, se encontraba a todas aquellas posiciones que privilegiaban la potestad de los países en desarrollo y receptores de inversión para resolver a través de sus jurisdicciones nacionales las demandas o denuncias presentadas por quienes inviertan capitales en sus territorios y, por otro lado, representadas en la “doctrina Hull”, denominada así en honor a su mentor, el jurista estadounidense Cordell Hull⁸, se encontraban aquellas posiciones que proponían la creación de tribunales internacionales para la solución de conflictos relativos a inversiones. Las primeras defendidas por países en desarrollo e importadores de capital y, las segundas, como es lógico, defendidas por los países desarrollados y exportadores de capital.

⁸ En 1938 el entonces Secretario de Estado Cordell Hull participo en una ronda de negociaciones con su par mexicano, el Ministro de Relaciones Exteriores Eduardo Hay, dentro de la cual se discutía sobre el supuesto “fracaso” de México para compensar a los inversionistas estadounidenses que perdieron sus tierras como fruto de la reforma agraria mexicana que tuvo lugar en la década de 1920. En el marco de dicha negociación Cordell Hull plantea la denominada “formula Hull” en base a la cual la indemnización debía ser “pronta, adecuada y eficaz”.

En adición a la posición que ambas teorías adoptaron respecto de los mecanismos para la solución de conflictos relativos a inversiones, existían, en lo esencial, diferencias en cuanto al tratamiento que ambas teorías consideraban que se debía otorgar a los inversionistas.

La teoría Calvo promovía otorgar un trato equitativo a los inversionistas nacionales frente a los extranjeros, mientras que, la doctrina Hull, promovía dar un trato especial a los inversionistas extranjeros. La doctrina Calvo sostenía que los inversionistas extranjeros no gozaban de mayores derechos que los ciudadanos del país que los alojaba. Por lo tanto *“Esta teoría implicaba que si las garantías de los nacionales eran reducidas, se podía hacer otro tanto con las de los extranjeros”* (Calvo, 1868).

Sobre este particular, el autor Chileno Juan Pablo Bohoslavsky (2010), expone que:

“Esa falta de acuerdo se tornó crecientemente dramática con la ola de expropiaciones y nacionalizaciones que sucedieron a la segunda guerra mundial en numerosos países de Europa del Este y América Latina, así como los países descolonizados (Doman, 1948). Estas situaciones se procuraban solucionar mediante negociaciones que prácticamente nunca concluyeron en el reconocimiento de compensaciones totales que representarían valores de mercado (Dolzer, 1981) ni el respeto de la ya explicada Fórmula Hull.”

Es así que, para la década de los sesenta, el mundo se encontraba frente a una disputa entre países desarrollados y en desarrollo por establecer las reglas para una nueva arquitectura jurídica internacional de protección de inversiones. Los esfuerzos diplomáticos de los países receptores de inversión desembocaron en hitos tales como la aprobación en el seno de la Asamblea General de las Naciones Unidas de la declaración de “Soberanía permanente sobre los recursos naturales”, en 1962, o la aprobación de la “Carta de los derechos y deberes económicos de los estados”, en 1974. Documentos, ambos, con los que sin lugar a dudas se demostró la mayoritaria voluntad internacional de garantizar la soberanía de los países en vías de desarrollo y, en consecuencia, de reivindicar las jurisdicciones nacionales como el “lugar” adecuado para procesar los conflictos relativos a inversiones, sin embargo, como veremos mas adelante, la “doctrina Hull”, terminó siendo impuesta.

2.1.4. Proliferación de los Tratados Bilaterales de Protección de Inversiones y los Tratados de Libre Comercio.-

Frente al rotundo fracaso de los esfuerzos diplomáticos de los Estados Unidos tendientes a conseguir acuerdos multilaterales en materia de protección de las inversiones extranjeras (UNCTAD, 1998; Dolzer y Schreuer, 2008), y, en especial, en atención a la premisa de que el incremento de inversiones extranjeras en los países en vías de desarrollo coadyuvaría al crecimiento de dichas economías, los países exportadores de capitales, encabezados por los Estados Unidos, pusieron en marcha una nueva estrategia que consistía en la negociación de acuerdos bilaterales con un contenido prácticamente estándar y, con prácticamente todos los países del globo.

En resumen, la estrategia de los Estados Unidos frente a la negativa del bloque de países en desarrollo para adherirse a sus propuestas de tratados multilaterales para la protección de inversiones, consistió en aprovechar su inmensa capacidad de negociación y suscribir, con cada uno de los estados, al menos de los estados latinoamericanos, un modelo casi inflexible de Tratado Bilateral de Protección de Inversiones.

El texto de dichos tratados, denominados como Tratados Bilaterales de Protección Recíproca de Inversiones (en adelante TBI's), incluía, entre otras cosas, la cesión expresa de jurisdicción en materia de inversiones a favor de tribunales arbitrales creados para el efecto y la posibilidad de que los estados sean demandados directamente por los inversionistas sin necesidad de agotar los recursos internos (Bohoslavsky, 2010). Ambas cláusulas promovidas por la "doctrina HULL".

La primera parte del esfuerzo estadounidense por hacerse con el diseño del sistema internacional de protección de inversiones consistió en crear una serie de Centros Arbitrales, de los cuales el más conocido es el CIADI, a fin de que, dentro de los TBI's, los estados suscriptores se sometieran a su jurisdicción.

Los tratados de creación de dichos centro de arbitraje como el “Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados” (tratado de creación del CIADI), que entró en vigor en 1966, lograron apoyo multilateral y fueron generados y promovidos desde el seno de organizaciones tales como el Banco Mundial o las propias Naciones Unidas.

El tratado de creación del CIADI, y en general los tratados que originan los centros de arbitraje en materia de inversiones, contiene reglas de índole exclusivamente procesal pues, la negociación de los asuntos sustanciales como los estándares de protección de inversiones, fue relegada para los TBI’s que, utilizando la terminología del derecho de los consumidores, constituyeron, al menos en lo esencial, unos auténticos “contratos de adhesión” frente a los que los países en vías de desarrollo tenían dos opciones, o se adherían, o no lo hacían (con las consecuencias negativas que ello implicaba).

Así, en apenas una década, los Tratados Bilaterales de Protección Recíproca de Inversiones se habían convertido en el sustento normativo que sostenía todo el complejo sistema internacional de protección de inversiones que, con apenas un par de alteraciones, continúa vigente hasta el día de hoy. Los Tratados Bilaterales de Protección Recíproca de Inversiones establecen las reglas y los Centros de Arbitraje internacional, fruto de los antes mencionados tratados multilaterales, se encargan de hacer cumplir dichas reglas.

Aunque el primer Tratado Comercial que contiene mecanismos de protección de inversiones, suscrito entre Estados Unidos y Francia, data de 1778⁹, fue recién en la década de los sesenta, concretamente a partir de 1966 tras la creación del CIADI, que comenzó la suscripción masiva de TBI’s, ya no como un asunto auténticamente binacional sino como parte de un complejo sistema internacional de protección de inversiones. Pese a que para el año de 1960 el número total de

⁹ El 6 de febrero de 1778 Francia reconoce la independencia de los Estados Unidos de América y, en consecuencia, se suscriben tratados comerciales y se intercambian representantes diplomáticos. El “Tratado de la Alianza con Francia” o “Franco-American Treaty” se suscribe el 6 de febrero de 1778 en el marco de una alianza defensiva entre Francia y EEUU que incluía la promesa de apoyo militar por parte de Francia en caso de futuros ataques a la recién formada nación por parte de Gran Bretaña. El tratado fue suscrito por el propio Luis XVI y sería anulado en 1793 cuando George Washington proclamaba la imparcialidad de EEUU frente a la Revolución Francesa.

TBI's suscritos no alcanzaba una decena, para 2008 se había registrado la suscripción de 2.700 tratados de esta naturaleza a lo largo y ancho del planeta.

Ahora bien, ¿de que tratan en concreto los Tratados Bilaterales de Protección Recíproca de Inversiones?.

Como su nombre lo indica cada Tratado Bilateral de protección de Inversiones contiene una serie de estándares y mecanismos para la protección de inversiones además de, claro esta, una serie de incentivos para la inversión, sin embargo, en lo esencial, la gran mayoría de los TBI's, al menos de aquellos suscritos entre países desarrollados y en vías de desarrollo, incluyen las siguientes cláusulas:

1. El país se somete a la jurisdicción arbitral del CIADI (o su equivalente en cada tratado) en todos aquellos conflictos que se deriven de la inversión de un individuo nacional del país con el que se suscribe el tratado.
2. El inversionista puede demandar al estado directamente y sin la necesidad de haber agotado previamente los recursos de la jurisdicción interna.
3. El derecho internacional puede ser aplicado a la relación entre el inversionista y el estado receptor de la inversión.

Ahora bien, mas allá de dichas cláusulas, que aún estipulan temas de índole procesal, los TBI's incluyen una serie de estándares materiales muy poco explícitos, tales como el estándar de "trato justo y equitativo" o el propio concepto de "expropiación indirecta". La falta de detalle sobre el alcance y contenido real de los estándares de protección incluidos en los TBI's no es, por supuesto, un asunto casual.

En realidad, dicha falta de detalle obedece, sobre todo, a dos concretas razones de índole político. La primera tiene que ver con que, al ser los TBI's tratados internacionales que deben ser aprobados por los parlamentos y, por tanto, escudriñados políticamente, su contenido respecto a las obligaciones que

asumen los estados firmantes no podía ser demasiado específico y, la segunda, tiene que ver sobre todo con la voluntad de los países desarrollados para que la definición del alcance y contenido de dichos estándares sea maleable y este a merced de las decisiones adoptadas por los centros de arbitraje.

En este sentido, Juan Pablo Bohoslavsky (2010) manifiesta:

“Mientras que la convención del CIADI solamente define una estructura procesal, los TBIs establecen una serie de estándares materiales pero sin detallar con precisión los derechos y obligaciones de las partes, o por lo menos no lo hacen en un grado tal que brinde a los árbitros todas las pautas jurídicas necesarias para poder resolver los casos que les son sometidos —a diferencia de los jueces domésticos que cuentan con normas mucho más precisas—, con lo que su trabajo es lo que en definitiva fija la extensión concreta de los estándares de protección de los inversores.”

Podemos decir entonces que, en general, además de las cláusulas arbitrales, los TBI's incluyen una serie de estándares cuyo alcance y contenido rara vez se encuentra definido en el propio tratado, entre estos estándares, como veremos mas adelante, es precisamente en donde tiene cabida la institución que motiva el presente estudio, es decir, la “expropiación indirecta o regulatoria”.

2.1.5. Fin de la guerra fría, imposición de un sistema global de mercado y explosión del comercio internacional.-

El fin de la guerra fría y la desintegración del bloque soviético trajo consigo la imposición a escala global de un sistema hegemónico de mercado (capitalismo de libre mercado). Esta realidad, sumada al fortalecimiento de los sistemas internacionales de protección de inversiones producido por la firma masiva de acuerdos, sobre todo bilaterales, de protección de inversiones, generó las condiciones adecuadas para que se incremente vertiginosamente el número de intercambios comerciales internacionales y, en especial para el tema que nos convoca, el número de inversiones realizadas por nacionales de un determinado estado en un estado ajeno al suyo.

La explosión sin precedentes en la historia de la humanidad del comercio internacional y de la movilidad de capitales entre países marcó, sin lugar a

dudas, el inicio de una nueva época, tanto para el mundo como para el derecho internacional de protección de inversiones.

Esta nueva etapa de las relaciones comerciales entre estados y entre nacionales de distinto estado tornó indispensable, como no podía ser de otra manera, la construcción de nuevos mecanismos institucionales para la protección de inversiones entre los cuales sobresalen el fortalecimiento y la interpretación cada vez más extensiva de los estándares incluidos en los TBI's.

2.1.6. El fin de las grandes nacionalizaciones y expropiaciones tradicionales sin compensación económica (confiscaciones).-

Si bien durante mucho tiempo la nacionalización o la confiscación de bienes propiedad de los inversionistas fue la preocupación estelar del derecho internacional de protección de inversiones, no resulta exagerado decir que, tras la caída de la Unión de Republicas Socialistas Soviéticas (URSS), las grandes nacionalizaciones y confiscaciones directas a bienes de proyectos de inversión se convirtieron en asuntos del pasado. La última gran ola de nacionalizaciones y confiscaciones había tenido lugar durante la guerra fría debido, en particular, a la expansión de la cortina de hierro y la incorporación de los países de Europa del Este al bloque soviético.

Tras el fin de la guerra fría las grandes nacionalizaciones se volvieron cada vez menos frecuentes. Es en ese contexto que encontramos en la doctrina más autorizada referencias a 1991, año de disolución de la URSS, como punto de referencia a partir del cual cesaron los grandes procesos de nacionalizaciones y confiscaciones de propiedades pertenecientes a inversionistas, y es que, en efecto, para la última década del siglo XX las expropiaciones directas, al menos cuando estas no involucran el pago de una justa compensación (confiscaciones), se habían tornado realmente escasas.

En este contexto histórico, frente a la necesidad por parte de los países subdesarrollados e importadores de capitales por atraer inversión, es que las expropiaciones o nacionalizaciones directas dejan de ser una preocupación de primer plano, sin embargo, y aquí es donde la historia desemboca en el asunto

central de nuestro trabajo, los inversores empezaron a denunciar lo que ellos llamaron expropiaciones “camufladas” o “indirectas”

Si bien se asumió como una costumbre infranqueable que los estados compensen o indemnicen a los inversionistas extranjeros cuando han expropiado sus bienes de capital, las experiencias de la Revolución Iraní, entre otros hechos históricos, demostraron al mundo que sin necesidad de que se constate la transferencia formal del título de propiedad sobre los bienes de los inversionistas, los cambios regulatorios podían tener efectos equivalentes a la expropiación (o , al menos, así lo han sostenido mayoritariamente los tribunales arbitrales internacionales en materia de protección de inversiones).

En concreto, los inversionistas advirtieron que con medidas tales como la toma del manejo de compañías por parte de interventores del gobierno del país que aloja la inversión o la inutilización de los bienes de capital mediante regulaciones ambientales, por ejemplo, el estado estaría cometiendo algo así como una “expropiación indirecta”.

Si bien el concepto ha sido ampliamente cuestionado por importantes sectores de la doctrina e incluso, pese a que el debate sobre el alcance y contenido de la “expropiación indirecta” no parece admitir consensos, al día de hoy, dentro del sistema internacional de protección de inversiones este se ha convertido ya en un asunto central. Al respecto la autora estadounidense Catherine Yannaca-Samll (2005) manifiesta que:

“Después de la década de los 70 y 80, las expropiaciones directas se volvieron inusuales, razón por la cual, hoy en día el objeto central de estudio del derecho internacional de inversiones es el concepto de expropiación indirecta y, mas importante aún, el estudio de los criterios que deberían ayudar a los jueces a definir y articular la diferencia entre las expropiaciones indirectas que requieren compensación y las medidas gubernamentales que impactan en una inversión pero que no requieren compensación.”¹⁰

¹⁰ Traducción realizada por el autor, a continuación el texto original:

“After the 70s and the 80s, direct expropriation become unusual so now the main study object of international investments law is the concept of indirect expropriation and, more important, the study of the criteria than help judges to define and articulate the difference between an indirect expropriation

Las suma de los factores expuestos en el presente apartado de “antecedentes históricos” han desembocado en la imperante necesidad de estudiar y tomar posición respecto a la conveniencia de asumir el concepto de expropiación indirecta y sobre, todo, respecto del alcance que se le debe dar a dicha institución.

Una vez que hemos revisado y analizado los hechos históricos que desembocaron en la generación de las condiciones de posibilidad necesarias para el desarrollo del concepto de expropiación indirecta procederemos a revisar y analizar, tanto los textos normativos, como los precedentes jurisprudenciales que nos permitirán entender cual es el estado actual del debate respecto de la problemática que nos convoca.

2.2. La expropiación indirecta en los acuerdos internacionales de protección de inversiones: El caso de los TBI's y los TLC's.-

Como se desprende de la lectura de los antecedentes históricos analizados en el título precedente, la institución de la expropiación indirecta nace, se justifica y es aplicable en virtud de la suscripción tanto de Tratados de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (TBI's) como de Tratados de Libre Comercio (TLC's). Es en tal virtud que en el presente título analizaremos en detalle la naturaleza jurídica y el contenido de los TBI's, y, en especial, la forma en que la expropiación indirecta se incluye en dichos textos normativos.

Es importante aclarar que pese a que durante el desarrollo del presente capítulo haremos eventualmente referencia a algún Tratado de Libre Comercio, centraremos nuestra atención en el análisis detallado de los Tratados Bilaterales de Protección Recíproca de Inversiones, esto por cuanto el contenido generalmente incluido en los TLC's en materia de inversiones es idéntico, o extremadamente similar, al contenido de los TBI's que a continuación analizaremos.

requiring compensation and a governmental measure impacting an investment but not requiring compensation.”

2.2.1. Naturaleza jurídica de los TBI's.-

Los Tratados Bilaterales de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones son, para todos los efectos y de acuerdo con el artículo 2 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, genuinos Tratados Internacionales y, en tal virtud, su suscripción, ratificación, ejecución y denuncia se debe acoplar al procedimiento ordinario establecido para el resto de tratados internacionales.

A continuación nos permitimos transcribir el artículo 2 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que en su parte pertinente manifiesta:

“Artículo 2. TERMINOS EMPLEADOS:

1. Para los efectos de la presente Convención:

a) Se entiende por "tratado" un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya sea que conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular;”¹¹

Los TBI's son entonces tratados internacionales suscritos voluntariamente entre dos países, ratificados por sus respectivos parlamentos, de obligatorio cumplimiento para las partes y con un procedimiento especial para su denuncia. Su particularidad, por supuesto, reside en que tratan indefectiblemente sobre estándares y mecanismos para la protección y “promoción de inversiones” y en que, como su nombre lo indica, son suscritos entre no más de dos estados.

Ahora bien, en cuanto a la fuerza vinculante de los TBI's cabría preguntarse: ¿qué consecuencias acarrea el incumplimiento de un tratado de esta naturaleza?, al respecto la autora peruana Ana Ampuero (2007), en su análisis respecto de los TBI's nos recuerda que:

“...la vulneración de algunas de las obligaciones contenidas en los compromisos asumidos en estos acuerdos, conlleva la Responsabilidad Internacional del Estado y, por lo tanto, la aplicación de las reglas que tal institución implica, a partir de la configuración del hecho internacionalmente ilícito (o hecho ilícito internacional), tal como lo ha propuesto la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas en sus estudios sobre esta materia.”

¹¹ La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados reposa en el repositorio de tratados internacionales de la Organización de Naciones Unidas, fue suscrita en Viena (Austria) el 23 de mayo de 1969 y entró en vigencia el 27 de enero de 1980. El Ecuador figura como estado parte de la convención.

Es decir, los TBI's son, para todos los efectos, inclusive en cuanto a los efectos de su incumplimiento, tratados internacionales y, en consecuencia, su incumplimiento acarrea responsabilidades de índole internacional. Ahora bien, en adición a las posibles consecuencias jurídicas, el incumplimiento de los TBI's, especialmente de los suscritos con los EEUU, ha acarreado gravísimas consecuencias de índole político para los estados tales como sanciones comerciales o perjuicios indirectos como la inmediata reducción de la calificación del estado "infractor" en los índices de "riesgo país", entre otros mecanismos de presión comercial y política.

2.2.2. Contenido de los Tratados Bilaterales de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones: El TBI suscrito entre la República del Ecuador y los Estados Unidos de América.-

Como se analizó previamente, la gran mayoría de TBI's, al menos de aquellos en los que participa EEUU, poseen una estructura y contenido genérico. Su contenido, en más o en menos, se copla a la siguiente estructura: 1) Estándares de Protección de Inversiones, 2) Protección contra riesgos no comerciales y, 3) Mecanismos de solución de controversias.(AMPUERO, 2007)

En el presente título analizaremos en detalle dicha estructura y contenido utilizando como ejemplo transversal el TBI suscrito entre Ecuador y EEUU¹², nuestro análisis girará en torno a la estructura y el contenido del mencionado tratado y será complementado con análisis de la doctrina más autorizada al respecto.

2.2.2.1. Preámbulo y definiciones importantes.-

Como en todo tratado, las cláusulas operativas del TBI analizado están precedidas por un preámbulo "pactado" entre las partes. Dentro de dicho preámbulo se determinan los objetivos centrales y las motivaciones que llevan a los estados comparecientes a la suscripción del TBI.

¹² En el marco de la estrategia internacional de suscripción de TBI's promovida por los Estados Unidos de América, el 27 de agosto de 1993 se suscribe en Washington D.C el "Tratado entre los Estado Unidos de América y la República del Ecuador sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones". El tratado, tras ser ratificado por el entonces Congreso ecuatoriano, entra en vigencia el 11 de mayo de 1997.

El asunto del preámbulo, pese a parecer irrelevante, ha tenido gran importancia para las decisiones adoptadas por los tribunales arbitrales respecto de las disputas suscitadas entre inversionistas y estados suscriptores de TBI's o Tratados de Libre Comercio, esto en virtud de que, en vista de la falta de detalle que brindan los TBI's y los Tratados de Libre Comercio respecto del alcance de los estándares de protección en ellos incluidos, los tribunales arbitrales han tenido que recurrir frecuentemente a los considerandos como fuente para completar el sentido y alcance de la parte operativa de los tratados.

Sobre este particular el autor chileno Juan Pablo Bohoslavsky, en su informe sobre el impacto de los TBI's elaborado para la Comisión Económica para América Latina (CEPAL), manifiesta que:

“Siendo los TBIs tratados internacionales, se les aplica la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Es por eso que no resulta extraño que los árbitros utilicen como pauta interpretativa en sus laudos los objetivos y propósitos de los acuerdos (artículo 31 de la Convención de Viena), que usualmente se hallan en los preámbulos de los TBIs. Lo relevante, en realidad, es la manera en que los objetivos y propósitos del TBI son interpretados. En ese sentido, como la inmensa mayoría de los TBIs establecen que su objetivo principal es proveer a los inversores extranjeros de derechos y de un sistema especial de protección, los árbitros suelen aplicar una interpretación expansiva de sus cláusulas, al mismo tiempo que subestiman sus potenciales consecuencias negativas en los procesos decisorios estatales y otras cuestiones de interés público.”(Bohoslavsky, 2010)¹³

Tras el preámbulo, que incluye una serie de declaraciones sobre el objeto del tratado tales como *“las partes: Deseando promover una mayor cooperación económica entre ellas”, etc.*¹⁴ el modelo de TBI popularizado por los EEUU dedica su primer artículo a la definición de los términos esenciales para la cabal comprensión del tratado. En nuestro caso, se trata de términos tales como *“inversión”, “extranjero”, “nacional”, “expropiación”, etc.*

¹³ El modelo 2004 de TBI de los Estados Unidos prevé en su preámbulo que su objetivo es establecer un “marco estable” para las decisiones relativas a inversiones, mientras que el modelo alemán de 1994 añade “para generar condiciones favorables para las decisiones de invertir”.

¹⁴ Tratado Bilateral de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones suscrito y ratificado entre la República del Ecuador y los Estados Unidos de América.

Cabe mencionar que así como el contenido del preámbulo, las definiciones contenidas en el glosario de términos, han sido, en muchos casos, determinantes para la interpretación realizada por los Tribunales Arbitrales en materia de inversiones sobre el alcance de los estándares de protección. El estudio detallado del preámbulo y el glosario de términos resulta entonces un asunto de vital importancia para la cabal comprensión de los TBI's.

2.2.2.2. Estándares de protección.-

En segundo lugar los TBI's contienen la mención, y en ocasiones una breve definición, de un catalogo de "estándares de protección" que los estados parte del tratado se comprometen a respetar en el marco de la protección a las inversiones realizadas por los nacionales del país con el que se suscribe el TBI. Dichos estándares son, en esencia, "normas de conducta" a las que se comprometen los estados y constituyen la parte principal del objeto de la obligación contenida en los TBI's.

El tratado suscrito entre Ecuador y EEUU, al igual que los demás TBI's analizados¹⁵, contiene dos grandes tipos de estándares de protección, los relativos y los absolutos.

La doctrina conoce como estándares relativos a aquellos cuyo contenido y alcance se deduce de la comparación entre el trato que reciben los inversionistas nacionales del estado receptor de la inversión o los inversionistas nacionales de terceros estados, con el trato que reciben los inversionistas beneficiarios del TBI (AMPUERO, 2007). Así por ejemplo, encontramos los estándares de trato nacional o de la nación más favorecida

Por otro lado encontramos a los estándares absolutos, es decir, aquellos cuyo contenido y alcance esta definido, o al menos debería estar definido, por el propio instrumento internacional(AMPUERO, 2007). En ese grupo encontramos, por ejemplo, al estándar de protección y seguridad plenas o al estándar de trato justo y equitativo.

¹⁵ Ver TBI suscrito entre: Uruguay y EEUU; Argentina y EEUU; Chile y EEUU; Colombia y EEUU; Costa Rica y EEUU.

Los estándares absolutos, a diferencia de los relativos, encierran conceptos “puros” cuyo alcance y contenido delimita el objeto de la obligación que asumen los estados y que, por su naturaleza, deberían estar definidos en el propio instrumento, sin embargo, como lo hemos mencionado con anterioridad, es precisamente en este grupo de estándares en donde se camufla el altísimo grado de inseguridad jurídica que acompaña a los TBI’s y que convierte a dichos instrumentos en verdaderos “cheques en blanco” a favor de los tribunales arbitrales internacionales.

A continuación analizaremos brevemente el contenido y alcance de los principales estándares de protección recogidos, entre otros, por el TBI suscrito entre el Ecuador y los EEUU.

2.2.2.2.1. Estándares relativos: Estándar de Tratamiento Nacional y Estándar de la Nación más Favorecida.-

Los estándares relativos de protección de inversiones son aquellos que, como ya lo hemos mencionado, establecen como obligación para las partes el garantizar al inversionista extranjero un tratamiento similar al que se brinda a otros inversionistas, a continuación, analizaremos los estándares relativos de “tratamiento nacional” y de la “nación mas favorecida”, ambos utilizados, casi sin excepción, en todos los tratados internacionales relativos a la protección de inversiones (TBI’s y TLC’s).

Sobre el estándar de tratamiento nacional.-

El estándar de tratamiento nacional busca ubicar al inversionista nacional y al extranjero en un mismo nivel de competencia y, para el efecto, en el modelo genérico de TBI suscrito por EEUU, entre los que se encuentra el tratado suscrito con el Ecuador, se incluye, con ciertas variaciones en la redacción, la siguiente cláusula:

“Cada Parte concederá a los inversionistas de la otra Parte un trato no menos favorable que el que conceda, en circunstancias similares, a sus propios inversionistas(...) en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración,

conducción, operación y venta u otra disposición de las inversiones en su territorio.” (énfasis añadido)

En general, del Estándar de Tratamiento Nacional, se pueden resaltar dos circunstancias. La primera, que el estándar busca establecer un parámetro de comparación en virtud del cual la forma en que el estado receptor de la inversión trata a sus inversionistas nacionales se convierte en una especie de “mínimo” por debajo del cual no le es lícito tratar al inversionista extranjero.

La segunda, que dicha comparación entre el tratamiento ofrecido por el estado receptor de la inversión a los inversionistas nacionales y extranjeros parte de una condición según la cual, para que el ejercicio comparativo sea válido, los inversionistas deben estar en una “situación similar”. Este es el elemento esencial del estándar pues constituye la razón de la “relatividad” del mismo, es en virtud de este criterio que resulta indispensable que, para definir una potencial violación al estándar de tratamiento nacional, se deba, necesariamente, realizar un análisis “caso por caso”.

La relatividad del estándar subyace en el hecho de que no establece una condición mínima de trato en un sentido absoluto, es decir, una determinada acción puede constituir una violación al estándar en un determinado país y no en otro.

Por ejemplo, si el país “A” ofrece a sus inversionistas nacionales la posibilidad de acceder a un crédito público sin intereses y un país “B” no lo hace, el no ofrecer dicho crédito a los inversionistas del país con el que se suscribe el TBI constituiría una violación al estándar de tratamiento nacional en el país “A” y no en el país “B”.

Debemos mencionar, por último, que la reclamación presentada por el inversionista extranjero que se motive en la vulneración del estándar de tratamiento nacional, al igual que en los demás estándares, debe necesariamente acompañarse con la prueba de la existencia de un daño

de naturaleza patrimonial, elemento sin el cual la reclamación no podría ser siquiera presentada. Es decir, el solo trato desigual entre el inversionista nacional y extranjero, sino se acompaña de la prueba de un perjuicio patrimonial, no es susceptible de ser indemnizado. (AMPUERO, 2007)

Sobre el estándar de la nación mas favorecida.-

Por otro lado el estándar de la “nación mas favorecida” busca asegurar para el inversionista extranjero un mismo nivel de competencia, con la diferencia de que, esta vez, no frente a los inversionistas nacionales del estado receptor de la inversión sino, frente a inversionistas de terceros países que realicen su inversión en el territorio del mismo estado. Para esto, el trato que recibe el inversionista extranjero beneficiario del TBI se debe comparar con el trato “mas favorable” que el estado receptor de la inversión haya ofrecido a los inversionistas de terceros estados.

El estándar de la “nación mas favorecida” obliga al estado suscriptor del TBI a otorgar a los inversionistas nacionales de su contraparte un trato similar al trato más favorable que efectivamente otorgue a un inversionista extranjero en su territorio, es decir, la comparación no se debe hacer con “los textos normativos” más favorables a inversionistas de terceros estados sino con el trato que, de hecho, el estado ofrezca a estos inversionistas.

En el caso del tratado suscrito entre Ecuador y EEUU, el estándar de la “nación más favorecida” se incluye en la misma cláusula que el estándar de tratamiento nacional, de la siguiente manera:

“Artículo II, numeral 1.- Cada Parte permitirá y tratará las inversiones y sus actividades afines de manera no menos favorable que la que otorga en situaciones similares, a sus propios inversionistas, o a las inversiones o actividades afines de los nacionales o sociedades de cualquier tercer país, cualquiera que sea la más favorable, sin perjuicio del derecho de cada Parte a hacer o mantener excepciones que correspondan a alguno de

los sectores o asuntos que figuran en el Anexo del presente Tratado” (énfasis añadido)

Al igual que en el estándar de tratamiento nacional, en el estándar de la “nación más favorecida” existe la condición en virtud de la cual los inversionistas deben “encontrarse en una situación similar” para que el ejercicio comparativo sea válido, ahora bien, es importante aclarar que el tratamiento más favorable solo se refiere a asuntos sustantivos y no adjetivos, así por ejemplo, un inversionista no podría solicitar que su reclamación se tramite en un centro de arbitraje fruto de un tercer TBI por considerar que este centro es “mas favorable” a sus intereses.

Con esto y el estándar de tratamiento nacional, se pretende asegurar para los inversionistas extranjeros una situación de absoluta igualdad frente a cualquier otro inversionista en el territorio del estado receptor de la inversión.

2.2.2.2.2. Estándares absolutos: Estándar de “tratamiento justo y equitativo” y estándar de “protección y seguridad plenas”.-

Los estándares absolutos, por su parte, son aquellos cuyo alcance y contenido no depende de un criterio comparativo y que, en consecuencia, establecen una obligación cuyo cumplimiento no depende del trato que se ofrezca a otros inversionistas, así por ejemplo, una determinada acción que en un estado “A” suponga una contravención de un estándar absoluto debería, si se resuelve el caso en estricto derecho, constituir una contravención del mismo estándar en un estado “B” o “C”, esto, claro esta, si se trata de un estándar establecido de idéntica forma en los TBI’s sucritos por los estados “A”, “B” y “C”.

A continuación analizaremos los estándares absolutos de “trato justo y equitativo” y de “protección y seguridad plenas”.

Sobre el estándar de trato justo y equitativo.-

El estándar de “trato justo y equitativo” es, a diferencia de los estándares de “tratamiento nacional” y de “nación mas favorecida”, un estándar absoluto, sin embargo de lo cual, como lo hemos mencionado con anterioridad, se encuentra únicamente enunciado en los TBI’s y su por demás extenso desarrollo ha sido relegado, casi por completo, a los criterios emitidos por los tribunales arbitrales creados como fruto del propio sistema internacional de protección de inversiones.

Para entender el contenido y alcance del estándar de trato justo y equitativo, a diferencia de lo sucedido con los estándares relativos, no basta con realizar un simple ejercicio comparativo sino que es necesario asumir el titánico reto de definir lo que significa “trato justo” y “trato equitativo”. Al respecto, pese a que son innumerables los artículos académicos que se han escrito, la definición del contenido y alcance del estándar continua constituyendo un dolor de cabeza para la doctrina y, en especial, para los estados que frecuentemente deben defenderse de denuncias por haber “transgredido el estándar”.

En el TBI suscrito entre la República del Ecuador y los EEUU, como en la gran mayoría de TBI’s, el estándar objeto de nuestro análisis se encuentra apenas enunciado en cláusulas como la que a continuación me permito transcribir:

3.a.- Las inversiones, a las que se concederá siempre un trato justo y equitativo, gozarán de protección y seguridad plenas y, en ningún caso, se le concederá un trato menos favorable que el que exige el derecho internacional.¹⁶

Como se puede observar, la cláusula incluida en el TBI analizado se limita a nombrar el estándar y, en consecuencia, su definición esta abierta a las mas imaginativas y expansivas interpretaciones.

Sobre la falta de definición del contenido y alcance del estándar de “trato justo y equitativo”.-

¹⁶ Tratado de Promoción y Protección Reciproca de Inversiones suscrito entre la República del Ecuador y los Estados Unidos de América.

Ahora bien, como es claro, la falta de definición respecto del contenido del estándar no es un asunto fortuito. Quienes promueven la suscripción de los TBI's han defendido la falta de definición de los estándares en base al argumento de que dicha indefinición permite otorgar a los tratados (TBI's) la flexibilidad necesaria para adaptarse a las condiciones que el futuro demande y, en adición, han mencionado que es una costumbre de larga data en el derecho anglosajón el relegar la definición de los textos normativos al desarrollo jurisprudencial.

En cuanto a estos argumentos, en nuestra opinión, existe una ingenua confusión. Si bien es claro que, a diferencia de lo que sucede en el sistema romano-germánico, es una costumbre en el derecho anglosajón que los textos normativos sean lo suficientemente generales y abstractos como para que su desarrollo jurisprudencial pueda ser flexible y dinámico, también en cierto que en ninguno de los dos sistemas se acostumbra a relegar la interpretación de las cláusulas que surten efectos "*inter partes*" al desarrollo jurisprudencial.

La costumbre anglosajona mencionada en el párrafo precedente es aplicable, en el propio sistema anglosajón, a textos normativos oponibles "*erga omnes*" tales como la constitución, las leyes o los reglamentos, sin embargo, en todos los sistemas jurídicos, incluido el sistema anglosajón, se pretende que las normas que surten efectos "*inter partes*", tales como los contratos, contengan cláusulas que definan las obligaciones de las partes con el mayor detalle posible.

En este contexto, si bien los TBI's no son en estricto sentido un "contrato", es claro que se trata de tratados en los que las partes estipulan cláusulas que contienen obligaciones no oponibles a terceros y que, en base a la mas elemental definición del principio de "seguridad jurídica", deberían definir las obligaciones adquiridas por las partes con el mayor detalle que sea posible.

Es un principio indiscutido en el derecho universal que un sujeto no puede comprometerse con otro, en una relación jurídicamente válida, a cumplir una obligación cuyo contenido y alcance desconoce. Ahora bien, en base a lo antedicho cabría preguntarse ¿por qué se acepta con tanta normalidad que un estado se comprometa a cumplir obligaciones cuyo contenido y alcance desconoce?.

La indefinición de los estándares de protección, en base a nuestro análisis, resulta ser fruto de un proceso bastante más político que técnico y, en consecuencia, es el origen de un sin número de problemas de índole jurídico para los estados que han suscrito tratados de protección de inversiones.

Sobre los distintos intentos por definir el contenido y alcance del estándar de trato justo y equitativo.-

En base a lo hasta aquí analizado, el establecer un concepto unívoco del estándar de “trato justo y equitativo” resulta ser una tarea prácticamente imposible. En adición a la falta de definición del estándar en los textos normativos que lo contienen nos encontramos con que la interpretación emitida por los tribunales arbitrales al respecto es frecuentemente contradictoria.

En este sentido los autores chilenos Cristóbal de la Cerda y Mónica Goldenberg (2007) manifiestan que:

“La dificultad viene dada por la basta aplicación que se le ha otorgado a este concepto, apareciendo en las primeras negociaciones de Tratados Multilaterales e Instrumentos de Inversión y hoy en día como un capítulo obligado en los Tratados de Libre Comercio...la interpretación que se le ha dado a la cláusula de “tratamiento justo y equitativo” es muy diversa. Tanto la jurisprudencia de los tribunales arbitrales, como la interpretación realizada por la doctrina, no han sido contestes en una sola definición o noción.”

Ahora bien, pese a no existir una definición unánime, la interpretación del estándar de “trato justo y equitativo” realizada por los tribunales arbitrales internacionales en materia de inversiones ha generado, a saber, dos corrientes interpretativas principales, una restrictiva y otra expansiva.

Para la corriente restrictiva el estándar debe entenderse como sinónimo de “el estándar mínimo internacional”, es decir, debe entenderse que un estado ha trasgredido el estándar cuando ha tratado al inversionista de tal forma que no ha alcanzado, por lo menos, el “estándar mínimo internacional” de trato a los inversionistas.

Si bien dicha definición continua siendo ambigua, posee la virtud de que restringe la interpretación del estándar limitándolo a la necesidad de realizar un ejercicio de contraste frente a la forma en que es “internacionalmente aceptado” que se trate a un inversionista. El contenido de esta postura es analizado por el autor ecuatoriano Gustavo Prieto (2013) quien, en su obra, “el trato justo y equitativo en el derecho internacional de inversiones”, manifiesta que:

“En efecto, según esta postura, el contenido del estándar debe ser limitado, ya que caso contrario los tribunales arbitrales pueden no tener límites en la inclusión de nuevos contenidos de lo que representa el trato justo y equitativo, lo que hace que casi cualquier tema pueda ser juzgado por un tribunal internacional usando este estándar como llave para extender su competencia a otros asuntos que no eran originalmente parte de su competencia.”

La interpretación del estándar en este sentido, si bien no delimita del todo su contenido y alcance, posee la virtud de que, al menos, limita la subjetividad de las interpretaciones imponiendo la necesidad de comparar los hechos que presuntamente han generado la transgresión del estándar con la práctica internacional en materia de inversiones.

Así, pese a no saber que es el estándar de “trato justo y equitativo” el estado obligado a “respetar el estándar” tendría la posibilidad de saber, al

menos, que si una practica es internacionalmente aceptada como lícita en cuanto al trato a inversionistas extranjeros, no podría ser considerada como ilícita en su caso o, al menos no en base a la transgresión del estándar de “trato justo y equitativo”.

Por otro lado, existen también quienes defienden una corriente de interpretación expansiva según la cual *“el estándar debe permitir a futuros tribunales crear nuevos estándares cuando la situación lo demande”* (Prieto, 2013).

El sentido de esta visión es defender la indefinición del estándar y sacrificar la seguridad jurídica en aras de proteger la, según sus defensores, necesaria “flexibilidad” que deben tener los estándares para adaptarse a las “nuevas situaciones” que la coyuntura pueda demandar en el futuro.

De esta manera los estados soberanos se han visto obligados a defenderse de acusaciones en las que se les imputa la transgresión de un estándar vacío de contenido cuyos elementos continúan en discusión y cuya imprecisión hace imposible, para los propios estados, preveer con exactitud las consecuencias jurídicas de sus acciones.

Al final, pese a los numerosos esfuerzos realizados por la doctrina para llenar de contenido a estándares que fueron concebidos para no tener un contenido determinado, la solución para el asunto radica en decidir si se quiere permitir que los estados puedan preveer las consecuencias jurídicas de sus acciones o si, en su defecto, se quiere someter a los estados a la arbitrariedad de los tribunales arbitrales.

Sobre el estándar de protección y seguridad plenas.-

En adición al estándar de “trato justo y equitativo” existe también el estándar de “protección y seguridad plenas”. A continuación analizaremos brevemente su contenido sin dejar de advertir que, al igual

que el estándar de tratamiento justo y equitativo, no se encuentra definido en los propios TBI's y su alcance resulta, en consecuencia, incierto.

El estándar de protección y seguridad plenas ha sido definido por lo general como aquel estándar que trata sobre un nivel mínimo de protección "policial" que los estados deben garantizar a los inversionistas y a sus propiedades frente, sobre todo, a amenazas tales como la delincuencia común o la violencia política.

Sin bien las condiciones de seguridad cambian en relación a las condiciones del estado receptor de la inversión, se ha dicho que, al menos frente a los inversionistas extranjeros, existe un nivel mínimo de protección establecido por el derecho internacional consuetudinario que incluye la posibilidad que deben tener los inversionistas para resguardarse en la fuerza pública y, en caso de sufrir daños, para acudir ante organismos administrativos o jurisdiccionales eficaces para tutelar sus derechos.

Ahora bien, como es lógico, al estar el "nivel de protección mínima" que debe ofrecer el estado anfitrión a los inversionistas establecido por el derecho internacional consuetudinario, su constatación debe atenerse a las reglas de formación de una norma de derecho internacional consuetudinario y, quien alegue que se ha violado el estándar, deberá necesariamente probar que "el nivel de protección mínima" que reclama como transgredido constituye una costumbre internacional y en consecuencia, cumple con los requisitos necesarios para constituirse como tal, es decir, debe probar que la "protección" que reclama se ha vuelto costumbre a través de "conductas constantes, continuas e interrumpidas realizadas por los Estados en sus relaciones internacionales con la convicción de actuar conforme a derecho." (AMPUERO, 2007)

A diferencia del estándar de trato justo y equitativo, el estándar de protección y seguridad plenas, delimita, al menos, el objeto de la obligación que asumen los estados suscriptores de TBI's al asunto concreto de la "protección de índole policial" motivo por el cual, si bien no posee un contenido estrictamente definido, es un estándar bastante menos problemático en cuanto a su tratamiento en el seno de los tribunales arbitrales.

2.2.2.3. Prohibición de expropiación directa e indirecta.-

En adición a los estándares de protección de inversiones, tanto los TBI's como los TLC's incluyen, sin excepción, cláusulas de protección contra riesgos no comerciales entre las cuales se encuentra la prohibición de expropiación o nacionalización de los bienes materia de inversiones.

Las cláusulas que contienen la prohibición de expropiación "directa e indirecta", en concordancia con las cláusulas que contienen los estándares de protección analizados en el apartado precedente, omiten definir el contenido y alcance de lo que en los TBI's se denomina como "expropiación directa e indirecta".

En este sentido, el TBI suscrito entre el Ecuador y EEUU contiene la siguiente cláusula:

"Las inversiones no se expropiarán ni nacionalizarán directamente, ni indirectamente mediante, la aplicación de medidas equivalentes a la expropiación o nacionalización (expropiación)", salvo que ello se efectúe con fines de interés público, de manera equitativa y mediante pago de una indemnización pronta, adecuada y efectiva, y de conformidad con el debido procedimiento legal y los principios generales de trato dispuestos en el párrafo 3 del Artículo II." (énfasis añadido)

La cláusula que nos hemos permitido transcribir, cuya redacción, dicho sea de paso, no es distinta a la de la gran mayoría de cláusulas incluidas respecto de la expropiación indirecta en los demás tratados de protección de inversiones y TLC's, parece, en principio, ser bastante completa pues incluso hace mención expresa a los requisitos para la licitud de una expropiación. Ahora

bien, la misma cláusula, cuando es revisada con atención, introduce, en apenas un par de líneas, el más problemático concepto para el derecho internacional de protección de inversiones moderno.

El problema radica en que al mencionar que se prohíben las expropiaciones que se realicen “indirectamente, mediante la aplicación de medidas equivalentes a la expropiación o nacionalización” el TBI transcrito nos plantea el reto de definir cuando puede considerarse que una medida estatal constituye una medida “equivalente a la expropiación o nacionalización” de los bienes materia de una inversión extranjera.

Como veremos durante el desarrollo del presente estudio, el concepto introducido resulta tan amplio y problemático que, al día de hoy, la evidencia empírica demuestra que casi cualquier medida estatal que afecte directa o indirectamente a la propiedad de un inversionista puede ser interpretada como una “expropiación indirecta”.

De igual forma que en los estándares de protección, en la expropiación indirecta, nos encontramos con una institución vacía de contenido y con un alcance solo limitado por la capacidad de abstracción de los inversionistas y miembros de los tribunales arbitrales internacionales, sin embargo, en este caso, la situación es aún mas grave por cuanto, a diferencia de lo que sucede con los estándares de protección, la expropiación indirecta resulta ser una institución mucho más adecuada para reclamar, en contra de estados soberanos, el pago inmediato de indemnizaciones.

El problema en torno a la expropiación indirecta radica en la posibilidad que la redacción de las cláusulas que prohíben la expropiación otorgan al interprete para definir, en base a nada mas que su capacidad de abstracción, el alcance de la prohibición.

En los siguientes capítulos analizaremos en detalle la manera en que la institución que nos convoca ha sido interpretada tanto por la doctrina como por los tribunales arbitrales en materia de inversiones.

2.2.2.4. Mecanismos de solución de conflictos y cláusulas arbitrales para la solución de controversias entre inversionistas y los estados parte del TBI.-

Por último, como se deduce de los antecedentes históricos relatados en el génesis del presente capítulo, tanto los TBI's como los TLC's incluyen, sin excepción, cláusulas de "mecanismos de resolución de conflictos" que, en definitiva, otorgan a los inversionistas la posibilidad de demandar a los estados parte del tratado ante tribunales arbitrales internacionales constituidos para el efecto y sin la necesidad de agotar las instancias contempladas por la jurisdicción interna.

En los tratados de protección recíproca de inversiones suscritos por los EEUU, en general, se someten los diferendos relativos a inversiones a la jurisdicción de los tribunales arbitrales del CIADI o a tribunales ad-hoc constituidos en torno a las reglas de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI o "UNCITRAL" por sus siglas en ingles).

Así, por ejemplo, tanto el TBI suscrito entre Ecuador y EEUU como el Tratado de Libre Comercio para América del Norte (TLCAN) contienen una cláusula arbitral que otorga al inversionista la posibilidad de demandar al estado en base tanto a las reglas CIADI como a las reglas UNCITRAL, de acuerdo a lo que el propio inversionista considere mas conveniente.

Las cláusulas arbitrales incluidas en tratados que versan sobre protección de inversiones son, en general, bastante similares. Dichas cláusulas contemplan, entre otras cosas, una serie de mecanismos escalonados y procedimientos previos al arbitraje junto con mecanismos para evitar la "*litis pendencia*" entre tribunales arbitrales o entre tribunales arbitrales y órganos administrativos o jurisdiccionales internos.

Al respecto, el TBI suscrito entre el Ecuador y los EEUU incluye la siguiente cláusula:

“Artículo VI. 2.- Cuando surja una diferencia en materia de inversión, las partes en la diferencia procurarán primero resolverla mediante consultas y negociaciones. Si la diferencia no se soluciona amigablemente, la sociedad o el nacional interesado, para resolverla, podrá optar por someterla a una de las siguientes vías, para su resolución:

a) Los tribunales judiciales o administrativos de la Parte que sea parte en la diferencia, o

b) A cualquier procedimiento de solución de diferencias aplicable y previamente convertido, o

c) Conforme a lo dispuesto en el párrafo 3 de este Artículo.” (énfasis añadido)

Posteriormente el propio tratado, ya en la cláusula arbitral propiamente dicha, contempla que:

“Siempre y cuando la sociedad o el nacional interesado no haya sometido la diferencia, para su solución, según lo previsto por el inciso a) o el inciso b) del párrafo 2 y hayan transcurrido seis meses desde la fecha en que surgió la diferencia, la sociedad o el nacional interesado podrá optar con consentir por escrito a someter la diferencia, para su solución, al arbitraje obligatorio:

i) Del centro internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (“el Centro”) establecido por el Convenio sobre el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros estados, hecho en Washington el 10 de marzo de 1965 (“Convenio del CIADI”), siempre que la Parte sea parte en dicho Convenio;”

ii) Según las Reglas de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas sobre Derecho Internacional (CNUDMI), o

iii) De cualquier otra institución arbitral o conforme a otra norma de arbitraje, según convenga las partes en la diferencia.

Como vemos, respecto de las instancias de la jurisdicción interna, si bien no se requiere que hayan sido agotadas por la parte que presenta la demanda arbitral, se incluye una prohibición en virtud de la cual si el inversionista presentó un recurso en la jurisdicción interna la cláusula arbitral no puede ser activada, al menos mientras dicho recurso no haya sido resuelto en última instancia, eso claro está, siempre y cuando el recurso presentado ante la jurisdicción interna y la demanda arbitral estén motivados en base a idénticos fundamentos de hecho.

La cláusula trascrita, en el caso del TBI suscrito entre el Ecuador y los EEUU, puede ser activada por las partes cuando entre los hechos que generan la controversia y la presentación del consentimiento por parte del inversionista para someter la controversia al arbitraje obligatorio medie, al menos, un lapso de tiempo de seis meses. Este tipo de requisitos de procedibilidad son recurrentes en los tratados en materia de inversiones y, por lo general, se modifica, entre un tratado y otro, únicamente el tiempo requerido para la activación de la cláusula arbitral.

Ahora bien, una vez analizado el contenido de la cláusula arbitral generalmente incluida en los TBI's, procederemos a analizar brevemente la forma en que tienen lugar los procesos de arbitraje internacional en materia de inversiones, efecto para el cual centraremos nuestra atención en las reglas de arbitraje del Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI).

En el caso del CIADI, una vez presentado el requerimiento arbitral, se procede a la conformación de los tribunales en base al procedimiento establecido para el efecto por el "Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados" que, a breves rasgos, otorga a las partes la posibilidad de definir el número de árbitros que integrarán el "tribunal"¹⁷ y, sobre todo, la forma en que se designará a dichos árbitros.

El procedimiento más frecuente es aquel según el cual, en los "tribunales" conformados por tres árbitros, cada parte designa a uno de los miembros del tribunal y, el tercero, es nombrado, sea por consenso de las partes o sea por designación del Secretario General del CIADI. En aquellos casos en los que, tras cumplirse el plazo estipulado en el convenio (90 días), no se ha llegado a un consenso respecto de la forma de designación de los árbitros, el Presidente del CIADI procede a designar a los árbitros de entre una lista previamente constituida para el efecto según las reglas del centro.

¹⁷ El Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados utiliza el termino "tribunal" para referirse indistintamente a procesos en los que existen tres o mas árbitros.

Al respecto el convenio de creación del CIADI, en sus artículos 37 y 38 continen las siguientes disposiciones:

“(2) (a) El Tribunal se compondrá de un árbitro único o de un número impar de árbitros, nombrados según lo acuerden las partes.

(b) Si las partes no se pusieren de acuerdo sobre el número de árbitros y el modo de nombrarlos, el Tribunal se constituirá con tres árbitros designados, uno por cada parte y el tercero, que presidirá el Tribunal, de común acuerdo.

Si el Tribunal no llegare a constituirse dentro de los 90 días siguientes a la fecha del envío de la notificación del acto de registro, hecho por el Secretario General conforme al apartado (3) del Artículo 36, o dentro de cualquier otro plazo que las partes acuerden, el Presidente, a petición de cualquiera de éstas y, en lo posible, previa consulta a ambas partes, deberá nombrar el árbitro o los árbitros que aún no hubieren sido designados.”

Las listas de entre las cuales el presidente del centro elige, de manera aleatoria, a los árbitros que no hubiesen sido nombrados por acuerdo de las partes, se conforman de acuerdo a las reglas del propio centro que, en resumen, otorgan la posibilidad de que cada país miembro del Convenio CIADI nomíne a 4 candidatos que, de cumplir los requisitos establecidos para el efecto, pasan a formar parte de las listas de arbitraje y conciliación del centro.

Una vez analizado el contenido de los textos normativos que sustentan la existencia del concepto de “expropiación indirecta” procederemos a analizar el desarrollo que la institución que nos convoca ha experimentado en el seno de los tribunales internacionales de arbitraje en materia de inversiones.

2.3. La expropiación indirecta en la jurisprudencia de los Tribunales Arbitrales Internacionales.-

En el presente título estudiaremos el desarrollo que ha experimentado el concepto de “expropiación indirecta” a través de la interpretación que de él han realizado los más representativos tribunales y cortes en la materia, para tal efecto analizaremos los laudos más representativos seleccionados, en su totalidad, por la importancia de su

aporte para la construcción del estado actual del debate en torno a la institución que nos convoca¹⁸.

Resulta indispensable mencionar que, mas allá de la doctrina y de los propios tratados internacionales que dan vida a la “expropiación indirecta”, el desarrollo de la institución que nos convoca se ha producido en base a los laudos que a continuación analizaremos.

Como lo hemos mencionado a través del desarrollo de la disertación, la definición del alcance y contenido de la expropiación indirecta no ha encontrado consenso ni en la doctrina ni, evidentemente, en la jurisprudencia. Es así que, a fin de satisfacer los fines de nuestro estudio, analizaremos los laudos arbitrales en la materia agrupándoles de acuerdo a la corriente doctrinaria que los árbitros hayan asumido a fin de motivar sus decisiones.

Es importante aclarar que al estar compuesta nuestra “jurisprudencia”, en su mayoría, de criterios emitidos en laudos arbitrales, su aplicación no resulta de ninguna manera vinculante para los tribunales arbitrales que emitan criterios al respecto en el futuro, situación que, dicho sea de paso, agrava un tanto más el problema de la falta de uniformidad de criterios respecto del alcance que debe otorgarse a la institución analizada.

La jurisprudencia generada en torno a nuestra materia ha sido, sobre todo, emitida por tribunales constituidos en el seno de los grandes centros de solución de conflictos relativos a inversiones entre los que, por supuesto, se destaca el CIADI; sin embargo, por su importancia histórica y por su influencia en el desarrollo de la materia analizaremos también los laudos emitidos por el Tribunal para la Solución de Disputas Relativas a Inversiones entre Irán y Estados Unidos, por los tribunales ad-hoc constituidos en el seno del Tratado de Libre Comercio para América del Norte y, para finalizar, por la Corte Europea de Derechos Humanos.

¹⁸ La selección de los laudos analizados, en este y en los siguientes apartados, ha sido realizada en base al estudio de la bibliografía utilizada de manera recurrente entre los más reconocidos tratadistas en materia de expropiación indirecta, al respecto, recomendamos analizar la jurisprudencia arbitral analizada por los autores Rodolf Dolzer, Veijo Heiskanen, Ben Mostafa, Maurizio Brunetti y Allen Weiner.

2.3.1. El caso Iraní.-

Tras la revolución islámica que tuvo lugar en Irán durante el año de 1979 y, en especial, tras la “crisis de los rehenes” que duraría entre noviembre de 1979 y enero de 1981, los Estados Unidos e Irán, gracias a los buenos oficios interpuestos por el gobierno de Argelia, deciden establecer un tribunal permanente para la resolución de las disputas suscitadas entre ambos países como consecuencia, sobre todo, de la nacionalización de inversiones de origen estadounidense ejecutada por el gobierno de la revolución islámica y de las sanciones comerciales impuestas a Irán por parte de EEUU que, entre otras cosas, incluyeron medidas tales como el congelamiento de las relaciones comerciales y la retención de capitales iraníes en el sistema financiero internacional.

Es en el marco de este tribunal en donde, por primera vez, se utiliza y analiza con frecuencia el concepto de expropiación indirecta. El tribunal, inmediatamente después de su creación, se vio avocado a conocer una serie interminable de demandas propuestas contra el gobierno de Irán por parte de empresarios estadounidenses que, en la gran mayoría de los casos, denunciaban haber perdido el control sobre sus inversiones o, en su defecto, haber dejado de participar total o parcialmente de la utilidad producida por sus inversiones, como fruto de actos normativos o administrativos, distintos a la expropiación directa, adoptados por el gobierno iraní.

Hasta la fecha el Tribunal de reclamaciones entre Irán y EEUU ha resuelto más de 60¹⁹ casos directa o indirectamente relacionados con reclamaciones sobre “expropiaciones indirectas”²⁰ (Brunetti, 2001). A continuación nos permitiremos analizar un número reducido de los laudos emitidos por el tribunal que, sin

¹⁹ Dato obtenido por Maurizio Brunetti y publicado en el Chicago Journal of International Law en el año 2001, es importante tener en cuenta que pese a que el tribunal continúa activo el número de casos no ha incrementado considerablemente en la última década por lo que el dato obtenido al 2001 continúa constituyendo una referencia válida sobre la cantidad de casos conocidos por el Tribunal en materia de “expropiación indirecta”.

²⁰ Es importante tener en cuenta que bajo el término “expropiación indirecta” el tribunal conoció casos de “tantamount expropriations” (medidas equivalente a la expropiación), “creeping expropriation” (Expropiaciones camufladas) y “constructive taking” (Confiscaciones “constructivas” o “progresivas”).

embargo, han sido seleccionados por la importancia de su aporte para el desarrollo del concepto de “expropiación indirecta” en el marco del derecho internacional de protección de inversiones²¹.

Como veremos a continuación, pese a los esfuerzos realizados por el tribunal a fin de guardar coherencia respecto de la determinación del contenido y alcance de la expropiación indirecta, sus laudos constituyen precisamente el origen de las hasta hoy irreconciliables posiciones doctrinarias que han desembocado en la ya mencionada falta de consensos respecto del tema que nos convoca.

Uno de los primeros y más conocidos laudos emitidos por el tribunal en la materia fue dado en el marco del caso *Starret Housing Corp. Vs Irán*(1983) de fecha 19 de diciembre, en dicho laudo el tribunal manifiesta que:

*“Es reconocido en derecho internacional que las medidas adoptadas por un estado pueden interferir con los derechos de propiedad hasta el punto de que estos derechos se tornen lo suficientemente inútiles como para considerar que han sido expropiados, esto independientemente de si el estado buscaba expropiar y de si el título formal de propiedad aún pertenece al dueño original.”*²²

En base a este criterio el tribunal acepta la posibilidad de que un estado sea condenado al pago de una indemnización por haber “expropiado indirectamente” la propiedad de un inversionista y, en adición, introduce el requisito de constatar que el derecho ha sido afectado “a tal punto que se torne inútil”.

Este es el primer viso del parámetro según el cual, como veremos más adelante, se pretende definir si ha existido una expropiación indirecta, o no, en base a la constatación de si la afectación al derecho de propiedad es “sustancial” o “efímera”.

En esta misma línea, en el caso *Tippetts, Abbett, McCarthy, Stratton Vs TAMS-AFFA* (1984), de fecha 29 de junio, el tribunal menciona que :

²² Traducción realizada por el autor, texto original: *“It is recognized in International law that measures taken by a State can interfere with property rights to such an extent that these rights are rendered so useless that they must be deemed to have been expropriated, even though the State does not purport to have expropriated them and the legal title to the property formally remains with the original owner.”*

“Una expropiación puede ocurrir en el marco del derecho internacional a través de la interferencia por parte de un estado en el uso de la propiedad o en el disfrute de sus beneficios, incluso cuando el título de propiedad no se vea afectado...²³ existe expropiación indirecta siempre y cuando se demuestre que el propietario ha sido privado de los derechos fundamentales de propiedad y que esa privación no es meramente efímera”²⁴

El tribunal refuerza la idea de que la constatación de la existencia de una expropiación indirecta pasa por un parámetro de naturaleza cuantitativa según el cual se debe “medir” si la afectación a la propiedad a sido “sustancial” o, utilizando el argot utilizado por el tribunal en el caso “Tippetts”, si la afectación ha sido “no efímera”.

Ahora bien, como es evidente, el alcance de los términos “sustancial” o “no efímero” continúa, al menos hasta la fecha de redacción de la presente disertación, siendo algo indefinido²⁵.

Por otro lado, tanto en el laudo emitido en el caso “Starret Housing” como en el laudo emitido en el caso “Tippetts” el tribunal deja claro: 1) que no es necesario que se verifique la transferencia de un título formal de propiedad para que exista expropiación indirecta y, 2) que la expropiación indirecta se constata cuando se ha producido una “interferencia” por parte del estado en el uso o goce de la propiedad.

Por último, en adición a los parámetros en base a los cuales se pretende constatar la existencia de una expropiación indirecta, en los laudos hasta aquí analizados el tribunal nos plantea una de las preguntas que hasta el día de hoy no han sido respondidas de manera unánime:

¿es necesario que, para verificar una expropiación indirecta, se constate un elemento intencional por parte del estado?, es decir, ¿es necesario que el estado haya tenido la intención de “expropiar”?

²³ Traducción realizada por el autor, texto original: “A deprivation or taking of property may occur under international law through interference by a state in the use of that property or with the enjoyment of its benefits, even where legal title to the property is not affected.”

²⁴ Traducción realizada por el autor, texto original: “whenever events demonstrate that the owner was deprived of fundamental rights of ownership and it appears that this deprivation is not merely ephemeral.

²⁵ Si bien encontramos que en el diccionario de la Real Academia de la Lengua se define al término “sustancial” como “*relativo a la sustancia, lo que no es accidental*”, resulta evidente que, para efecto de definir el alcance de la expropiación indirecta, dicha definición resulta por demás insuficiente.

La pregunta se genera en torno a los alegatos interpuestos, en ambos casos, por parte del gobierno de la República Islámica de Irán según los cuales, muchas de las medidas fruto de las cuales se ha producido una afectación a la propiedad de los inversionistas extranjeros, han sido adoptadas en estricto apego al marco legal del estado y, sobre todo, en base a razones de política pública encaminadas a garantizar el bien común de los habitantes del territorio iraní.

Fruto de los esfuerzos empleados a fin de responder dicha interrogante se generan las dos mas importantes corrientes de pensamiento que, como analizaremos en el siguiente capítulo, han determinado el estado actual del debate en la materia. Ahora bien, por el momento analizaremos como, durante el mismo año en que fueron emitidos los laudos hasta aquí analizados, el tribunal emitió criterios radicalmente contradictorios al respecto.

En el ya mencionado caso “Tippetts” el tribunal concluye que:

“La intención del gobierno es menos importante que los efectos que las medidas estatales hayan causado sobre la propiedad y, los aspectos formales de las medidas de interferencia o control son menos importantes que el impacto real que generen”²⁶

Los miembros del tribunal asumen que, independientemente de las motivaciones que llevaron al estado a adoptar la medida materia de la reclamación, e incluso, independientemente de si la medida se adoptó o no en apego al ordenamiento jurídico del estado, si el efecto de la medida es lo suficientemente “sustancial” como para constituir una expropiación indirecta, se genera “ipso facto” el derecho del inversionista para reclamar al estado una indemnización que, según el propio tribunal, debería ser igual a, al menos, el “valor de mercado de los bienes materia de la inversión”.

Ahora bien, apenas 7 días después de emitir su decisión en el caso “Tippetts” el mismo Tribunal de Arreglo de diferencias entre Irán y EEUU, en el caso Sea-Land Service, Inc Vs Irán (1984), manifiesta que:

²⁶ Traducción realizada por el autor, texto original: “[t]he intent of the government is less important than the effects of the measures on the owner, and the form of the measures of control or interference is less important than the reality of their impact.”

“Determinar la existencia de una expropiación requiere, al final, que el tribunal constate la existencia de una interferencia deliberada por parte del gobierno en contra de la operación de Sea- Lands’s, fruto de la cual se privo a Sea-Land’s del uso y goce de los frutos de su inversión.”²⁷

A diferencia de lo manifestado en el caso “Tippetts”, en el caso “Sea-Land’s” el tribunal considera que el análisis de la intención con la que el estado adopta o ejecuta las medidas que han afectado la propiedad del inversionista es un asunto determinante para definir la existencia de una expropiación indirecta. El tribunal afirma que debe constatar una interferencia “deliberada” por parte del gobierno en contra de la propiedad para que la afectación sufrida por el inversionista pueda ser calificada como una “expropiación indirecta”.

Como vemos, en laudos emitidos con apenas 7 días de diferencia el Tribunal emite criterios contradictorios respecto a la necesidad de analizar la intención del estado como un parámetro para constatar la existencia de una expropiación indirecta y, como veremos durante el presente capítulo, dicha falta de coherencia se mantendrá en los laudos emitidos, al menos hasta la fecha de redacción de la presente disertación, por casi todos los tribunales que han conocido casos relativos a la expropiación indirecta.

Así, por ejemplo, dentro del caso Phillips Petroleum Co Vs Irán(1989) el tribunal vuelve a pronunciarse en el sentido de que *“la responsabilidad de compensar por la expropiación de propiedad de inversionistas extranjeros no requiere probar que la expropiación fue intencional”²⁸*

Por otro lado, nuevamente contradiciendo sus propios laudos, en el caso Sedco Inc. Vs Irán²⁹ (1986) el propio tribunal manifiesta que:

²⁷ Traducción realizada por el autor, texto original : *"finding of expropriation would require, at the very least, that the Tribunal be satisfied that there was deliberate governmental interference with the conduct of Sea-Land's operation, the effect of which was to deprive Sea-Land of the use and benefit of its investment."*

²⁸ Traducción realizada por el autor, texto original: *"a government's liability to compensate for expropriation of alien property does not depend on proof that the expropriation was intentional."*

²⁹ Ver también Payne, 12 Iran-US CTR at 11, para 25; Ebtraimi, Award No 560-44/46/47-3.

“es un principio aceptado en derecho internacional que un estado no es responsable por los perjuicios económicos que sean consecuencia de regulaciones de “bona fide” emitidas en el marco del poder de imperium del estado”³⁰.

Con este razonamiento el tribunal acepta la posibilidad de que el estado no asuma la responsabilidad de compensar a un inversionista cuando los perjuicios que este haya sufrido sean consecuencia de regulaciones de “buena fe” emitidas en apego al ordenamiento jurídico.

El laudo emitido en el caso SEDCO hace hincapié en el hecho de que, en el caso no consentido de que el estado se vea obligado a pagar indemnizaciones a los inversionistas por cada ocasión en la que resultase afectada una de sus propiedades, el ejercicio de la actividad estatal se tornaría, simplemente, imposible.

En adición, dentro del texto original del laudo emitido en el caso “SEDCO”, publicado originalmente en idioma inglés (ver pie de página), el tribunal introduce al debate uno de los conceptos fundamentales en el estudio de la expropiación indirecta; el concepto de “Police Powers”.

Dicho término de origen anglosajón, cuya traducción al español resulta arto problemática, es empleado para referirse a la potestad reguladora del estado, la capacidad de “imperium” del estado e, incluso, al “deber del estado de perseguir el bien común”. En relación a la expropiación indirecta, el término ha sido empleado para rechazar la idea de que toda regulación que genera efectos negativos en la propiedad de un inversionista constituye una expropiación indirecta³¹.

En la misma línea del laudo emitido en el caso “SEDCO”, en el caso *Starret Housing Corp. v. Iran* (1983) el tribunal manifiesta que:

³⁰ Traducción realizada por el autor, texto original: “It is an accepted principle in international law that a state is not liable for economic injury which is consequence of bona fide regulation within the accepted police powers of state”

³¹ Por la descomunal importancia que ha adquirido el concepto de “Police Powers” para el estudio de la expropiación indirecta, aclaramos que en la presente disertación traduciremos el término, en relación al contexto en que sea empleado, como “poder público”, “poder de imperium del estado” y “capacidad reguladora del estado”.

“Los inversionistas en Irán, como los inversionistas en cualquier otro país, tienen que asumir el riesgo de que el país anfitrión de la inversión enfrente situaciones tales como huelgas, disturbios, cambios en la situación económica o política e, incluso, una revolución. La materialización de estos riesgos no implica necesariamente que se haya expropiado o confiscado los derechos de propiedad que hayan resultado afectados”³²

En el laudo cuya parte pertinente nos hemos permitido transcribir el tribunal insinúa que cierto tipo de riesgos, como el riesgo de que la propiedad se vea afectada por asuntos tales como una “revolución” o un cambio en la situación económica o política de un país, son riesgos inherentes a una inversión y que, en tal virtud, las afectaciones producidas por dichas causas no implican “necesariamente” que los inversionistas tengan el derecho de reclamar indemnizaciones por el concepto que sea, entre esos, el de “expropiación indirecta”.

El análisis realizado por el tribunal en el caso “Starret Housing Corp” es, sin duda, uno de los insumos fundamentales para el análisis que realizaremos previo a terminar la presente investigación. Por el momento, nos limitaremos a resaltar que el concepto de “riesgo inherente a la inversión” introducido por el tribunal es la antítesis más extrema de los criterios esgrimidos por el propio tribunal en los laudos emitidos en los casos “Tippets”, “Phelp Dodge”, entre otros.

Por último, en el caso “Too v. Greater Modesto Insurance Associates Vs Iran” (1989) el tribunal manifiesta que:

“Un estado no se vuelve responsable por la pérdida de la propiedad o por cualquier otra afectación económica que sea fruto de normas tributarias emitidas de buena fe o de cualquier otra acción que sea comúnmente aceptada como una expresión de la potestad de imperium del estado, eso sí, siempre y cuando dicha medida no sea discriminatoria

³² Traducción realizada por el autor, texto original: “Investors in Iran, like investors in all other countries, have to assume a risk that the country might experience strikes, lock-outs, disturbances, changes of economic and political system and even revolution. That any of these risks materialised does not necessarily mean that property rights affected by such events can be deemed to have been taken”.

ni haya sido emitida con la intención de presionar al inversionista extranjero para abandonar el país”³³

Mediante este análisis el tribunal aporta uno de los pocos consensos que parecen existir en torno a la institución materia de nuestro estudio. Nos referimos al hecho de que las afectaciones que sufra la propiedad de un inversionista a causa de incrementos (no confiscatorios) en la presión tributaria no generan expropiación indirecta.

En este sentido, en la actualidad, se ha identificado un catálogo de reformas que generalmente no generan derecho a reclamar una “expropiación indirecta” tales como las modificaciones en la política monetaria (devaluaciones o apreciaciones planificadas del tipo de cambio), la imposición de restricciones arancelarias o la imposición de normas técnicas para la importación de productos.

Por otro lado, en el laudo analizado, el tribunal introduce el concepto de “discriminación” en virtud del cual, según dicha línea de análisis, las afectaciones causadas por regulaciones que sean comúnmente aceptadas como “derivaciones de la potestad de imperium de los estados” no generarán derecho a indemnización alguna a no ser que sean “discriminatorias”.

Como se ha podido observar en el presente apartado la importancia del análisis de la jurisprudencia emitida por el tribunal de reclamaciones entre Irán y EEUU es cardinal para efectos del estudio de la expropiación indirecta pues, de los propios razonamientos y contradicciones del tribunal es de donde, en su gran mayoría, obtienen fundamento las corrientes de pensamiento que pugnan por definir el alcance de la institución.

Ahora bien, una vez estudiados los fallos mas relevantes del tribunal de reclamaciones entre Irán y EEUU procederemos, en el siguiente apartado, a

³³ Traducción realizada por el autor, texto original: “...A State is not responsible for loss of property or for other economic disadvantage resulting from bona fide general taxation or any other action that is commonly accepted as within the police power of States, provided it is not discriminatory and is not designed to cause the alien to abandon the property to the State or to sell it at a distress price...”

analizar la jurisprudencia emitida en el marco del Tratado de Libre Comercio para América del Norte (TLCAN).

2.3.2. La expropiación indirecta en disputas generadas en el marco del Tratado de Libre Comercio para América del Norte (TLCAN).-

En torno al Tratado de Libre Comercio para América del Norte (TLCAN o “NAFTA” por sus siglas en inglés), suscrito y ratificado por Canadá, Estados Unidos y México, se han generado un sinnúmero de casos relacionados con la expropiación indirecta que, por su estelar importancia para el desarrollo de la institución que nos convoca, nos permitiremos analizar en el presente apartado.

En cuando a la resolución de disputas entre inversionistas y los estados parte, el TLCAN contempla la posibilidad de que los inversionistas lleven a los estados a arbitraje a través de las reglas del CIADI o, en su defecto, a través de las reglas de arbitraje de la “United Nations Commission on International Trade Law” (UNCITRAL). Al respecto, la estadística demuestra que por decisión de los propios inversionistas, la mayor cantidad de casos relativos a expropiaciones indirectas en el marco del TLCAN se han desarrollado bajo las reglas procesales de la UNICITRAL.

En ese sentido, nos permitimos aclarar que los tribunales constituidos con las reglas UNCIRAL, de igual forma que los tribunales CIADI, se conforman en base al principio de auto-conformación que requiere, al menos en una fase inicial, el consenso de las partes. Los laudos que a continuación analizaremos han sido emitidos tanto en tribunales UNCITRAL como en tribunales CIADI.

Ahora bien, en relación a la expropiación indirecta el TLCAN, en su artículo número 1110, manifiesta que:

“ninguna de las partes expropiará, directa o indirectamente, una inversión propiedad de un nacional de otra de las partes en su territorio ni tomará medidas equivalentes a la nacionalización o expropiación sobre dichas inversiones..”

Como vemos, el artículo 1110 del TLCAN es similar, por no decir igual, al artículo que respecto de la expropiación indirecta se incluye en el modelo genérico de Tratado Bilateral de Protección Reciproca de Inversiones que hemos estudiado previamente, es precisamente en torno a este artículo que se han generado los casos cuyos laudos a continuación analizaremos.

Uno de los casos paradigmáticos respecto de la expropiación indirecta, emitidos en el marco del TLCAN, es el caso “Pope&Talbot Vs Canada” (2000) en cuyo laudo final, el tribunal constituido para el efecto a través de las reglas UNCITRAL, manifiesta que:

“Las regulaciones pueden ser adoptas de tal forma que constituyan una expropiación camuflada, de hecho, muchas de las expropiaciones camufladas pueden generarse a partir de regulaciones y, un vacío legal en cuanto a dichas regulaciones, pudiera crear un espacio peligroso para la protección internacional en contra de la expropiación”³⁴

Con este sencillo análisis el tribunal introduce a la discusión uno de los conceptos que, en la actualidad, se han tornado fundamentales para el debate en nuestra materia; nos referimos al concepto de “expropiación camuflada” (creeping expropriation en idioma ingles).

Pese a que para el tribunal una “expropiación camuflada” equivale a una “expropiación indirecta”, las diferentes interpretaciones del mencionado término han generado una nueva línea de pensamiento respecto del alcance de la institución materia del presente estudio pues, si observamos con atención, el termino “expropiación camuflada” implica la necesaria constatación de una intención positiva, por parte del estado que adopta la medida, para “camuflar” una expropiación haciendo uso de su potestad reguladora.

La “expropiación camuflada” restringe, al menos desde un análisis exegético, la posibilidad de que se asuman como expropiaciones indirectas a aquellas medidas estatales que, por mas afectación que puedan haber causado a la

³⁴ “Regulations can indeed be characterised in a way that would constitute creeping expropriation....Indeed, much creeping expropriation could be conducted by regulation, and a blanket exception for regulatory measures would create a gaping loophole in international protection against expropriation”

propiedad, hayan sido adoptadas sin la intención positiva de “camuflar” una expropiación. El alcance de la “expropiación camuflada” y su diferencia con la “expropiación indirecta” serán analizados a profundidad al final de la presente disertación.

Posteriormente, dentro del mismo caso “Pope& Talbot” el tribunal manifiesta que: *“la mera interferencia no genera expropiación, de hecho, es necesario que se demuestre un significativo grado de afectación a los derechos fundamentales del propietario”*³⁵

En ese sentido el tribunal no hace mas que ratificar aquella línea jurisprudencial generada en el tribunal de reclamaciones entre Irán y EEUU según la cual, para constatar la existencia de una expropiación indirecta, se debe realizar un análisis de naturaleza cuantitativa que permita al juzgador definir si la afectación al derecho de propiedad es “sustancial”, “no efímera” o, en este caso, “significativa”.

A párrafo seguido, en el mismo laudo que venimos analizando, el tribunal manifiesta que:

“Es preferible el termino “privación” al termino “confiscación” pues, pese a que ambos términos son casi sinónimos, confiscación puede dar a entender que el estado se beneficia de algo cuando, en efecto, esto no es necesario”.³⁶

Con esto el tribunal aclara que, para que se verifique una expropiación indirecta, no es necesario que se demuestre que el estado se ha beneficiado como fruto de la medida supuestamente expropiatoria.

³⁵ Traducción realizada por el autor, texto original: “...mere interference is not expropriation; rather, a significant degree of deprivation of fundamental rights of ownership is required”

³⁶ Traducción realizada por el autor, texto original: “prefers the term ‘deprivation’ to the term ‘taking’, although they are largely synonymous, because the latter may be understood to imply that the government has acquired something of value, which is not required”.

En este sentido, pese a que en la expropiación tradicional tampoco es necesario que el beneficiario de la expropiación sea el estado, según una de las interpretaciones frecuentes de los tribunales de arbitraje en materia de inversiones, a la que se adhiere el tribunal del caso “Pope&Talbot”, en la expropiación indirecta ni siquiera es necesario que exista un beneficiario concreto, de hecho, el beneficiario en dichos casos suele ser algo tan abstracto como “el pueblo” o “la naturaleza”.

Por otro lado, en el caso “S.D. Myers, Inc. Vs. Canadá” (2000) del 13 de noviembre (nótese que se trata de otro caso seguido en contra de Canadá), el tribunal constituido para el caso manifiesta que:

“la expropiación implica la privación de derechos al propietario, las regulaciones son una interferencia de menor nivel...La distinción entre expropiación y regulación filtra la mayor cantidad de potenciales casos sobre reclamaciones respecto de intervenciones económicas por parte del estado y reduce el riesgo de que los gobiernos sean sujeto de demandas por realizar su trabajo y encargarse de los asuntos públicos”.
3738

Con esto, el tribunal constituido para el caso S.D Myers propone que para definir si existe o no una expropiación indirecta se diferencie entre “regulaciones” propiamente dichas y “expropiaciones indirectas” en base al criterio de que “las regulaciones generan una interferencia de menor nivel frente a los derechos de propiedad que las expropiaciones”.

El ejercicio de discernimiento propuesto por el tribunal, como resulta evidente, no ha servido en lo mas mínimo para definir el real alcance de la expropiación indirecta pues, como si de algo de poca importancia se tratara, el tribunal, en lugar de resolver el problema, conmina a que, en el futuro, otros tribunales definan las diferencias entre una regulación legítima y una expropiación indirecta,

³⁷ Traducción realizada por el autor, texto original: “expropriations tend to involve the deprivation of ownership rights; regulations [are] a lesser interference”.

³⁸ Traducción realizada por el autor, texto original: “the distinction between expropriation and regulation screens out most potential cases of complaints concerning economic intervention by a state and reduces the risk that governments will be subject to claims as they go about their business of managing public affairs”.

definición que, dicho sea de paso, constituía la principal tarea del tribunal en el caso S.D Myers.

Ahora bien, a pesar de que el tribunal no aporta en lo mas mínimo para la definición del alcancé de la institución analizada, del párrafo transcrito se desprende la preocupación del tribunal por la posibilidad de que la excesiva cantidad de demandas presentadas por concepto de “expropiación indirecta” limite la capacidad del estado para “realizar su trabajo y encargarse de los asuntos de interés público”.

Por ultimo, en el mismo laudo el tribunal manifiesta que:

*“Un tribunal no puede detenerse únicamente en asuntos técnicos o consideraciones superficiales para llegar a la conclusión de que una expropiación o una medida equivalente a la expropiación ha tenido lugar. Se deben observar los reales intereses involucrados, el propósito y los efectos de la medida gubernamental”.*³⁹

Con esta conclusión el tribunal refuerza nuevamente la idea de que, para constatar la existencia de una expropiación indirecta, mas allá de una consideración “cuantitativa” en relación a la magnitud de la afectación producida, se deben analizar, como asuntos de fondo, el contexto y la intención con la que el estado adoptó la medida.

Ahora bien, pese a que en los laudos emitidos en los casos Pope& Talbot y S.D Myers, al igual que en la mayoría de casos seguidos en contra de Canadá o EEUU, los tribunales parecen estar bastante alineados con la teoría que promueve, por sobre todas las cosas, el respeto a la potestad reguladora del estado, en los casos seguidos en contra de los Estados Unidos Mexicanos la línea de interpretación de los tribunales al respeto, ha sido un tanto distinta.

En el caso “Metalclad Corporation Vs. Mexico”(2000) del 30 de agosto, por ejemplo, el tribunal constituido en base a la s reglas UNCITRAL manifiesta que:

³⁹ Traducción realizada por el autor, texto original: “A tribunal should not be deterred by technical or facial considerations from reaching a conclusion that an expropriation or conduct tantamount to an expropriation has occurred. It must look at the real interests involved and the purpose and effect of the government measure”.

“La expropiación en el marco del TLCAN incluye no solo a las confiscaciones abiertas, deliberadas y públicas que impliquen una transferencia formal de título de propiedad a favor del estado sino que también incluye las transferencias incidentales del uso de la propiedad que tienen el efecto de privar al inversionista de todo o de una parte significativa del uso del razonables beneficio económico de su propiedad, incluso cuando no exista un obvio beneficio para el estado receptor de la inversión”⁴⁰

Mediante dicha interpretación el tribunal se aleja notablemente de los criterios emitidos en los laudos hasta ahora analizados y plantea el concepto de “transferencias incidentales” que, a diferencia del concepto de “expropiación camuflada”, induce a pensar que independientemente de la intención del estado, las medidas estatales que generen afectaciones a la propiedad, incluso de manera “incidental”, deben ser indemnizadas.

En el párrafo transcrito se introduce además el concepto de “beneficio económico razonable” o “utilidad razonable”. Según el tribunal del caso “Metalclad”, una expropiación indirecta se produce cuando, fruto de una medida estatal, el inversionista ha perdido la posibilidad de obtener un “razonable beneficio económico” como fruto de su inversión.

El concepto de “utilidad razonable”, igual que el concepto de afectación “sustancial”, se encuentra abierto a las mas variadas interpretaciones y en consecuencia, como veremos mas adelante, no ha servido como un criterio objetivo para definir si ha existido, o no, una expropiación indirecta.

En el caso METALCLAD el tribunal condena al estado mexicano al pago de una indemnización equivalente al valor de mercado de los bienes materia de la inversión de METALCLAD por el hecho de que el estado, en un acto perfectamente legal, se había negado a renovar en beneficio de la compañía el permiso ambiental para operar una planta de residuos peligrosos, esto, incluso

⁴⁰ Traducción realizada por el autor, texto original: “expropriation under NAFTA includes not only open, deliberate and acknowledged takings of property, such as outright seizure or formal or obligatory transfer of title in favour of the host State, but also covert or incidental interference with the use of property which has the effect of depriving the owner, in whole or in significant part, of the use of reasonably-to-be-expected economic benefit of property even if not necessarily to the obvious benefit of the host State”.

pese a que la medida estatal se motivó en base a un informe del departamento de ambiente en el que se determinaba que la renovación de la concesión a METALCLAD podía poner en grave riesgo al ecosistema de la zona.

Previo a condenar al estado mexicano, el tribunal manifestó que:

“El Tribunal no necesita considerar los motivos o intención para la adopción del Decreto Ecológico... el Tribunal considera que la implementación del Decreto Ecológico podría, por sí y en sí mismo, constituir un acto equivalente a una expropiación”.

Como vemos, lejos de lo señalado en los casos “SD Myers” y “Pope& Talbot”, en el caso METALCLAD el tribunal otorga a la expropiación indirecta un (Samanamud, 2013) alcance un tanto mas extenso.

La falta de uniformidad en los criterios utilizados por los tribunales constituidos en el marco del TLCAN, sea a través de las reglas CIADI o sea a través de las reglas UNCITRAL, ha contribuido a exacerbar la confusión respecto del alcance que debe otorgarse a la expropiación indirecta y, en consecuencia, ha contribuido a acentuar el altísimo nivel de inseguridad jurídica al que se ven enfrentados los estados frente a los inversionistas extranjeros.

A continuación analizaremos la manera en que se ha tratado a la expropiación indirecta en el seno de la comunidad europea.

2.3.3. La expropiación indirecta en la Corte Europea de Derechos Humanos.-

A diferencia de lo que ha sucedido en América o, en general, en los países que han suscrito tratados que contemplan la solución de los conflictos relativos a inversiones en el seno de tribunales internacionales de arbitraje, en la Unión Europea, al menos en aquellos conflictos entre inversionistas europeos y estados de Europa, el asunto de la afectación a la propiedad de inversionistas, sean nacionales o extranjeros, ha sido tratado como un asunto de Derechos Humanos y, en consecuencia, ha sido analizado por la Corte Europea de Derechos Humanos.

El enfoque que se ha otorgado a la institución que nos convoca, por el hecho de darse desde una institución especializada en los Derechos Humanos, ha sido radicalmente distinto al enfoque adoptado por los tribunales de arbitraje internacional en materia de inversiones y, de hecho, la Corte ha mantenido un criterio bastante coherente y uniforme respecto del tema que nos convoca en el sentido de que “los estados están facultados para emitir las regulaciones que consideren necesarias en aras de proteger el interés público”. (Samanamud, 2013)

La naturaleza de la Corte Europea de derechos Humanos ha permitido que, en el análisis respecto de las afectaciones generadas por regulaciones estatales al derecho de propiedad de los inversionistas, se contemple, no solo al derecho de propiedad, sino también a todo el resto de derechos humanos que frecuentemente entran en colisión con el derecho a la propiedad.

Es así que, como veremos en el presente apartado, la Corte Europea ha adoptado una posición radicalmente distinta frente a la expropiación indirecta y, sin excepción, ha optado por reconocer a los estados un margen bastante amplio para el establecimiento de medidas que persigan el interés público. Cabe mencionar que, sin duda, la Corte Europea de Derechos Humanos es el único foro dentro del cual se encuentra una posición sostenida en el tiempo respecto del contenido y alcance de la expropiación indirecta.

Así por ejemplo, respecto del alcance del termino “bien público” la Corte ha reconocido que corresponde a las autoridades nacionales determinar los parámetros para definir aquellos casos en los que el “bien público” es justificación suficiente para adoptar medidas que deriven en una afectación a la propiedad y, sobre todo, ha manifestado en reiteradas ocasiones que el criterio de cada estado respecto de cuales son las medidas necesarias para garantizar el bien público debe ser respetado y aceptado, siempre y cuando no sea “manifiestamente irracional”.

Uno de los casos paradigmáticos de expropiación indirecta resueltos por la Corte es el caso “Sporrong and Lönnroth Vs. Suecia” (1982) dentro del cual la corte

conoce una reclamación presentada por un grupo de inversionistas del sector inmobiliario que acusan al gobierno de la ciudad de Estocolmo de haber “expropiado indirectamente” sus propiedades por haber decidido que, sobre dichas propiedad, pesa un permiso de “expropiación” que puede ser ejercido por el estado en un periodo de entre ocho y veinte y tres años.

Dicho sistema de “permisos de expropiación futura”, según el gobierno local, es esencial para la correcta planificación urbana de la ciudad y permite al municipio generar una adecuada proyección de la expansión del casco urbano. Los inversionistas, por su parte, manifiestan que en dichas condiciones se ha vuelto casi imposible que alguien quiera comprar sus propiedades.

Al respecto la Corte manifestó que:

*“Si bien el derecho (de disfrutar pacíficamente de la propiedad) pierde parte de su esencia, no desaparece...La corte observa en este proceso que los demandantes pueden continuar utilizando sus propiedades y que, a pesar de que se ha vuelto mas difícil vender dichas propiedades (como resultado de las regulaciones), la posibilidad aún existe”*⁴¹(Sporrong and Lönnroth Vs Sweden , 1982)

A párrafo seguido la corte manifiesta que:

*“Los estados tienen la potestad de, entre otras cosas, controlar el uso de la propiedad en concordancia con el interés general a través de la promulgación de las leyes que se consideren necesarias para el bien común”*⁴²(Sporrong and Lönnroth Vs Sweden , 1982)

En el caso analizado, como en todos los demás, la Corte privilegia la potestad estatal para velar por el bien público por sobre el derecho de los inversionistas a gozar libremente de su propiedad.

⁴¹ Traducción realizada por el autor, texto original: “...although the right [of peaceful enjoyment of possessions] lost some of its substance, it did not disappear...The Court observes in this connection that the [claimants] could continue to utilise their possessions and that, although it became more difficult to sell properties [as a result of the regulations], the possibility of selling subsisted”.

⁴² Traducción realizada por el autor, texto original: “the States are entitled, amongst other things, to control the use of property in accordance with the general interest, by enforcing such laws as they deem necessary for the public purpose;”.

Este tipo de interpretación realizada por la Corte ha generado que, a diferencia de la gran cantidad de demandas motivadas en la expropiación indirecta que se ha registrado en América a partir de los años 70, las demandas por expropiación indirecta en el seno de la Unión Europea sean cada vez más escasas.

En el caso de los “permisos de expropiación futura”, la Corte interpreta que, pese a que en efecto para los inversionistas puede ser bastante más complicado vender sus propiedades, el estado no les ha privado de la posibilidad de gozar, usar y disponer de su propiedad. Esta interpretación es un claro ejemplo del amplio margen de acción que la corte reconoce a los estados soberanos cuando actúan en aras del bien público.

Por otro lado, en el caso *James and Others Vs United Kingdom* (1986) la corte manifiesta que:

“La adopción de medidas de índole político encaminadas a conseguir la justicia social dentro de una comunidad pueden, correctamente, ser descritas como medidas adoptadas en “aras del bien público”⁴³.

En este caso la corte no solo respeta la interpretación que realizan los estados respecto del alcance del “bien público” sino que, incluso, acepta que las medidas que se justifiquen en la necesidad de alcanzar la “justicia social” sean entendidas como medidas adoptadas en aras del bien público, en este sentido la corte, en adición, señala que:

“La “justicia” del sistema normativo que regula el sistema contractual y de propiedad privada es un asunto de interés público y, en consecuencia, las medidas legislativas emitidas con la intención de alcanzar dicha “justicia” son parte del “interés público”, incluso si involucran la transferencia de propiedad de un individuo a otro.”⁴⁴

⁴³ Traducción realizada por el autor, texto original: “The taking of property in pursuance of a policy calculated to enhance social justice within the community can properly be described as being ‘in the public interest’. In particular, the fairness of a system of law governing the contractual or property rights of private parties is a matter of public concern and therefore legislative measures intended to bring about such fairness are capable of being in the ‘public interest’, even if they involve the compulsory transfer of property from one individual to another”.

⁴⁴ Traducción realizada por el autor, texto original: “The taking of property in pursuance of a policy calculated to enhance social justice within the community can properly be described as being ‘in the public interest’. In particular, the fairness of a system of law governing the contractual or property rights

En el párrafo que nos hemos permitido transcribir la corte afirma, una vez mas, su intención de reconocer la potestad que tienen los estados soberanos para, sin limitaciones externas, darse para si las normas que regulen la vida de sus individuos asociados y, sobre todo, para construir su futuro en torno a las concepciones y necesidades propias de su realidad.

Para finalizar, es indispensable señalar que, lejos de ser una asunto casual, el hecho de que en Europa los casos de posibles afectaciones al derecho de propiedad sean conocidos por una Corte de Derechos Humanos demuestra una decisión política adoptada en el seno de la Unión Europea en el sentido de no privilegiar, bajo ninguna circunstancia, el derecho de propiedad por sobre los demás derechos fundamentales y, en consecuencia, devela la irracional discriminación que los TBI's suponen entre el nivel de protección que se otorga al derecho a la propiedad frente al resto de derechos fundamentales entre los que se cuentan, por ejemplo, el derecho a la vida, a la educación, etc.

El asunto es tan grave que, por ejemplo, si a un nacional de un estado "X" la policía de un estado "Z" lo somete a tratos degradantes o a torturas, atentando contra su derecho a la integridad física, el ciudadano debería agotar las instancias internas, por demoradas que estas sean para, solo al final, poder someter su caso al conocimiento de un tribunal internacional de Derechos Humanos mientras que, si un inversionista del estado "X" siente que una regulación emitida por el estado "Z" ha afectado su propiedad, puede demandar al estado "Z" ante un tribunal internacional especializado sin, si quiera, la necesidad de agotar las instancias internas.

Ahora bien, a pesar de que la Corte Europea de Derechos Humanos es, sin duda, el único tribunal que ha generado jurisprudencia uniforme y coherente respecto de la expropiación indirecta, es precisamente a causa de dicha uniformidad jurisprudencial que el análisis de los demás fallos emitidos por la corte al

of private parties is a matter of public concern and therefore legislative measures intended to bring about such fairness are capable of being in the 'public interest', even if they involve the compulsory transfer of property from one individual to another".

respecto resultaría repetitivo y, en consecuencia, inoficioso para los fines de nuestro estudio.

A continuación, para finalizar el análisis de la jurisprudencia relevante en nuestra materia, analizaremos la jurisprudencia generada por los tribunales arbitrales constituidos en el marco de Tratados Bilaterales de Protección Recíproca de Inversiones.

2.3.4. La expropiación indirecta en la jurisprudencia de Tribunales Arbitrales constituidos en el marco de TBI's.-

En el presente apartado analizaremos la jurisprudencia emitida por los tribunales ad-hoc constituidos en el marco de los distintos TBI's suscritos entre los distintos países del globo, de igual forma que en los numerales precedentes, los laudos analizados han sido seleccionados por su particular aporte para el desarrollo del debate en torno a la expropiación indirecta.

La gran mayoría de casos generados a partir de TBI's han sido conocidos por tribunales constituidos en torno a las reglas CIADI, sin embargo, también existen casos resueltos por tribunales ad-hoc conformados entorno a las reglas UNICITRAL. Dichos tribunales, como veremos en el presente apartado, pueden estar constituidos en el seno de Centros Intencionales de Arbitraje tales como la Corte Permanente de Arbitraje de la Haya, el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Londres, el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de París, entre otros.

En todo caso, como se desprende del análisis realizado respecto de la estructura de los TBI's, la competencia de cada tribunal y las reglas procesales con las que debe constituirse dependen exclusivamente de la cláusula arbitral y la reglas procesales contenidas en cada tratado.

Cabe mencionar además que, tal como ha sucedido con los casos resueltos en el marco del TLCAN, los tribunales constituidos en torno a TBI's han utilizado frecuentemente los criterios emitidos respecto de la expropiación indirecta por el Tribunal de Resolución de Disputas entre Irán y EEUU a fin de motivar sus decisiones.

Uno de los casos paradigmáticos, por su singular aporte al debate respecto del alcance de la expropiación indirecta, es el caso *Tecnicas Medioambientales Tecmed S.A, Vs. Estados Unidos Mexicanos* (2003), dentro del cual, el tribunal constituido para efecto en base a las reglas CIADI, manifestó que:

*"debe haber una relación razonable de proporcionalidad entre la carga del peso impuesta al inversor extranjero y el objetivo que se pretende alcanzar mediante una medida expropiatoria"*⁴⁵

De esta forma el tribunal introduce en el debate el concepto de "proporcionalidad", según el cual, la constatación de la existencia de una expropiación indirecta pasa por un análisis detallado de la "relación de proporcionalidad" que debe existir entre la afectación que soporta el derecho de propiedad del inversionista y el objetivo que se buscaba obtener con la medida estatal.

En resumen, el tribunal propone que, por mas que la medida estatal persiga un "objetivo legítimo", si el peso que soporta el inversionista supera a los beneficios de la medida, siempre que dicho "peso" genere una afectación "sustancial" sobre la propiedad del inversionista, se condene al estado al pago de una indemnización por concepto de "expropiación indirecta".

Ahora bien, por supuesto, el debate respecto de la proporcionalidad es arto complejo y, en tal virtud, estudiaremos a profundidad su contenido durante el desarrollo del próximo capítulo.

En otro de los casos desarrollados en el seno del CIADI, el caso "Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. Vs. Costa Rica" (2000), cuyo laudo definitivo se pronunció durante el mes de febrero, el tribunal constituido para el efecto manifiesta que:

"A pesar de que una expropiación o confiscación por razones medioambientales pueda ser clasificada como una expropiación"

⁴⁵ Traducción realizada por el autor, texto original: "there must be a reasonable relationship of proportionality between the charge of weight imposed to the foreign investor and the aim sought to be realised by an expropriatory measure"

*realizada en aras del bien público, y aunque dicho propósito sea legítimo, el hecho de que la propiedad haya sido afectada por tal razón no afecta ni la naturaleza de la medida ni la obligación de pagar una compensación a causa de la expropiación”.*⁴⁶

En este caso, a diferencia de lo sucedido en el caso TECMED, observamos a un tribunal en una posición radical en el sentido de que, para constatar la existencia de una expropiación indirecta, se debería considerar de manera exclusiva la existencia de una afectación a la propiedad de dicho inversionista.

Por otro lado, en el caso *Goetz Vs. Burundi* (1999), el tribunal, constituido para el efecto en el seno del CIADI, condena al estado de Burundi a indemnizar a un inversionista por concepto de expropiación indirecta en virtud de que Burundi había retirado a dicho inversionista un certificado de exoneración tributaria, al respecto, el tribunal manifiesta que:

“Habida cuenta que, conforme a la información presentada al Tribunal por los demandantes, la revocación del certificado de empresa exonerada los ha obligado a paralizar toda actividad desde el 13 de agosto de 1996, fecha de la última exportación realizada, privando de toda utilidad a las inversiones efectuadas y quitando a los inversionistas reclamantes el beneficio que podían esperar de sus inversiones, la medida recurrida puede ser considerada una ‘medida con un efecto similar’ a una medida privativa o restrictiva de la propiedad”

Como vemos, en este caso el tribunal sanciona al estado por una decisión inherente al ámbito tributario (generalmente considerado como un bastión del poder soberano de los estados (Samanamud, 2013)) y lo hace considerando, entre otros, el argumento de que cuando el estado con el fin de atraer inversiones ofreció al inversionista una exoneración tributaria, generó en él una “expectativa legítima” que, posteriormente, no fue satisfecha.

Sin bien en este caso el tribunal sostiene, como en el caso *Santa Elena S.A. Vs. Costa Rica*, que se debe considerar de manera exclusiva el daño que ha sufrido

⁴⁶ Traducción realizada por el autor, texto original: “While an expropriation or taking for environmental reasons may be classified as a taking or a public purpose, and thus be legitimate, the fact that the property was taken for this reason does not affect either the nature or the measure of the compensation to be paid for the taking. That is, the purpose of protecting the environment for which the Property was taken does not alter the legal character of the taking for which adequate compensation must be paid. The international source of the obligation to protect the environment makes no difference”.

el inversionista, la importancia de su estudio radica en el hecho de que el tribunal, en el párrafo transcrito, introduce al debate que nos convoca el concepto de “expectativa legítima”.

En el caso analizado el tribunal sanciona al estado de Burundi, en definitiva, por no haber satisfecho la expectativa legítima que el propio estado había generado en el inversionista al ofrecerle, con el fin de atraer su inversión, un certificado de exoneración tributaria.

Al respecto, en relación al significado de “expectativa legítima”, se ha discutido precisamente respecto de si la “expectativa legítima” del inversionista puede entenderse en un sentido amplio, es decir, como la expectativa normal de retorno de toda inversión o si, por otro lado, debe entenderse únicamente que existe una expectativa legítima cuando el estado, a través de actos o manifestaciones públicas, ha generado en el inversionista la expectativa de obtener algún incentivo o beneficio concreto. El tribunal en el caso Goetz Vs. Burundi se decanta, evidentemente, por la segunda forma de entender el alcance de la “expectativa legítima”. (Samanamud, 2013)

Pese a que el debate respecto del alcance de la expectativa legítima es bastante complejo, al menos por el momento, no profundizaremos en su contenido.

Por otro lado, en el caso Biloune Vs. Ghana (1990), el tribunal constituido para el efecto a través de las reglas UNCITRAL manifestó que:

“Las motivaciones de las acciones y omisiones de las autoridades del gobierno de Ghana no son claras. Pero el tribunal no necesita establecer tales motivaciones para arribar a su conclusión en el caso. Lo que queda claro es que la conjunción de la paralización de actividades, la demolición, las notificaciones, el arresto, la detención, el requerimiento de llenar formularios sobre la declaración de activos y la deportación de Biloune sin posibilidad de reingreso tuvo el efecto de causar el irreparable cese de trabajo en el proyecto. Dado el papel central de Biloune en la promoción, el financiamiento y la gestión de MDCL, su expulsión del país efectivamente previno que MDCL continuara con su proyecto. En opinión del tribunal, dicha preclusión a MDCL de proseguir con su proyecto aprobado constituiría una expropiación de los derechos contractuales de MDCL en el proyecto y,

consiguientemente, la expropiación del valor del interés de Biloune en MDCL”

En este caso el tribunal adopta con contundencia la posición según la cual, para constatar la existencia de una expropiación indirecta, no se necesita analizar el objetivo que el estado perseguía al adoptar la medida supuestamente confiscatoria, ahora bien, lo particular del caso Biloune Vs. Ghana reside en el hecho de que, con la parte pertinente del laudo transcrito, el tribunal amplía significativamente el alcance de la expropiación indirecta de tal forma que, según su criterio, una medida expropiatoria no debe necesariamente estar relacionada con la propiedad sino que, en su defecto, puede estar relacionada con la persona de el o de los inversionistas.

En el caso Biloune Vs Ghana la principal motivación para condenar al estado al pago de una indemnización por concepto de expropiación indirecta es que “el estado expulsó del país e impidió la entrada del inversionista” y, en consecuencia, impidió que la inversión continúe desarrollándose con normalidad.

Este es, sin duda, un nuevo alcance de la expropiación indirecta pues la medida “expropiatoria” consiste en una serie de simples actos administrativos de naturaleza migratoria que no guardan ninguna relación con la propiedad del inversionista.

Lo preocupante del análisis realizado por el tribunal, más aún cuando se hace hincapié en que no interesan los motivos que tuvo el estado para adoptar las acciones supuestamente confiscatorias, es que, en esa línea, se podría llegar a decir que los inversionistas deberían gozar de una especie de inmunidad que impida a los estados aplicar sobre ellos las normas internas de índole migratorio o, inclusive, penal.

Con este criterio, si un inversionista, por ejemplo, no puede majar su inversión en virtud de haber sido sentenciado a causa del cometimiento de un delito común, ¿debería el estado indemnizar al inversionista por haber “expropiado indirectamente su inversión”?

Pese a lo absurdo de la posición adoptada por el tribunal en el caso Biloune Vs. Ghana resulta cuando menos preocupante que, hasta el día de hoy, ni la jurisprudencia ni la doctrina hayan negado expresamente la posibilidad de que este tipo de medidas sean consideradas como confiscatorias.

Por ultimo, en el caso Azurix Corp. Vs. República de Argentina (2006) el tribunal, constituido en el seno del CIADI, manifiesta que:

“Consideradas en forma acumulativa, distintas medidas que en forma independiente tal vez no sean medidas expropiatorias, pueden tener efectos equivalentes a una expropiación directa.”

En este caso, el tribunal introduce en el debate el concepto de expropiación “acumulativa” o “progresiva” según el cual una serie de medidas, que individualmente no constituirían expropiación indirecta, pueden generar una afectación a la propiedad que sea “equivalente a una expropiación”.

Este concepto, si bien ha sido estudiado por distintos tribunales, constituye una nueva propuesta en cuanto al alcance de la institución que nos convoca. La dificultad en el caso de las expropiaciones progresivas reside en que, si bien las medidas fueron, en conjunto, adoptadas por el estado, puede, sin problema, tratarse de medidas que no tienen nada que ver entre si y, en consecuencia, el efecto acumulativo sobre la inversión pudo haber sido imposible de preveer para los estados.

En adición, existe un serio problema en cuanto a la definición del lapso de tiempo dentro del cual es razonable considerar que una serie de medidas pueden generar un efecto “acumulado” sobre la propiedad.

Precisamente en relación a este tema, el tribunal manifiesta que:

“En el derecho internacional no existe un plazo establecido para que las medidas que constituyen una expropiación gradual produzcan tal efecto. Ello dependerá de las circunstancias específicas del caso. Los tribunales arbitrales han considerado que una medida no es efímera si los bienes estuvieron fuera del control del inversor durante un año (Wena) o una licencia de exportación estuvo suspendida durante cuatro meses (Middle East Cement), o que la medida fue efímera si duró tres meses (S.D.

Myers). Estos casos se referían a una sola medida. Cuando se consideran varias medidas, ello dependerá de la duración de su efecto acumulado.”

Como vemos, el asunto del “plazo” para que las medidas que constituyen una expropiación gradual generen un efecto es indefinido y, en consecuencia, la situación de inseguridad jurídica respecto de la expropiación indirecta, de aceptarse esta interpretación, podría ser llevada a niveles insospechados.

Así, por ejemplo, nos salta a la vista la pregunta: ¿se podría sentenciar a un estado por el efecto acumulado de medidas adoptadas en los últimos 150 años?.

Si bien la pregunta que nos planteamos puede ser considerada como una exageración, es claro que, sin reglas claras, el límite para las situaciones en virtud de las cuales los inversionistas pueden acusar a los estados de haber “expropiado indirectamente su propiedad” reside exclusivamente en la capacidad de abstracción de dichos inversionistas, o de sus abogados.

Como vemos, si bien en los distintos laudos analizados encontramos importantes intentos por definir los criterios suficientes para determinar, de una vez por todas, el alcance de la expropiación indirecta, la realidad es que la falta de uniformidad jurisprudencial y, sobre todo, las cada vez más ocurrentes interpretaciones del concepto que nos convoca, han generado una notoria situación de inseguridad jurídica respecto de la expropiación indirecta que, como veremos más adelante, se ha constituido en un verdadero limitante para el ejercicio de la potestad reguladora con la que están dotados los estados soberanos.

A continuación analizaremos la manera en que el concepto de “expropiación indirecta” se ha desarrollado a través de las distintas interpretaciones que respecto de su alcance y contenido se encuentran en la doctrina más relevante en materia de protección de inversiones.

3. Definiciones sobre la expropiación indirecta en la doctrina.-

Ahora bien, una vez que hemos analizado en detalle la forma en que la “expropiación indirecta” se ha desarrollado a través del estudio de sus antecedentes históricos, de los

documentos legales que sustentan su aplicación y, sobre todo, del desarrollo que ha experimentado la institución en base a la interpretación que de ella han realizado los principales tribunales arbitrales y cortes en la materia, procederemos a analizar la forma en que la doctrina ha interpretado a la institución que nos convoca y, sobre todo, los conceptos doctrinarios esenciales para terminar de hacernos una cabal idea del estado actual del debate en la materia.

En el presente capítulo analizaremos tanto las definiciones más recurrentes que en la doctrina se encuentran respecto de la expropiación indirecta, como las distintas corrientes de pensamiento que se han generado en torno al debate respecto del alcance que se le debe otorgar a la institución que nos convoca.

Por último, estudiaremos brevemente las distintas clasificaciones y derivaciones que se han realizado de la expropiación indirecta, y la definición de una serie de conceptos que se han tornado indispensables para comprender a cabalidad el complejo debate que existe en torno a la institución que nos convoca.

Cabe añadir, además, que en el presente capítulo nos introduciremos definitivamente al asunto esencial de nuestra disertación, es decir, al estudio de la fuerte tensión que existe entre la necesidad de protección a las inversiones extranjeras y el necesario respeto que debe existir frente a la potestad reguladora de los estados soberanos.

-Respecto de las distintas definiciones de “expropiación indirecta”.-

Como lo hemos mencionado con anterioridad, el estudio de la expropiación indirecta, de su contenido y alcance, es desde hace más de una década el objeto central de estudio del derecho internacional de protección de inversiones y, en consecuencia, son múltiples las definiciones e interpretaciones que se han generado en torno al alcance y real contenido de la institución.

Si bien en principio parece existir un consenso respecto de que la expropiación indirecta es aquel acto estatal, distinto a una expropiación directa, que genera un perjuicio en la propiedad de un inversionista extranjero, no existe, ni parece existir, consenso respecto a cuáles son los criterios que determinan el alcance de la institución, así por ejemplo,

para algunos la “expropiación indirecta” se produce cuando se ha afectado “sustancialmente” a la propiedad del inversionista, mientras que, para otros, dicha situación se produce exclusivamente cuando el estado ha actuado con la “intención deliberada de hacerse con los beneficios de la inversión”.

La falta de consenso respecto de la definición y alcance de la “expropiación indirecta” ha generado que, a la fecha, el debate relacionado con la expropiación indirecta se centre, casi de manera exclusiva, en la definición de los parámetros que determinan el alcance de la institución. En este sentido, el autor Francisco Gonzáles de Cossio (2004) menciona que:

“Hoy por hoy, en la expropiación indirecta, a diferencia de la expropiación directa, la pregunta principal no versa sobre si se cumplieron o no los requisitos para que la expropiación sea lícita sino que, la pregunta, versa sobre si la expropiación en realidad ocurrió”

En ese contexto, las definiciones mas aceptadas y recurrentes han sido aquellas que han evitado entrar en detalles respecto de los parámetros necesarios para determinar si una expropiación indirecta ha existido o si, en su defecto, se trata de un perjuicio patrimonial que no constituye una expropiación indirecta.

Lo que hasta el momento queda claro es que, lejos de la transferencia formal del título de propiedad, característica de la expropiación directa, o de la ocupación arbitraria de la propiedad, característica de la expropiación de facto, lo que caracteriza a la expropiación indirecta es el hecho de que, para que se produzca, debe necesariamente existir un acto estatal, sea normativo o administrativo, de índole regulatorio que, sin ser una expropiación directa, genere un perjuicio patrimonial a un inversionista extranjero.

Como vemos, la falta de uniformidad respecto de los criterios necesarios para establecer el alcance de la institución, que observamos durante el análisis de la jurisprudencia, se ha mantenido en los análisis que respecto de nuestro tema hemos encontrado en los principales foros académicos.

-Sobre los elementos que definen el alcance de la “expropiación indirecta”.-

Ahora bien, a pesar de que no existe consenso respecto de los parámetros que se deben constatar para verificar la existencia de una expropiación indirecta, lo cierto es que en la doctrina se identifican dos grandes corrientes de pensamiento que, al menos, han permitido generar cierto dinamismo en el debate.

Es menester aclarar, además, que el desarrollo de las diferentes teorías respecto del alcance de la expropiación indirecta ha estado determinado por los criterios emitidos en los distintos tribunales y cortes estudiados en el capítulo precedente, en especial por aquellos criterios emitidos en el seno del tribunal de reclamaciones entre Irán y EEUU y, en consecuencia, ha estado determinado también por las complejas relaciones de poder político y económico que envuelven al mundo del derecho de protección de inversiones y a las cuales, dicho sea de paso, ya nos hemos referido dentro del apartado relativo a los antecedentes históricos que desembocaron en la creación del concepto de expropiación indirecta.

En este sentido el autor Maurizio Brunnetti (2001) manifiesta que:

“El debate sobre la definición de expropiación indirecta gira en torno a la tensión que existe entre los intereses del inversionista extranjero y el derecho del estado a regular asuntos de interés público”

Así, no podemos dejar de tomar en cuenta que, mas allá de su dimensión académica, el debate respecto de la expropiación indirecta posee un ineludible componente político y, en tal virtud, el alcance que se le otorgue de manera definitiva a la institución que nos convoca puede generar grandes consecuencias que deriven en la afectación, positiva o negativa, de poderosos intereses, sea de determinados inversionistas o sea de los estados soberanos sometidos a la jurisdicción de los tribunales de arbitraje internacional en materia de inversiones.

Las dos grandes teorías respecto del alcance de la expropiación indirecta son entonces posiciones que pugnan por definir los parámetros que se deben constatar para determinar si ha existido, o no, una expropiación indirecta. Al respecto, la autora colombiana Marisol Páez (Páez, 2008) manifiesta que:

“El problema con la expropiación indirecta reside en lo complejo que resulta identificar la línea divisoria entre las medidas reguladoras legítimas y los actos que se consideran como una interferencia ilegítima en la propiedad de los inversionistas y que dan como resultado una expropiación indirecta

A continuación centraremos nuestra atención en el análisis del contenido de las distintas teorías que se han agrupado en el seno de cada una de dichas corrientes de pensamiento.

3.1. “Sole effects doctrine” vs. “Police powers doctrine”. –

El debate en torno a la expropiación indirecta se encuentra determinado por dos grandes corrientes de pensamiento antagónicas cuyo análisis detallado nos permite entender el estado actual del debate en la materia. Por un lado encontramos a la teoría de “police powers” (“doctrina del poder público⁴⁷”) y, por otro, a la teoría de “sole effects” (“doctrina del efecto⁴⁸”), ambas usadas con similar frecuencia por los tribunales arbitrales a fin de motivar sus laudos y, en consecuencia, ambas importantes para entender el problema de la falta de uniformidad jurisprudencial en la materia.

A continuación analizaremos en detalle los principales postulados de las corrientes de pensamiento predominantes en relación al estudio de la expropiación indirecta. Por un lado, defendiendo la necesidad de tomar en cuenta la intención, el objetivo y el contexto en el que los estados adoptan las medidas supuestamente confiscatorias, la teoría de “Police Powers” y, por otro lado, defendiendo la necesidad de tomar en cuenta de manera exclusiva el daño que ha sufrido la propiedad del inversionista, la teoría de “sole effects”.

Es importante señalar que más allá de los postulados fundamentales de ambas teorías, dentro de cada una de ellas, existen un sinnúmero de posiciones que se diferencian entre sí tanto por el nivel de amplitud que pretenden otorgar al concepto como por los mecanismos y parámetros que proponen como idóneos para determinar la existencia de una expropiación indirecta.

⁴⁷ Traducción realizada por el autor.

⁴⁸ Traducción realizada por el autor.

3.1.1. “Sole Effects Doctrine”.-

La doctrina del efecto o “doctrina del solo efecto”, por su traducción literal al español, promueve la idea de que el único parámetro válido para definir si una medida estatal constituye, o no, una expropiación indirecta que debe ser indemnizada por el estado, es el efecto negativo que dicha medida haya generado sobre la propiedad materia de una inversión. Para la mencionada doctrina el contexto, la intención y la motivación que llevaron al estado a adoptar la medida son menos importantes que el efecto que dicha medida haya causado en la propiedad del inversionista. (HEISKANEN, 2003)

Al respecto, su mayor y primer promotor, el jurista estadounidense Rodolfo Dolzer, manifiesta que la intención con la que el estado adopta la medida no solo es irrelevante, sino que, su constatación resulta en tal grado subjetiva que, de ser tomada en cuenta, desembocaría en decisiones completamente arbitrarias por parte de los tribunales a cuyo conocimiento se sometan los casos de expropiación indirecta.

La idea de Dolzer se sustenta en el hecho de que, según él, el estado es libre de adoptar las medidas que considere pertinentes pero, fruto precisamente de esa libertad, el propio estado debe asumir las consecuencias “jurídicas” de sus acciones, entre ellas, la de indemnizar a los inversionistas extranjeros a causa de los perjuicios patrimoniales que, sobre sus inversiones, hayan efectivamente generado las medidas estatales. (Dolzer & Schreuer, 2008)

El propio Dolzer plantea que, para constatar la existencia de una expropiación indirecta, se deben considerar los siguientes factores: 1) si el perjuicio que ha sufrido la inversión es consecuencia lógica de la medida estatal y, 2) la magnitud de dicho perjuicio en relación al tamaño de cada inversión.

Con esto, el mencionado autor propone evitar la consideración de todos aquellos factores que según él son “subjetivos”; tales como “el bien público” o la “legitimidad de las medidas estatales”; para proceder a juzgar las medidas

adoptadas por el estado exclusivamente por su efecto; hecho que, según Dolzer, es completamente objetivo.

Ahora bien, incluso los mas acérrimos defensores de la “doctrina del efecto” reconocen que, si todas las medidas estatales que efectivamente supongan un perjuicio de índole patrimonial para algún inversionista fuesen susceptibles de ser indemnizadas, la subsistencia del estado como lo conocemos resultaría sencillamente inviable.

En base a dicha consideración, y como no podía ser de otra manera, se reconoce que no todas las medidas estatales que generan un perjuicio en la propiedad de los inversionistas otorgan el derecho a reclamar indemnizaciones y, en consecuencia, salta a la vista la pregunta en torno a la cual gira el principal de los debates suscitados entre quienes definen la “doctrina del efecto”:

¿En base a que parámetro se debe determinar que afectaciones generan el derecho a reclamar el pago de una indemnización y que afectaciones, en su defecto, no generan derecho a reclamación alguna?

A fin de responder dicha pregunta quienes defienden la “doctrina del efecto” han llegado a un aparente consenso respecto de que, el parámetro para definir si una medida estatal que genera un perjuicio patrimonial es expropiatoria, pasa por un análisis cuantitativo respecto de “la magnitud de dicho perjuicio” y, para tal efecto, han establecido el parámetro de “afectación sustancial”.

Según dicho parámetro si el perjuicio ocasionado por la medida estatal sobre la propiedad del inversionista es “sustancial”, la medida es expropiatoria y otorga al inversionista el derecho de reclamar una justa indemnización y, en su defecto, si el perjuicio no es sustancial, no otorga el derecho al cobro de indemnizaciones, o, al menos no en base a una supuesta “expropiación indirecta” (Dolzer & Schreuer, 2008)

Ahora bien, como es fácilmente predecible, el debate respecto de ¿Qué es un perjuicio “sustancial”?, ha resultado bastante polémico.

En este punto, tanto Dolzer como la mayoría de defensores de la doctrina del efecto se limitan a decir que una afectación es sustancial cuando “es lo suficientemente grande como para hacer que la inversión pierda la posibilidad de ser rentable” o, en su defecto, cuando “la utilidad se reduce en tal proporción que, bajo esas condiciones, no hubiese sido atractivo realizar dicha inversión” (Dolzer & Schreuer, 2008). El autor, Ben Mostafa, por otro lado, manifiesta que para que la afectación sea “sustancial” su efecto “debe ser similar o equivalente al efecto de una expropiación directa”. (Mostafa, 2008)

Al respecto, a fin de determinar con mayor exactitud cuando el perjuicio generado por una medida estatal sobre una inversión es “sustancial”, la doctrina ha generado una serie de parámetros que a continuación analizaremos. Los principales parámetros identificados por quienes defienden la doctrina del efecto para determinar si la afectación sobre una inversión es “sustancial” son⁴⁹: (Yannaca-Samll, 2005)

1) Pérdida de todo, o casi todo, el valor de la propiedad:

Se ha mencionado que, para que la afectación sea sustancial y genere un efecto equivalente a la expropiación, la propiedad materia de la inversión debe perder todo, o casi todo, su valor comercial.

La pérdida del valor comercial de la inversión se constata básicamente en el precio de mercado de los activos que conforman la inversión. Si la medida ha generado que el precio de mercado de la inversión resulte reducido en su totalidad o, casi, en su totalidad, la medida es expropiatoria.

Ahora bien, pese a que este es un parámetro bastante estricto, el hecho de que se deje abierta la interpretación de lo que significa que la propiedad pierda “casi todo su valor” ha generado un sinnúmero de inconvenientes

⁴⁹ Los criterios analizados corresponden a un compendio de las opiniones mas relevantes emitidas por los tratadistas en la materia que, con buen criterio, han sido agrupadas por la autora norteamericana Catherine Yannca-Samll en su obra titulada “Indirect expropriation and the righ to regulate in International law”

que, hasta la fecha, no han sido resueltos o, al menos, no han sido resueltos en torno a un consenso mayoritario.

2) Imposibilidad de obtener una “utilidad razonable” como fruto de la inversión:

Se ha mencionado que una medida estatal genera un efecto “sustancial” sobre la propiedad de un inversionista cuando, a causa de la medida, el inversionista se ve imposibilitado de obtener una “utilidad razonable” como fruto de su inversión.

Ahora bien, según el propio Dolzer el monto “razonable” de utilidad que debe obtener un inversionista varía en relación al tipo de inversión, es decir, en relación a la “razonable utilidad” que se supone debe generar inversión en virtud de la “naturaleza del negocio”. Así por ejemplo, si un inversionista obtiene el 1% anual de utilidad en relación al monto de su inversión, dicha utilidad podría resultar “razonable” si se trata de un negocio dedicado a la venta de banano pero, el mismo porcentaje de utilidad, podría resultar “irracional” si se trata de un negocio dedicado a la venta de hidrocarburos.

En fin, la “utilidad razonable” depende de lo que en el mercado se perciba como normal y, en consecuencia, puede constituirse en un elemento altamente variable; la manera en que evolucione o fluctúe la “utilidad razonable” de cada negocio no depende ni del estado ni, necesariamente, del inversionista. Es precisamente en atención a dicha consideración que podemos decir que el problema con la utilidad razonable radica en el hecho de que la complejidad de su cálculo hace imposible que los gobiernos prevean las consecuencias de las medidas estatales.

3) El tiempo de duración de los efectos de la medida:

Por otro lado, tanto Dolzer como Yannca-Samll mencionan que es indispensable considerar el tiempo de duración de la medida y, en concreto, si se trata de una medida de carácter temporal o permanente.

En el caso de la pérdida del valor de la propiedad materia de la inversión, la medida, para degenerar en una expropiación indirecta, debe ser permanente o, en caso de ser temporal, debe producir sus efectos durante un periodo tal que haga imposible que la inversión continúe siendo rentable.

En el caso de medidas de carácter temporal, como aquellas que se adoptan en virtud de situaciones excepcionales tales como una calamidad pública o una catástrofe natural, la “temporalidad” debe estar claramente definida y, dicha definición, debe necesariamente incluir la determinación de un plazo fijo dentro del cual la medida puede surtir sus efectos. Este tipo de medidas temporales no otorgan derecho a la reclamación de indemnizaciones.

Por ultimo, si bien se ha dicho que la duración de las medidas es un parámetro de trascendental importancia para la determinación de la existencia de una expropiación indirecta, nos ha sido imposible encontrar en la doctrina la definición de un plazo fijo o siquiera aproximado a partir del cual una medida debe ser considerada como expropiatoria.

4) Pérdida de control del propietario sobre su inversión:

Se ha mencionado también que, el perjuicio generado por una medida estatal, será siempre sustancial cuando, fruto de la medida, el propietario se vea impedido de ejercer un control “gerencial” sobre su inversión o, en su defecto, cuando pese a poder ejercer dicho control se vea impedido de gozar total o “casi” totalmente de los frutos civiles de su inversión.

En este caso, se debe tomar en cuenta que la pérdida de control sobre la inversión, en la mayoría de legislaciones en materia societaria, puede

ocasionarse a partir de una orden de “intervención” en la compañía por parte del ente regulador como consecuencia del cometimiento de alguna infracción societaria, civil o incluso penal. En el caso ecuatoriano, por ejemplo, la legislación societaria contempla la intervención de aquellas compañías que han cometido fraudes societarios.⁵⁰

Si bien la “doctrina del efecto” niega la necesidad de analizar la intención con la que se adoptó la medida estatal, existen quienes han señalado al caso que nos permitimos sugerir en el párrafo precedente como una excepción.

Por último, es importante señalar que tanto la pérdida de control sobre el manejo de la compañía como la imposibilidad de gozar de los frutos civiles de la inversión deben, en todos los casos, ser medidas de carácter permanente o, en su defecto, deben surtir sus efectos durante un periodo tal que no hagan posible que el inversionista recupere el normal desarrollo de su inversión.

En este punto, dos acotaciones importantes: La primera respecto de que, como se desprende de los párrafos precedentes, para quienes defienden la doctrina del efecto o, al menos para su principal defensor, la constatación de la existencia de una expropiación indirecta no pasa, ni por un momento, por el análisis de la

⁵⁰ El artículo 354 de la Ley de Compañías (Ecuador), prescribe que una compañía mercantil puede ser intervenida por la Superintendencia de Compañías (ente estatal de control en materia societaria) cuando:

“1. Lo soliciten uno o más accionistas o socios que representen cuando menos el diez por ciento del capital pagado de la compañía, manifestando que han sufrido o se hallan en riesgo de sufrir grave perjuicio por incumplimiento o violación de la Ley, sus reglamentos o el estatuto de la compañía, en que hubieren incurrido ésta o sus administradores.

2. Se compruebe, ante denuncia de parte interesada o de oficio, que en la contabilidad de la compañía se han ocultado activos o pasivos o se ha incurrido en falsedades u otras irregularidades graves, y que estos hechos pudieren generar perjuicios para los socios, accionistas o terceros.

3. Requerida la compañía por la Superintendencia para presentar el balance general anual y el estado de pérdidas y ganancias o documentos y comprobantes necesarios para determinar la situación financiera de la compañía, no lo hiciere, y hubiere motivos para temer que con su renuencia trate de encubrir una situación económica o financiera que implique graves riesgos para sus accionistas, socios o terceros;

4. Una compañía recurriere a cualquier forma de invitación pública para obtener dinero de terceros a base de planes, sorteos, promesas u ofertas generales de venta, entrega o construcción de bienes muebles o inmuebles, o suministro de préstamos, cuando no hubiere garantías suficientes para respaldar los dineros recibidos y tal situación implicare graves riesgos para terceros, o cuando efectuaren una oferta pública de valores, sin cumplir con los requisitos señalados en la Ley de Mercado de Valores; y,

5. Cuando se hubieren incumplido por dos o más años seguidos las obligación de actualizar la información societaria ante el organismo de control.”

naturaleza de la medida estatal y, la segunda, respecto de que “el nivel de afectación” sobre la propiedad no depende de manera exclusiva de la forma o naturaleza de la medida estatal sino que, sobre todo, depende de factores muchas veces ajenos al estado como el tamaño de la inversión, la capacidad del inversionista para soportar las medidas estatales, entre otras y, en consecuencia, dicho “nivel de afectación” puede resultar imposible de preveer para el estado al momento de planificar las medidas necesarias para el normal desarrollo de su política pública.

Dentro de la propia doctrina del efecto se discute también respecto del tratamiento que debe darse a parámetros tales como la discriminación pues, en estricto sentido, si no se toma en cuenta la intención con la que el estado adopta la medida, aquellas medidas manifiestamente discriminatorias que no generen un perjuicio “sustancial” en la inversión no serían susceptibles de ser consideradas como confiscatorias.

Respecto de este último tema encontramos que, a fin de “desmentir” la afirmación de que la doctrina del efecto descuida los intereses del estado, autores como Ben Mostafa o el propio Rudolf Dolzer han mencionado que, si se acepta el parámetro de la “afectación sustancial”, el número de denuncias relacionadas a la expropiación indirecta reduciría, esto en virtud de que, incluso aquellas medidas discriminatorias o deliberadamente mal intencionadas, que no generen un efecto “sustancial”, no constituirían expropiaciones indirectas dejando a salvo, eso sí, la posibilidad de que por esas mismas medidas los inversionistas aleguen la trasgresión cualquier otro estándar de protección.

La doctrina del efecto es sin duda aquella que más facilidades presenta a los operadores de justicia en la materia (árbitros) y es, en consecuencia, la más utilizada, esto por cuanto permite constatar la existencia de una supuesta “expropiación indirecta” sin la necesidad de realizar un análisis profundo sobre la motivación y el contexto que llevaron al estado procesado a adoptar la medida cuestionada y, en consecuencia, evita la engorrosa tarea de realizar un profundo ejercicio de discernimiento intelectual.

Sin embargo, y aquí es donde el título de nuestro estudio cobra sentido, su aplicación puede constituir una real amenaza para la soberanía de los estados y, en última instancia, para el “bien común” de quienes habitan en los países receptores de inversión.

3.1.2. “Police powers doctrine”.-

La “doctrina del poder público”⁵¹, por otro lado, parte de la idea fundamental de que para condenar a un estado al pago de una indemnización a causa de una expropiación indirecta se deben considerar no solo los efectos que la medida o medidas estatales hayan producido en la inversión, por importantes que estos sean, sino también las motivaciones que llevaron al estado a adoptar dicha medida o medidas y el contexto en que se adoptaron. (Mostafa, 2008)

En este sentido, al autor norteamericano Ben Mostafa (2008), manifiesta que:

“El principal postulado de la “doctrina del poder público” es que las medidas estatales no serán expropiatorias o, en su defecto, no generarán derecho al reclamo de indemnizaciones, cuando sean adoptadas en el marco del ejercicio de la potestad de imperium del estado.”⁵²

La doctrina del poder público asume como premisa fundamental la afirmación de que las medidas adoptadas por el estado son, salvo que se demuestre lo contrario, legítimas y, en tal virtud, plantea que solo se puede condenar a un estado al pago de una indemnización como consecuencia de una expropiación indirecta, cuando se demuestre la ilegitimidad de la medida estatal.

En ese sentido, quienes defienden esta teoría manifiestan que el ejercicio de la potestad reguladora, por regla general, no debe acarrear para los estados la

⁵¹ Pese a que, en estricto sentido, la definición de “Police Powers” al idioma español es “poder de policía”, para efectos de la presente disertación emplearemos la frase “poder público” esto en virtud de que, como lo hemos mencionado con anticipación, el concepto anglosajón de “Police Powers” no posee una traducción exacta al español. La frase “poder público” se deduce en base al análisis detallado del contexto y el sentido con el que se utiliza el término en la literatura que, en torno a nuestra materia, se encuentra en los principales foros académicos de origen anglosajón.

⁵² Traducción realizada por el autor, texto original: *“the statement of the police powers doctrine is that governmental measures will either not be expropriatory, or will not require compensation if they are expropriatory, if they fall within the implementing State’s police powers as define”.*

obligación de pagar indemnizaciones pues, caso contrario, como lo menciona el propio Ben Mostafa (2008) *“los gobiernos serían incapaces de cumplir con un gran número de sus funciones”*.

El problema, según la doctrina del poder público, reside en que si se condenara a los estados a pagar indemnizaciones en cada ocasión en la que las medidas estatales generen un perjuicio patrimonial para un inversionista, a mediano plazo, la actividad estatal resultaría lo suficientemente costosa como para dejar de ser viable.

Ahora bien, incluso tras estas consideraciones, quienes defienden la “doctrina del poder público” aceptan la posibilidad de que, bajo ciertas condiciones, las medidas estatales de naturaleza regulatoria degeneren en la “expropiación indirecta” de la propiedad de uno o mas inversionistas. La diferencia esencial entre la doctrina del efecto y la doctrina del poder público radica en que, en la primera, se toma en cuenta exclusivamente el efecto de la medida mientras que, en la segunda, se toma en cuenta, además del efecto de la medida, la intención con la que el estado adoptó dicha medida, el objetivo que perseguía la medida y el contexto en que se adoptó la medida.

Para la doctrina del poder público la magnitud del perjuicio patrimonial generado por la medida estatal es, de igual forma que para la doctrina del efecto, un parámetro determinante para definir si una medida estatal constituye o no una “expropiación indirecta”, sin embargo, en este caso, dicho parámetro es apenas un primer momento en el análisis, de tal forma que, una vez que se constata que una medida estatal ha generado un efecto “equivalente a una expropiación” se debe proceder a analizar la naturaleza de dicha medida para, solo así, llegar a una decisión definitiva respecto de si se trata o no de una medida confiscatoria⁵³.

⁵³ Aquellas medidas que se hayan adoptado con la intención deliberada de generar un perjuicio al inversionista y/o que sean discriminatorias pero que, por la magnitud de su efecto perjudicial, no sean susceptibles de ser consideradas como expropiatorias, deberían, según la doctrina del poder público, ser reclamadas a través de la activación de otro tipo de mecanismos de protección, tales como los estándares de protección (siempre que hubiese lugar para el efecto).

Como es fácilmente predecible, el problema con la doctrina del poder público se ha generado en torno a la interrogante respecto de qué parámetros se deben utilizar para definir si tras el análisis de la “intención”, el “objetivo” o el “contexto” de la medida, el acto estatal desemboca, o no, en una expropiación indirecta y, por otro lado, respecto de cuales son los mecanismos idóneos para, por decirlo de alguna manera, “medir” la intención con la que el estado adopta la medida.

Por supuesto, es mucho lo que se ha debatido en torno a la respuesta que debe darse a las interrogantes que dejamos planteadas en el párrafo precedente, sin embargo, de igual forma que lo sucedido con la “doctrina del efecto”, para quienes defienden la doctrina del poder público, hasta la fecha, ha resultado imposible alcanzar un consenso general y, en consecuencia, son muchas y muy distintas las apreciaciones que se encuentran en la literatura respecto de la materia que nos convoca.

A continuación analizaremos las posiciones mas relevantes respecto del debate que consume a quienes defienden la doctrina del poder público y, para tal efecto, analizaremos cada una de las propuestas que hemos encontrado en la doctrina respecto de los parámetros que se deben analizar, y de los mecanismos que se deben utilizar, para definir si una medida es expropiatoria (en el marco de la doctrina del poder público).

*Cabe aclarar que los parámetros analizados han sido recopilados en base al criterio de una serie de tratadistas en la materia y, en consecuencia, no debe entenderse que su aplicación se plantea de manera conjunta o, mucho menos, secuencial.

1) Efecto perjudicial sobre la propiedad generado a causa de la medida estatal:

Como lo hemos mencionado en los párrafos precedentes, para la doctrina del poder público, el impacto económico o perjuicio que la medida haya

generado sobre la propiedad también es un criterio indispensable para definir si ha existido una expropiación indirecta, de hecho, es un consenso generalizado que la constatación de este perjuicio patrimonial es el “elemento de partida” tras el cual se puede proceder a realizar cualquier otro tipo de análisis.

Ahora bien, de igual forma que en la doctrina del efecto, el problema consiste en definir a partir de que momento dicho “perjuicio” deja de ser una simple efecto de una regulación o acto administrativo y se convierte en una medida confiscatoria; al menos *a priori* pues, como es claro, para la doctrina que nos encontramos analizando, por mas que dicho perjuicio sea absoluto la medida no desemboca necesariamente en una expropiación indirecta.

Respecto de este problema los criterios esbozados por quienes defienden la doctrina del poder público son similares a aquellos establecidos por quienes defienden la doctrina del efecto y, en consecuencia, no profundizaremos en su estudio⁵⁴. Por ultimo, resta decir que en el marco de la doctrina del “poder público” también existe un consenso respecto de que para que una medida estatal degenere en una expropiación indirecta, al menos *a priori*, debe constatarse un perjuicio “sustancial” sobre la propiedad de un inversionista.

2) El objetivo que persigue la medida estatal:

La doctrina del poder público plantea, como uno de sus principales postulados, que para verificar la existencia de una expropiación indirecta es indispensable analizar el objetivo que persigue la medida estatal supuestamente expropiatoria, esto, claro esta, después de constatar que dicha medida ha generado un perjuicio “sustancial” para la propiedad de uno o mas inversionistas extranjeros.

⁵⁴ Ver página 82.

El análisis del objetivo de la medida estatal pretende reunir los elementos suficientes para definir si dicha medida es o no ilegítima y, por tanto, si es o no expropiatoria. Ahora bien, por supuesto, la determinación de aquellos objetivos que son “legítimos” y de aquellos que son “ilegítimos” no es un asunto pacífico.

En torno a este extenso tema se han generado un sinnúmero de opiniones distintas que difieren tanto en el mecanismo del que deben hacer uso los árbitros para distinguir entre objetivos “legítimos” e “ilegítimos” como en la relación que debe tener dicho parámetro con los demás parámetros entre los que se cuentan, entre otros, el efecto de la medida, la intención del estado (que es distinta al objetivo de la medida) y el contexto en que se adopta la medida.

Respecto del primer tema la doctrina ha alcanzado un aparente consenso en relación a que las medidas estatales legítimas son exclusivamente aquellas que tienen como fin la consecución del “bien público”, así, por ejemplo, el autor Veijo Heiskanen (2003) manifiesta que: *“si una medida favorece el bien público es legítima, si no lo hace, es ilegítima y da derecho a una justa indemnización”*

En esa misma línea el autor norteamericano Allen Weiner (2003) manifiesta que:

“Requerir a los estados que compensen a los inversionistas extranjeros por las acciones o medidas que estos han tomado en búsqueda del interés público y el bienestar común podría hacer que dichas medidas sean simplemente muy costosas y sea atractivo dejar de adoptarlas.”

Ahora bien, pese a que el parámetro del “bien público” parece generar un amplio consenso, no se ha definido aún el mecanismo que deben emplear los juzgadores para definir si, en efecto, una medida tiene como objetivo, o no, la consecución del “bien público”.

Respecto de este debate hemos identificado dos corrientes principales, la primera, a la cual denominaremos como la corriente “clasificadora”, que pretende establecer un catalogo que diferencie a aquellos fines que persiguen el “bien público” de aquellos fines que no persiguen el “bien público” y, la segunda, a la que denominaremos como la corriente “fáctica”, que propone permitir que los juzgadores, en base a su sana crítica, definan si en relación al contexto de cada estado la medida adoptada tenía como objetivo, o no, la consecución del “bien público”.

Quienes promueven la corriente “clasificadora” mencionan que más allá de las distintas interpretaciones que, en relación a la ideología predominante en cada estado, se le podrían otorgar al término “bien público”, existen “objetivos” aceptados como legítimos por el derecho internacional y, en consecuencia, proponen que únicamente dichos “objetivos” sean considerados como legítimos, en adición, opinan que para garantizar un mayor nivel de seguridad jurídica se debería establecer una lista que contenga dichos “objetivos” y por fuera de la cual no exista ninguna medida cuyo objetivo pueda relevar al estado de su obligación de compensar por los perjuicios patrimoniales causados sobre la propiedad de los inversionistas (cuando dichos perjuicios superen el filtro del “efecto sustancial”).

Al respecto, el autor Allen Weiner (2003) manifiesta que:

“Algunos tratadistas sugieren que la pregunta respecto de que objetivos persiguen el bien público y, en consecuencia, son legítimos, a fin de definir si una medida constituye una expropiación indirecta, debe resolverse en base a la “conducta razonablemente aceptada de acuerdo al estándar de comportamiento de cada sociedad” esto, dada la naturaleza “internacional” de los conflictos relativos a la expropiación indirecta, sin embargo, una mejor solución es entender que la legitimidad de las medidas internacionales depende de la práctica internacional” (énfasis añadido)

Según esta teoría solo aquellos “objetivos” que sean internacionalmente aceptados como legítimos deben ser considerados como tal por los tribunales que conozcan temas relativos a la expropiación indirecta, así por ejemplo, solo los objetivos regulatorios tales como la Salud Pública, que son reconocidos como legítimos tanto por los países desarrollados y exportadores de capital como por los países subdesarrollados e importadores de capital, deben ser reconocidos como tales, mientras que, aquellos objetivos reconocidos únicamente por un grupo de países, tales como la protección de la industria nacional o la redistribución de la riqueza, deben ser considerados como fines “ilegítimos” y, por tanto, las medidas adoptadas en base a dichos “fines” que generen perjuicios sustanciales sobre la propiedad, deberían ser consideradas como medidas expropiatorias.

Ahora bien, pese a que quienes defienden esta corriente mencionan frecuentemente la necesidad de establecer un “catalogo” de aquellos fines que “según la práctica internacional” son legítimos, nos ha sido imposible encontrar en la doctrina a algún autor que se atreva a generar un listado taxativo al respecto.

En general, si bien los ejemplos de fines “legítimos” cambian de autor en autor, podemos decir que, al respecto, existen aspectos claros, grises y oscuros. Así, por ejemplo, es casi unánime la opinión de que aquellas medidas adoptadas a fin de precautelar la salud pública o el orden público son, a su vez, medidas adoptadas a fin de garantizar el “bien público” y, en consecuencia, no otorgan derecho al reclamo de indemnizaciones, en ese mismo sentido, aunque con menos claridad, es casi generalizada la opinión de que aquellas medidas adoptadas a fin de garantizar la protección del medio ambiente son medidas que buscan el “bien público”.

Existen también cierto tipo de “objetivos” que, si bien se repiten en ciertos autores, no se han convertido en consensos, así por ejemplo, encontramos que aquellas medidas adoptadas con el objetivo de

garantizar un adecuado ordenamiento territorial o de garantizar la “justicia social” son, para algunos autores, medidas que persiguen el bien público, mientras que, para otros, se trata de medidas que poco o nada tienen que ver con la consecución del bien común.

Ahora bien, pese a los numerosos intentos por generar un “listado internacional” de aquellos fines que son “legítimos”, este romántico intento ha sido, por supuesto, ampliamente criticado por cuanto pretende desconocer en lo absoluto el hecho de que cada sociedad se construye en torno a una distinta escala de valores y, sobre todo, el hecho de que los objetivos de la política pública difieren en relación a las necesidades coyunturales que aquejan a cada sociedad.

Los objetivos “legítimos” de la política pública varían de acuerdo a la escala de valores y, sobre todo, a las necesidades de cada sociedad, así por ejemplo, en un país en el que la desigualdad socioeconómica sea lo suficientemente profunda como para afectar el ejercicio de los derechos fundamentales, probablemente una política pública (expresada en una medida regulatoria) cuyo objetivo sea la redistribución de la riqueza, sea una medida adoptada en aras del “bien público”, mientras que, en un país con un nivel aceptable de desigualdad, que garantice el ejercicio de los derechos fundamentales, probablemente la misma medida sea percibida como expropiatoria.

Así mismo, en una sociedad que tradicionalmente ha privilegiado el bienestar colectivo frente al bienestar individual, como las sociedades de los países escandinavos, probablemente una medida de ordenamiento territorial que prohíba la construcción de edificios en una ciudad patrimonial, sea considerada como una medida adoptada en aras del bien público, mientras que, en una sociedad construida en base al paradigma del éxito individual, como la sociedad estadounidense, probablemente esa misma medida se perciba como atentatoria contra la libertad de industria y, en consecuencia, como atentatoria contra el “bien público”.

En ese sentido quienes defienden la corriente de pensamiento a la que hemos denominado como “fáctica” manifiestan que los objetivos supuestamente aceptados por la “practica internacional” en realidad están determinados de forma exclusiva por las profundamente inequitativas relaciones de poder que determinan al derecho internacional, de hecho, autores como Patxi Zabalo han determinado que, en general, las costumbre aceptadas como “normales” en la practica internacional son aquellas aceptadas como tal en el seno de una minoría de países que, por casualidad o no, coincide siempre con la minoría de países que ostentan el título de “desarrollados y exportadores de capital”.

Para contrarrestar esta “realidad” quienes se enmarcan en lo que hemos denominado como la “corriente fáctica” proponen que, en cada caso, sean los árbitros los que, en atención a lo que dentro de cada país sea considerado como aceptable, determinen si el objetivo que persigue la medida es o no “legítimo” y, en consecuencia, si es o no susceptible de degenerar en una expropiación indirecta.

Ahora bien, por otro lado, los críticos de la corriente “fáctica argumentan”, con justa razón, que el permitir que los árbitros se conviertan en jueces de lo que esta “bien o mal” para un estado, en relación al ejercicio de la política pública y a los fines que esta persiga, no solo aumentaría el de por si insostenible nivel de inseguridad jurídica al que se enfrentan los estados respecto de la “prohibición de expropiación indirecta” sino que, sobre todo, constituiría un verdadero atentado tanto a la soberanía como al principio de autodeterminación de los pueblos.

De aceptarse esta teoría, los juzgadores, en base a su buen criterio, estarían en la posibilidad de “juzgar” si las normas o actos administrativos de un estado son legítimas o ilegítimas y esa posibilidad, para algunos, representa el principio del fin del derecho de “autodeterminación” que se reconoce poseen los estados soberanos.

Por último, dentro de la propia corriente fáctica, existen quienes argumentan que si bien los árbitros debería determinar la “legitimidad” o “ilegitimidad” de los objetivos de las medidas estatales en base a un análisis “caso por caso”, no lo debería hacer solo en base a su buen criterio sino que, deberían obligatoriamente remitirse a los fines constitucionalmente consagrados en cada estado.

En esta línea se menciona que necesariamente los temas relativos al bien público están atados a los fines esenciales del estado y, en tal virtud, deben entenderse como medidas adoptadas en aras del bien público a aquellas que se deriven de los fines que la constitución de cada país establezca como las “razones de ser” del estado.

Como vemos, el debate respecto de si las medidas estatales persiguen, o no, el “bien público” nos devela, con muchísima claridad, la existencia de una fuerte tensión entre la protección de los intereses de los inversionistas y el interés de proteger la autoridad soberana de los estados para regular en búsqueda del interés público.

Cabe mencionar además que, para la doctrina del poder público, una vez que se ha constatado que existe una afectación “sustancial” sobre la propiedad de un inversionista, es esencial verificar la legitimidad o ilegitimidad del objetivo que perseguía la medida estatal supuestamente expropiatoria, sin embargo, como veremos más adelante, existen otro tipo de criterios como la “intención del estado”, según los cuales, incluso una medida adoptada a fin de conseguir un objetivo “legítimo” podría ser considerada como expropiatoria.

3) La intención del estado (buena o mala fe):

Otro de los criterios que, según quienes defienden la doctrina del poder público, deben ser analizados para determinar si una medida estatal que ha generado un perjuicio sustancial sobre la propiedad de un

inversionista ha degenerado en una expropiación indirecta, es la “intención” que tuvo el estado al momento de adoptar la medida.

En este punto es indispensable diferenciar entre el “objetivo” de la medida y la “intención” del estado. El objetivo, en nuestra materia, debe entenderse como el fin declarado de política pública que justifica una medida estatal (salud pública, redistribución de la riqueza, protección de la industria nacional, etc.), mientras que, por otro lado, la “intención” del estado al adoptar la medida, debe entenderse como aquel fin, potencialmente no declarado, que impulsó a los gobernantes del estado a adoptar la medida.

Así por ejemplo, si una medida adoptada por el estado posee el objetivo declarado de “garantizar la salud pública” pero, en base a las manifestaciones de los gobernantes o a determinados elementos de convicción, se demuestra que, en realidad, la medida fue adoptada con la intención deliberada de hacerse con las utilidades de una determinada compañía, nos encontraríamos frente a un estado que ha actuado de “mala fe” y, en consecuencia, la medida estatal debería considerarse como expropiatoria.

En este parámetro tiene cabida el concepto de “medida discriminatoria” pues, de igual forma que en la expropiación directa, en nuestro caso, una medida es expropiatoria cuando se adopta no tanto en consideración de los beneficios potenciales de la medida sino, sobre todo, en consideración de las características del inversionista que, fruto de la medida, se vería perjudicado.

Al respecto el autor Vieijo Heiskanen (2003) manifiesta que *“si la medida no es discriminatoria y fue adoptada para perseguir un fin de interés público no existe expropiación”* y, en consecuencia, si la medida es discriminatoria, por mas que haya sido adoptada para perseguir un fin de interés público, según Heiskanene, sería expropiatoria.

La posible discriminación o “mala fe” con la que se adopta la medida ha generado un debate respecto de la diferencia entre una “expropiación indirecta” y una “expropiación camuflada”, términos que, si bien son utilizados por la mayoría de autores en calidad de sinónimos, como veremos previo a finalizar la presente disertación, encierran un contenido bastante distinto⁵⁵.

Por el momento nos limitaremos a decir que tanto la experiencia empírica como la mas elemental lógica nos demuestran que, en efecto, existe la posibilidad de que un determinado gobierno, en la persona de sus gobernantes, utilice su potestad reguladora para deliberadamente “camuflar” una expropiación y, en consecuencia, para obtener los beneficios de una expropiación sin la necesidad de pagar una justa indemnización.

En un caso como el que nos hemos planteado, mas allá del objetivo de la medida, la intención del gobierno es determinante para constatar la existencia de una expropiación camuflada y/o indirecta (por el momento utilizaremos el termino “expropiación camuflada” en calidad de sinónimo de “expropiación indirecta”).

Si bien resulta evidente que la intención del estado que adopta la medida es determinante, también es evidente que, como lo argumentan quienes se oponen a la doctrina del poder público, la constatación y, mas aún, la prueba de dicha intención frente a un tribunal, resulta ser un asunto arto complejo, por no decir que, al menos en muchos casos, resulta ser un asunto imposible.

4) La naturaleza de la medida estatal:

Otro de los criterios frecuentemente empleados por quienes defienden la doctrina del poder público es la “naturaleza de la medida estatal” que, a diferencia del objetivo o la intención de la medida, hace referencia al

⁵⁵ Ver numeral 3.1.5.

ámbito dentro del cual se emite y/o se aplica la medida. Así, es frecuente encontrar en la doctrina que no serán susceptibles de generar el derecho al pago de indemnizaciones las medidas de naturaleza tributaria o que, por ejemplo, tengan relación con la política monetaria del estado.

Si bien a primera vista es fácil confundir al “objetivo” de la medida estatal con la “naturaleza” de la medida, después de una análisis detallado queda claro que, por ejemplo, una medida de naturaleza tributaria puede tener varios objetivos, tales como la salud pública, en el caso de un impuesto a la comida chatarra, la protección de la industria nacional, en el caso de un impuesto a las importaciones o, por ejemplo, la redistribución de la riqueza, en el caso de un impuesto a las herencias.

En ese sentido existen cierto tipo de normas o medidas que, como por ejemplo, las medidas de política monetaria tales como la devaluación o apreciación intencional del tipo de cambio, han sido tradicionalmente consideradas como “bastiones de la soberanía del estado” y, en consecuencia, para algunos autores, no podrían jamás degenerar en una expropiación indirecta.(Samanamud, 2013)

En general, este tipo de medidas suelen ser de aplicación bastante general y suelen también tener relación con temas de índole económico. La primera de estas características evita el riesgo de que se trate de medidas discriminatorias, aunque no del todo, y, la segunda, justifica el hecho de que la adopción de dichas medidas sea indispensable para el normal desenvolvimiento del estado.

Así, por ejemplo, la devaluación intencional del tipo de cambio, que se suele adoptar a fin de corregir desequilibrios en la balanza comercial, afecta a todos los individuos del estado por igual y, de no adoptarse, en ciertas condiciones, podría conllevar una crisis económica.

En general, respecto de este parámetro se han identificado claramente a las medidas de índole tributario y a todas aquellas relacionadas con el

manejo de la política monetaria o el manejo de la política arancelaria. Ahora bien, a diferencia de los parámetros respecto del “objetivo” y la “intención” con los que se adopta la medida estatal, el parámetro que nos encontramos analizando ha encontrado numerosos detractores en el seno de quienes defienden la propia doctrina del poder público.

La crítica, en la que casi no se hace mención a las medidas cambiarias o arancelarias, se ha centrado en el hecho de que, pese a que los impuestos son generalmente de aplicación general, para muchos autores, este tipo de medidas tributarias también pueden esconder expropiaciones camufladas.

Así por ejemplo, si en un país existen muchos tipos de bebidas alcohólicas pero solo un productor produce bebidas alcohólicas sabor a manzana y, sin ninguna justificación, el gobierno decide imponer un impuesto del 80% a las bebidas alcohólicas con sabor a manzana, con el supuesto objetivo de prevenir el alcoholismo, probablemente se configure una auténtica medida discriminatoria y, en consecuencia, potencialmente confiscatoria.

En cuanto a las medidas de naturaleza cambiaria no ha existido mayor debate en virtud de que, por más de que, en efecto, pueden generar perjuicios sustanciales a los inversionistas, resulta prácticamente imposible que un estado, por ejemplo, decida devaluar su moneda y, en consecuencia, sacrificar la capacidad adquisitiva de todos sus habitantes, con el fin deliberado de “perjudicar a un inversionista determinado”.

En todo caso, pese a la falta de consenso respecto del parámetro analizado, para muchos autores este es, al menos, un análisis que debe realizarse previo a definir si una determinada medida es, o no, expropiatoria.

5) Interferencia con la expectativa legítima del inversionista:

Para determinados autores una medida estatal que ha generado una afectación “sustancial” sobre la propiedad de un inversionista, por mas que persiga un objetivo “legítimo” y que haya sido adoptada de buena fe, puede degenerar en una expropiación indirecta si es que interfiere con una expectativa legítima que, en virtud de acciones o declaraciones del propio estado, se había generado en el inversionista.

Es importante no confundir la “expectativa legítima” con la “utilidad razonable” que hemos analizado en el marco del estudio de la doctrina del efecto pues, si bien se podría decir que el obtener una “utilidad razonable” como fruto de su inversión es una “expectativa legítima” del inversionista, al menos en el marco del análisis que nos encontramos realizando, se ha entendido que la “expectativa legítima” solo se genera como fruto de un “ofrecimiento” que provenga del estado anfitrión de la inversión.

En este sentido el autor Francisco Orrego Vicuña (2003) manifiesta que:

“La legítima expectativa de un ciudadano para obtener un beneficio que haya sido directa o indirectamente promovida por el estado le genera derechos al ciudadano. Si un ciudadano invierte en base a las regulaciones estatales favorables a su inversión y, en base a eso se genera una expectativa legítima, el cambio de dichas condiciones favorables por parte del estado que le genere perjuicio debe ser compensado.”

Así por ejemplo, para Orrego Vicuña, si un estado ofrece a los inversionistas una exención tributaria durante los cinco primeros años a fin de atraer su inversión y al segundo año se retracta y retira dicha exención tributaria, toda vez que dicha medida genere un perjuicio “sustancial” para el inversionista, se trataría de una expropiación indirecta.

Ahora bien, respecto de este parámetro se ha generado un intenso debate en cuanto a los requisitos necesarios para que se configure una expectativa legítima pues, si bien para ciertos autores como Orrego Vicuña la expectativa se genera cuando el estado la promueve “directa o indirectamente” para otros, es necesario que, en su defecto, exista una promoción directa de dicha “expectativa” por parte del estado.

Al respecto, se ha dicho que si el tener normas favorables a la inversión es de por sí una “promoción indirecta de una expectativa legítima” se estaría estableciendo algo así como un “principio de intangibilidad” o de “no regresividad” de dichas prerrogativas o beneficios a favor de los inversionistas (algo así como el principio de intangibilidad o progresividad de los derechos laborales) y, en consecuencia, se estaría limitando en extremo la potestad reguladora del estado.

En ese sentido, quienes defienden que la promoción de la expectativa debe ser directa, proponen que únicamente cuando se demuestre que el estado ha promovido directamente un beneficio determinado se entienda que se ha generado una expectativa legítima y, por otro lado, proponen que, aquellas “expectativas” que no hayan sido promovidas por el estado con una condición de “temporalidad” se entiendan prescritas en un tiempo razonable pues, caso contrario, la promoción de un beneficio que genere una “expectativa legítima” obligaría al estado a respetar *ad infinitum* su ofrecimiento.

El tema de la “temporalidad” de las expectativas legítimas ha sido, pese a su importancia, prácticamente inexplorado. En todo caso, la determinación de un tiempo razonable dentro del cual “una expectativa legítima” se entienda como “vigente” y, en consecuencia, dentro del cual el estado no pueda adoptar medidas que interfieran con dicha expectativa, es indispensable para establecer un necesario clima de seguridad jurídica tanto para inversionistas como, sobre todo, para los estados soberanos.

El asunto de la “interferencia con la expectativa legítima”, en fin, tiene también cierta relación con al “intención” del estado pues, si bien el estado puede adoptar de buena fe una medida que interfiera con una expectativa legítima, se entiende que, de todas formas, ha “engañado” al inversionista y, en consecuencia, debería asumir la obligación de indemnizarle por los perjuicios ocasionados.

Cabe mencionar que en caso de que los efectos de la interferencia con la expectativa legítima no sean “sustanciales” y, en consecuencia, no sean expropiatorios, el inversionista aún conservaría la posibilidad de activar estándares de protección tales como el de “trato justo y equitativo”.

6) Proporcionalidad entre la medida empleada y el fin de interés público que se persigue:

Por último, otro de los parámetros propuestos y frecuentemente mencionados por quienes defienden la doctrina del Poder Público es aquel según el cual, para constatar la existencia de una expropiación indirecta se debe analizar si existe una razonable relación de “proporcionalidad” entre la afectación sufrida por el inversionista y el objetivo que persigue la medida estatal.

Es importante señalar que quienes defienden este parámetro no concuerdan, por un asunto de elemental lógica, con quienes proponen que “si el objetivo de la medida es legítimo no hay expropiación indirecta”, esto por cuanto, de acuerdo con el parámetro de la “proporcionalidad”, incluso si la medida ha sido adoptada en base a un objetivo legítimo, podría degenerar en una “expropiación indirecta”.

En este sentido, la autora norteamericana Catherine Yannaca-Saml(2005) manifiesta que:

“Debe existir una relación de proporcionalidad entre el peso de la carga que es impuesta al inversionista extranjero y el objetivo perseguido al adoptar la medida expropiatoria”^{56,57}

Quienes defienden el parámetro de la proporcionalidad manifiestan que, por más “legítimo” que sea el objetivo que persigue la medida estatal, si no existe proporción entre dicho objetivo y el perjuicio que soporta el inversionista, toda vez que se ha constatado que dicho perjuicio es “sustancial”, se debería entender que se ha producido una expropiación indirecta.

Los autores alineados con esta teoría proponen, en resumen, una especie de punto medio entre quienes proponen considerar exclusivamente el efecto perjudicial de la medida y quienes, por otro lado, proponen que, independientemente del efecto, si la medida estatal fue adoptada con el fin de alcanzar un objetivo legítimo, el estado no debe indemnizar al inversionista.

El ejercicio de “analizar la proporcionalidad de una medida estatal”, si bien es absolutamente novedoso para el derecho de protección de inversiones, resulta algo casi cotidiano en el marco del derecho constitucional, sin embargo, incluso en dicha rama del derecho, no se ha definido con certeza un mecanismo único que garantice la absoluta racionalidad en los resultados del ejercicio de ponderación o, al menos, no se lo ha hecho en torno a un consenso unánime.

En la teoría constitucional se propone que, cuando exista una coalición entre principios (parámetros de optimización del sistema jurídico), se realice un ejercicio de ponderación fruto del cual se determine qué

⁵⁶ Traducción realizada por el autor, texto original: there must be a reasonable relationship of proportionality between the charge or weight imposed to the foreign investor and the aim sought to be realized by an expropriatory measure.

⁵⁷ Es importante señalar que la autora se refiere al objetivo de la “medida expropiatoria” por cuanto, en su opinión, toda medida que afecta sustancialmente la propiedad es expropiatoria y, el tema de debate, es si dicha medida expropiatoria obliga, o no, al estado a pagar una indemnización. No coincidimos con dicho criterio por cuanto, al menos en el sistema de tradición civilista, toda medida expropiatoria requiere el pago de una justa compensación.

principio, en cada caso concreto, prevalece sobre otro. La ponderación es para los principios lo que la subsunción para la reglas, sin embargo, si bien la subsunción resulta en un ejercicio de cuya racionalidad no existen dudas, la ponderación ha dado mucho que hablar respecto de la posible arbitrariedad de los resultados.

En palabras del autor Robert Alexy, la proporcionalidad consiste en que *“Cuando mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de uno de los principios, tanto mayor deberá ser el grado de la importancia de la satisfacción del otro”* (Alexy, 2008); en nuestro caso, debe leerse *“cuando mayor sea el grado de restricción al derecho de propiedad del inversionista, tanto mayor deberá ser el grado de la importancia de satisfacer el objetivo legítimo de política pública”*

Así por ejemplo, una regulación que a fin de favorecer a la salud pública ordene que se encarcele por 30 años a quienes fabriquen o vendan alcohol, probablemente sea percibida como desproporcionada pues, la medida en que la regulación afecta el derecho a la “libertad” de quienes fabrican o venden alcohol es absoluta y, por otro lado, la medida en que dicha regulación favorece a la Salud Pública es, por decir lo menos, relativa o marginal.

Ahora bien, por supuesto, no ha sido del todo sencillo determinar el mecanismo adecuado para verificar la proporcionalidad de las medidas estatales.

Una de las teorías más aceptadas es aquella desarrollada por el autor Robert Alexy, según el cual, a través de un proceso denominado “test de proporcionalidad” se puede obtener un resultado racional (no arbitrario) respecto de la ponderación entre principios. Dicha teoría ha sido aceptada, aunque no con consenso unánime, dentro del derecho constitucional y en tal virtud, tratadistas como la propia Catherine Yannaca-Samll, han propuesto emplear dicho mecanismo para determinar la proporcionalidad entre el objetivo de la medida estatal y la afectación a la propiedad de un inversionista.

A continuación analizaremos brevemente en qué consiste el mencionado “test de proporcionalidad” y, al final, analizaremos también los argumentos de quienes, incluso en el seno de la doctrina del poder público, se oponen a que los tribunales arbitrales en materia de inversiones juzguen la proporcionalidad de las medidas estatales.

El test de proporcionalidad consiste en la aplicación de un esquema de análisis en virtud del cual la medida estatal es sometida a un determinado número de filtros que, de ser superados, “garantizan” que la medida es proporcional y, en su defecto, de no ser superados, determinan que se trata de una medida desproporcionada.

A continuación analizaremos los “filtros” que la medida estatal sometida al “test de proporcionalidad” debe superar a fin de ser considerada como proporcional⁵⁸.

1) Idoneidad: La idoneidad consiste en analizar si la medida estatal es en efecto “idónea” para conseguir el objetivo que se supone debe conseguir, es decir, se debe valorar la racionalidad instrumental de la medida.

En palabras de Alexy:

“el principio de idoneidad, excluye la adopción de medios inidóneos que obstruyan la realización de los principios o fines para los cuales ha sido adoptado. Si el medio M no es idóneo para lograr la realización u obtención del principio P1, y sin embargo obstruye la realización de P2, entonces no perjudicará ni a P1 ni a P2 el hecho de que M sea omitido, aunque si existirían perjuicios para P2 si M es adoptado.” (Alexy, 2011)

Así por ejemplo, si a fin de precautelar la salud pública el estado ordena que en todas las escuelas se obligue a los estudiantes a “ir a misa” en una iglesia católica, nos encontraríamos frente a una medida que no supera el

⁵⁸ Si bien existen un sin número de vertientes respecto de cómo debe aplicarse el test de proporcionalidad, para efectos de nuestro estudio adoptaremos la estructura planteada por el autor Robert Alexy.

filtro de la “idoneidad” pues, pese a que la “salud pública” es un objetivo “legítimo”, “ir a misa” no tiene ninguna relación con la salud pública.

2) Necesidad: una vez que la medida estatal examinada ha superado el filtro de la idoneidad, el test de proporcionalidad requiere determinar si la medida supera el filtro de “necesidad” que, a breves rasgos, consiste en determinar si al momento de adoptada la regulación no existía otra medida menos lesiva al derecho lesionado que hubiese podido conseguir el mismo objetivo.

En palabras de Alexy:

“Este principio exige que de entre dos medios igualmente idóneos respecto a P1, deberá ser elegido aquel que sea menos lesivo respecto a P2. Si existe un medio que intervenga en menor medida y que sea igualmente idóneo, será posible realizar una posición sin tener que perjudicar la otra”. (Alexy, 2011)

Así por ejemplo, si en una epidemia de piojos el ministerio de educación decide que todos los estudiantes deben cortarse el pelo, y entre ellos se encuentra un “rastafari” cuyas creencias le impiden cortarse el pelo, nos encontraríamos frente a una medida que no supera el filtro de necesidad pues, sin necesidad de lesionar el derecho a la libertad de culto el ministerio de educación podría haber controlado la epidemia a través del uso de un remedio “anti- piojos”.

3) Proporcionalidad en sentido estricto: una vez que la medida ha superado los filtros de idoneidad y necesidad, el test de proporcionalidad requiere constatar si la medida supera el filtro de “proporcionalidad en sentido estricto” que, en pocas palabras, supone que las ventajas que se obtienen en base a la restricción del derecho limitado o afectado compensen los sacrificios que esta afectación representa para los titulares del derecho o para la sociedad.

En palabras de Alexy:

“Este principio es idéntico a la regla llamada -ley de la ponderación-. Esta regla estatuye: Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro.”
(Alexy, 2011)

Así por ejemplo, si un estado decide que para evitar el consumo de cigarrillo va a encarcelar a quienes consuman cigarrillos, en el supuesto de que dicha medida supere los filtros anteriores, nos encontraríamos frente a una medida que no supera el filtro de “proporcionalidad en sentido estricto” pues, por mas afectación que genere el cigarrillo a la salud de quienes lo consumen, los beneficios de encarcelar a los consumidores son muy inferiores a los perjuicios de encarcelar a personas que no necesariamente representan un riesgo para la sociedad.

Ahora bien, mas allá de si se acepta o no el uso del denominado “test de proporcionalidad” existen un sin número de argumentos en virtud de los cuales el parámetro de “proporcionalidad” no ha sido ampliamente aceptado por quienes defienden la doctrina del poder público como un parámetro que deba utilizarse a fin de constatar la existencia de una expropiación indirecta.

En ese sentido, como lo mencionamos durante el análisis del caso Tecmed Vs Estados Unidos Mexicanos, se ha dicho que, a diferencia de los tribunales constitucionales o de derechos humanos, los tribunales arbitrales no cuentan con una fuente normativa que les permita realizar una real ponderación entre derechos a fin de dictar sus resoluciones.

En tal virtud, se alega que en esas condiciones los tribunales arbitrales por su naturaleza estarían avocados a privilegiar o considerar exclusivamente el derecho a la propiedad del inversionista y, en consecuencia, el ejercicio para determinar la proporcionalidad de las

medidas sería infructuoso o, en su defecto, desembocaría en que los tribunales arbitrales en materia de inversiones se extralimiten en sus funciones y se conviertan en una especie de “jueces” respecto de la constitucionalidad de las medidas estatales.

Por otro lado, el problema reside en que, a diferencia de los tribunales constitucionales, los tribunales de arbitraje internacional en materia de protección de inversiones deben limitarse a constatar si el estado ha incumplido con alguna de las cláusulas incluidas en el tratado internacional del que obtiene la competencia el tribunal arbitral y, en consecuencia, mal podrían decidir en el sentido de que, “pese a que la medida afecta a la propiedad de los inversionistas no se constituye una expropiación por cuanto favorece, en mayor medida, a otro derecho fundamental o constitucional”.

En resumen, la falta de un sustento normativo, como lo es la constitución para los tribunales constitucionales, ha generado que la propuesta del tribunal constituido para el caso TECMED no prospere en el sentido de establecer un criterio objetivo para definir desde qué punto una medida estatal legítima se convierte en una medida “equivalente a la expropiación” puesto que, en las condiciones descritas, el criterio de “proporcionalidad” desembocaría fácilmente en la arbitrariedad por parte de los tribunales arbitrales y agravaría, mas aún, la situación de permanente inseguridad jurídica a la que se ven enfrentados los estados (en relación a la expropiación indirecta).

Por otro lado, los detractores del parámetro de la “proporcionalidad” argumentan que, de aceptarse su aplicación, se dejaría a discreción de los tribunales arbitrales en la materia la potestad de condenar a los estados al pago de indemnizaciones a causa de la adopción de medidas que persiguen el bien público y, en consecuencia, se convertiría a dichos tribunales en verdaderos “juzgadores” de las políticas públicas adoptadas por estados soberanos permitiendo que, evidentemente, se extralimiten en las funciones para las que fueron constituidos.

Una vez analizados los distintos parámetros propuestos por quienes promueven la doctrina del poder público para determinar si una medida estatal que genera un perjuicio sustancial sobre la propiedad de un inversionista es, o no, expropiatoria, debemos decir que, mas allá de sus diferencias, los tratadistas adeptos a esta doctrina advierten que de no restringirse al máximo la aplicación del concepto de expropiación indirecta se podría correr el riesgo de que el costo de adoptar medidas estatales, adoptadas en aras del bien público, supere a sus beneficios y, en consecuencia, los gobiernos elijan no asumir el riesgo. (HEISKANEN, 2003)

En adición, autores como Ben Mostafa advierten que de aceptarse la teoría planteada por la doctrina del efecto se estaría estableciendo una especie de superioridad en abstracto del derecho de propiedad, específicamente de los inversionistas extranjeros, por sobre todo el resto de derechos que figuran tanto en las distintas constituciones de los estados soberanos como en los tratados internacionales de derechos humanos y, en consecuencia, se estaría sometiendo el ejercicio progresivo de los derechos humanos al interés particular de los inversionistas.

Los parámetros analizados, si bien no son los únicos que se encuentran en la literatura respecto de la expropiación indirecta, son, sin duda, los más representativos y frecuentes y, en consecuencia, nos permiten hacernos un criterio bastante acertado respecto del contenido de la “doctrina del poder público”.

3.2. Corrientes que niegan la existencia de la expropiación indirecta.-

Por último, más allá de las distintas formas de interpretar a la “prohibición de expropiación indirecta” existen también algunos autores, bastante escasos, que niegan la posibilidad de que exista una “expropiación indirecta”.

Quienes defienden esta posición argumentan que, en caso de que una medida estatal perjudique “sustancialmente” la propiedad de un ciudadano, que puede o no ser un inversionista extranjero, su reclamación debería ser procesada de manera exclusiva frente a instancias de la jurisdicción interna, de preferencia de

naturaleza constitucional o, en última instancia, frente a los tribunales internacionales de Derechos Humanos.

Ahora bien, es nuestro deber advertir que, más allá de que es perfectamente posible coincidir con esta posición, el hecho de que los TBI's y TLC's contengan, como en efecto lo hacen, cláusulas que expresamente prohíben la expropiación indirecta, hace que, al menos para aquellos países que han suscrito tratados de esta naturaleza, no quede otra salida que la de interpretar, de la manera más favorable a sus intereses, el significado y alcance de la institución.

A continuación procederemos a analizar una serie de definiciones y clasificaciones que son necesarias para evitar confusiones respecto de los términos empleados frecuentemente en la doctrina y en la jurisprudencia con relación a la expropiación indirecta.

3.3. Expropiaciones indirectas Vs Expropiaciones de facto.-

Tanto en la doctrina como en la jurisprudencia encontramos frecuentemente menciones al término “expropiación de facto” y, lamentablemente, es frecuente que se induzca a pensar que dicho término es equivalente al término “expropiación indirecta”. A continuación analizaremos brevemente las diferencias que existen entre ambos conceptos.

En principio debemos advertir que, del estudio detallado de la materia que nos convoca, se desprende que “expropiación indirecta” y “expropiación de facto” no son sinónimos y, en consecuencia, es incorrecto utilizar indistintamente ambos términos.

El término “expropiación de facto” hace referencia a aquellas confiscaciones que se han realizado sin respetar el proceso establecido por cada legislación a fin de garantizar la licitud de una expropiación directa, así por ejemplo, si el gobierno decide utilizar una vivienda deshabitada para emplearla como sede de una institución pública, y para el efecto no media un proceso formal de expropiación, nos encontraríamos frente a una “expropiación de facto” pero, de ninguna manera, frente a una expropiación indirecta o regulatoria.

En otras palabras, una expropiación de facto se produce cuando el estado se apropia físicamente de un bien de propiedad de un particular sin que para ello medie un proceso formal de expropiación. Las expropiaciones de facto no poseen un origen regulatorio y, por lo general, constituyen un acto de “pura fuerza” que, en consecuencia, se produce al margen del ordenamiento jurídico.

La diferencia esencial entre las expropiaciones indirectas y las expropiaciones de facto es que, mientras las primeras se producen como consecuencia indirecta de un acto estatal de naturaleza regulatoria que, más allá de sus efectos relacionados a la protección de inversiones, se enmarca perfectamente en el ordenamiento jurídico del estado, las segundas se producen como consecuencia directa de un acto ilícito cometido por parte de agentes del estado.

En fin, fuera del argot propio del derecho internacional de protección de inversiones, una “expropiación de facto” es una simple confiscación que, en consecuencia, genera, sin lugar a debates, la obligación estatal de restituir el bien al propietario o, en caso de no ser posible, de pagar por tal efecto una indemnización adecuada. No existen dudas respecto de que la confiscación de un bien atenta contra el derecho de propiedad de los individuos afectados y, en consecuencia, no existe duda respecto de que la confiscación es un acto ilícito que debe ser reparado.

3.4. Expropiaciones camufladas.-

Por último, encontramos también en la doctrina referencias al término “expropiaciones camufladas” que, en casi la totalidad de los casos, es empleado como un término equivalente a “expropiaciones indirectas”. Al respecto, debemos decir que, si bien una expropiación camuflada es una expropiación indirecta, el concepto de expropiación camuflada es un tanto más restringido que el de expropiación indirecta.

Como lo analizaremos en los próximos capítulos, al menos semánticamente, el término “expropiación camuflada” restringe el alcance de la expropiación indirecta en tanto y en cuanto supone que el estado debe haber tenido la intención positiva de “camuflar” una expropiación y, para tal efecto, debe haber

utilizado deliberadamente una medida de naturaleza regulatoria. Para mayor claridad nos permitimos señalar que el diccionario de la Real Academia Española de la Lengua define al término camuflar como la acción de “*Disimular dando a algo el aspecto de otra cosa*”.

Queda claro que, en base a las consideraciones expuestas, la “expropiación camuflada” posee un alcance bastante más restringido que la expropiación indirecta pues, mientras que la primera requiere de la constatación de un elemento intencional por parte del estado, la segunda da cabida a interpretaciones según las cuales se puede prescindir de analizar la intención del estado que adoptó la medida supuestamente expropiatoria.

En los próximos capítulos utilizaremos frecuentemente el término “expropiación camuflada” y, en consecuencia, sugerimos tener en cuenta las anotaciones realizadas en el presente apartado a fin de dar la interpretación más adecuada a las propuestas emitidas, previo al desenlace de la presente disertación, respecto de la tensión que existe entre la protección a las inversiones extranjeras y el necesario respeto que debe existir frente a la soberanía de los estados.

Ahora bien, tras finalizar el estudio de la manera en que se ha desarrollado el concepto de “expropiación indirecta” a través del análisis detallado de sus antecedente históricos, de los textos normativos que fundamentan su existencia, de la interpretación que de él han realizado los principales tribunales y cortes en la materia y, por último, de los criterios que al respecto han emitido los más reconocidos tratadistas, procederemos, de una vez por todas, a analizar la tensión que la institución materia de nuestra investigación ha generado entre el interés de proteger a los inversionistas extranjeros y el interés de reivindicar la potestad reguladora de los estados soberanos.

4. Tensión entre la protección a la inversión extranjera y la soberanía del estado.-

En el presente capítulo analizaremos la tensión que las diferentes interpretaciones y aplicaciones del concepto de “expropiación indirecta” generan entre la necesidad de proteger los intereses de los inversionistas extranjeros y la necesidad de garantizar la existencia de estados soberanos que, en definitiva, sean libres para emitir las

regulaciones que en base a su propio sistema de toma de decisiones consideren pertinentes en aras de conseguir sus fines constitucionales.(MÁRQUEZ, 2008).

Para tal efecto analizaremos las posibles implicaciones de la aplicación de cada una de las teorías analizadas en el capítulo precedente y, en adición, analizaremos también los efectos jurídicos, políticos, económicos y sociales que las distintas formas en que se resuelva la tensión pueden acarrear para los estados.

Ahora bien, en primer lugar, resulta evidente la necesidad de demostrar la existencia de la mencionada tensión.

Sobre la existencia de una tensión entre la necesidad de proteger los intereses de los inversionistas extranjeros y la necesidad de proteger la potestad reguladora de la que deben gozar los estados soberanos.-

Desde la aparición del concepto de expropiación indirecta, como lo hemos mencionado en reiteradas ocasiones durante los capítulos precedentes, se han registrado múltiples denuncias presentadas ante la comunidad internacional respecto de los potenciales efectos nocivos que la aplicación errónea de la institución que nos convoca puede generar en detrimento, sobre todo, de la necesaria libertad de la que deben gozar los estados para emitir las regulaciones y normas que consideren pertinentes en aras de alcanzar sus fines fundacionales.

El problema radica en que, al exponer a los estados a la posible contingencia de tener que indemnizar a los inversionistas extranjeros por actos normativos, emitidos en el marco del ordenamiento jurídico y, en muchos casos, emitidos a fin de cumplir los fines fundamentales del estado, atenta contra la libertad regulatoria y, en consecuencia, contra el propio sistema constitucional y democrático, esto mas aún cuando, como en el caso de la expropiación indirecta, para los estados resulta imposible prever las consecuencias jurídicas de sus acciones.

En ese sentido, al autor Ben Mostafa(2008) manifiesta que:

*“en la comunidad internacional existe una real preocupación respecto del potencial de la “expropiación indirecta” para interferir con el derecho de los estados para regular”*⁵⁹.

Si bien la doctrina desarrollada en torno a la expropiación indirecta no se caracteriza por contener o generar consensos importantes, es menester reconocer que, al menos en cuanto al tema central del presente capítulo, parece no existir debate. Tanto los más reconocidos tratadistas en la materia como los principales tribunales se han pronunciado en el sentido de que, al menos si no se interpreta a la institución como cada uno propone, existe un alto riesgo de perjudicar o cuando menos “interferir” con el derecho de los estados a autorregularse.

Es en ese contexto que, al menos durante la última década, la atención sobre los potenciales efectos de la expropiación indirecta ha abarcado casi la totalidad de los debates generados en el seno del derecho internacional de protección de inversiones e, incluso, ha abarcado buena parte del debate político en el concierto internacional.

La atención ofrecida por la comunidad internacional al tema que nos convoca no solo es amplia sino que, hasta la fecha, no ha dejado de crecer, al respecto el propio Ben Mostafa (2008) manifiesta que:

“La creciente atención que ha recibido la expropiación indirecta y su interacción con el derecho de los estados para regular se debe a los siguiente factores: 1) Los estados han adoptado un actitud cada vez mas contundente al momento de regular la propiedad privada. 2) Existe un número creciente de obligaciones internacionales que obligan al estado a emitir regulaciones y, 3) Han proliferado como nunca antes los Tratados Bilaterales de Protección de Inversiones y los Tratados de Libre Comercio”.⁶⁰

⁵⁹ Traducción realizada por el autor, texto original: “There is a real concern in international community regarding the potential for indirect expropriation law to interfere with state’s right to regulate”

⁶⁰ Traducción realizada por el autor, texto original: “the rising attention received by indirect expropriation and its interaction with the right of the state to regulate is duo to these factors: 1) states have taken and increasingly active role in regulating private property. 2) There are and increasingly number of

Como vemos, no solo que existe una tensión entre la protección a la inversión extranjera, a través de la expropiación indirecta, y el derecho de los estados a autorregularse sino que, con cada día que pasa dicha tensión se acentúa y, en consecuencia, su análisis y solución se tornan más necesarios.

Ahora bien, por supuesto, al análisis de la mencionada “tensión” no resulta tan simple. A continuación analizaremos, en primer lugar, la manera en que la sola falta de definición respecto del contenido y alcance de la expropiación indirecta va en detrimento del ejercicio pacífico de la potestad reguladora de los estados y, en segundo lugar, las potenciales consecuencias que las distintas interpretaciones analizadas en el capítulo precedente generarían respecto de los estados sometidos a normas internacionales que incluyan la “prohibición de expropiación indirecta”.

Por último, analizaremos con especial atención lo que se ha denominado como el efecto de “enfriamiento normativo” y, en general, aquellas consecuencias derivadas de la situación actual del debate en torno a la expropiación indirecta. En el siguiente capítulo exploraremos la forma mas adecuada de atenuar la mencionada tensión y, en definitiva, de garantizar un adecuado nivel de protección a las inversiones extranjeras sin necesidad de sacrificar la libertad de los estados para auto regularse.

4.1. Sobre la inseguridad jurídica y su efecto frente a la potestad reguladora de los estados soberanos.-

No cabe duda respecto de que la manifestación más elemental de la soberanía estatal radica en la capacidad que tiene el estado para darse, para si mismo y para sus ciudadanos, las normas y regulaciones que considere pertinentes en el marco del respeto a su propio ordenamiento jurídico. En adición, tampoco cabe duda de que, en el marco del derecho internacional, la piedra angular en torno a la cual se construyen los estados independientes radica en el principio de “autodeterminación de los pueblos” según el cual cada estado debe tener la libertad de darse para si, y bajo su propio sistema de toma de decisiones, las normas y regulaciones que considere adecuadas.

international obligations that require states to regulate, and 3) proliferation of BIT's and free trade treaties.”

La potestad reguladora del estado es el mecanismo esencial a través del cual se expresa la voluntad del “soberano”, que, en el marco de los modernos estados constitucionales y democráticos, significa nada más y nada menos que “la voluntad del pueblo”, es decir, de “la voluntad de los habitantes⁶¹ del territorio del estado”. No existen dudas respecto de que si un gobierno no posee potestad reguladora, o no posee libertad para ejercerla, no se trata del gobierno de un “estado soberano”.

En ese contexto cabe formular la siguiente pregunta: Si un tribunal arbitral internacional puede, en base a nada más que su buen criterio, sancionar a un estado por emitir actos regulatorios (legales y legítimos), ¿se está menoscabando la potestad reguladora del estado?

En nuestra opinión, si bien se puede argumentar que el estado ha suscrito los TBI's o TLC's haciendo uso, precisamente, de su capacidad para autorregularse y que, en consecuencia, las sanciones derivadas de la ejecución de los tratados son una expresión de esa “potestad reguladora”, también se puede argumentar, con justa razón, que la poca claridad de las obligaciones contenidas en dichos tratados y la consecuente situación de inseguridad jurídica a la que se ven sometidos los estados, menoscaba gravemente su potestad para autorregularse.

La cuestión es sencilla, al estar el contenido de los estándares de protección relegado al libre albedrío de los tribunales arbitrales es fácilmente predecible que existe la posibilidad de que dichos tribunales se conviertan en verdaderos “jueces” de la normativa o de los actos administrativos emitidos por los estados y, en consecuencia, limiten, mediante la imposición de cuantiosas indemnizaciones, su capacidad para autorregularse y, peor aún, para velar por el cumplimiento de sus fines constitucionales.

Esta línea de análisis, pese a que no es propia del derecho internacional, no representa ninguna novedad para el mundo jurídico, de hecho, en ramas tan distantes como el derecho contractual y el derecho penal se ha establecido con claridad que, la falta de determinación del contenido de las obligaciones, en el derecho contractual, o de los tipos penales, en el derecho penal, implica la falta de

⁶¹ Entiéndase el término “habitantes” como sinónimo de “ciudadanos” y por tanto exclúyanse de su alcance a aquellos “habitantes” cuya condición les impida ser parte de los procesos formales de toma de decisiones públicas.

“legalidad material” y, en consecuencia, el exigir dicha obligación o el aplicar dicho tipo penal, conlleva la violación del derecho a la “seguridad jurídica” y con ello, del derecho a la libertad que entre otras cosas supone la potestad de tomar decisiones informadas.

Así por ejemplo, si el código penal de un determinado país contempla que “el ciudadano que realice una acción negativa para la sociedad será reprimido con 5 años de cárcel”, los ciudadanos de dicho país verían frecuentemente violados sus derechos a la seguridad jurídica y a la libertad, entendida conforme la explicación contenida en el párrafo precedente, pues, sin duda, estarían sometidos a la arbitrariedad de los jueces que, por mas buena voluntad que posean, deberían asumir el reto de interpretar el contenido y alcance del termino “acción negativa”.

En ese mismo sentido, salvando las diferencia entre el derecho penal y el derecho internacional de protección de inversiones, el hecho de que los estados se vean sometidos a la caprichosa interpretación de los tribunales respecto del contenido y alcance del término “expropiación indirecta” menoscaba el derecho de los estados a autorregularse y, en consecuencia, menoscaba el principio de autodeterminación de los pueblos.

Ahora bien, para ser justos debemos mencionar que, como lo hemos anotado previamente, quienes defienden la indeterminación tanto de la “expropiación indirecta” como de los estándares de protección alegan que *“es una costumbre en el derecho anglosajón que las normas sean lo suficientemente generales como para adaptarse a las circunstancias futuras a través de su desarrollo jurisprudencial”*, sin embargo, también siendo justos, debemos señalar que dichos tratadistas olvidan sospechosamente que la mencionada costumbre no se aplica a las normas de naturaleza consensual en las que, como en los tratados internacionales, se debe exigir que las parten determinen específicamente el contenido y alcance de las obligaciones a las que mutuamente se comprometen.

Pese a su jerarquía internacional los Tratados Bilaterales de Protección de Inversiones y los Tratados de Libre Comercio son, sin duda, documentos legales dentro de los cuales dos o más partes “se comprometen voluntariamente a la ejecución de ciertas prestaciones que pueden ser de dar, hacer o no hacer” y, en consecuencia, lejos de asimilarse al tipo de normas de aplicación *erga homnes*,

impuestas por el estado, que generan asimismo derechos oponibles *erga omnes*, se asimilan a las normas de índole contractual que generan derechos subjetivos y que, en consecuencia, presuponen la determinación, con el mayor grado de especificidad que sea posible, del objeto de dichos derechos subjetivos.

Ahora bien, más allá de la validez o invalidez del sustento jurídico que hemos esbozado en los párrafos precedentes, queda claro que el problema con la falta de definición respecto de la “expropiación indirecta” es que, al estar contenida dicha institución en tratados internacionales que suponen obligaciones para las partes, se ha convertido en un verdadero “cheque en blanco” a partir del cual los tribunales arbitrales han obtenido la posibilidad de imponer las más ocurrentes obligaciones a los estados soberanos.

Esta, por decir lo menos, preocupante situación ha generado que para los gobiernos sea virtualmente imposible prever a ciencia cierta las consecuencias jurídicas de sus acciones y, en consecuencia, ha implicado una nefasta incertidumbre para la toma de decisiones que, de una u otra manera, desembocó en un sinnúmero de perjuicios para los habitantes de los estados afectados.

En este punto, más allá del concepto de expropiación indirecta, encontramos que la inseguridad jurídica, en sí mismo, afecta gravemente a la libertad de la que deben gozar los estados para autorregularse. En otras palabras, la imposibilidad de prever si una medida estatal de naturaleza regulatoria va, o no, a constituir una expropiación indirecta que desemboque en la obligación estatal de indemnizar a uno o más inversionistas, limita la libertad de la que debe gozar el estado al momento de emitir regulaciones.

Dicha libertad, que por supuesto está enmarcada en el respeto al ordenamiento jurídico interno y a los compromisos internacionales asumidos por el estado, implica la posibilidad que debe tener el estado de hacerse con la información necesaria para adoptar medidas informadas y, dicha posibilidad, implica a su vez la necesidad de poder prever las potenciales contingencias generadas por las acciones adoptadas.

Ahora bien, precisamente como consecuencia de la falta de delimitación del alcance y contenido de la “expropiación indirecta” es que se han generado distintas teorías que, en esencia, pugnan por definir el alcance de la institución a través de la definición de los parámetros que se deben verificar para que una medida estatal degene en una expropiación indirecta. A continuación analizaremos en detalle el nivel de tensión que, cada una de dichas teorías, genera frente a la potestad reguladora de los estados soberanos.

4.2. Sobre los problemas derivados de la aplicación de la doctrina del efecto.-

En el presente título analizaremos la forma en que, de aceptarse la doctrina del efecto, la aplicación de la expropiación indirecta desembocaría en el menoscabo de la potestad reguladora de los estados soberanos y, en consecuencia, analizaremos también el nivel de tensión que, de aceptarse la doctrina del efecto, se generaría entre la protección a las inversiones extranjeras y el derecho que tienen los estados soberanos para autorregularse.

Conforme se desprende de lo analizado en el capítulo precedente, la doctrina del efecto propone que para constatar la existencia de una expropiación indirecta se debe considerar exclusivamente si el efecto que la medida estatal ha producido sobre la propiedad del inversionista ha sido, o no, “sustancial” prescindiendo así, en lo absoluto, del análisis respecto del objetivo de la medida estatal, de la intención del estado al momento de adoptar la medida e incluso del contexto social, económico y político en el que se adopta la medida.

En ese sentido resulta evidente que, al menos *a priori*, de entre las distintas formas de interpretar a la expropiación indirecta, la propuesta planteada por la “doctrina del efecto” es aquella que mayor tensión genera frente al necesario derecho del que deben gozar los estados para autorregularse. Por un lado, resulta lógico que la falta de consideración del objetivo de la medida estatal, de la intención del estado y del contexto, limita al máximo la capacidad del estado para regular, incluso cuando se trate de regulaciones cuya emisión es necesaria para garantizar el bien público y, por otro lado, queda claro también que la falta de consenso respecto de los parámetros necesarios o adecuados para determinar si la afectación generada por la medida es, o

no, “sustancial”, no nos permite resolver el problema de inseguridad jurídica que, como lo hemos analizado en el título precedente, constituye en sí mismo una interferencia con el derecho de los estados para autorregularse.

La falta de consideración de los elementos mencionados en el párrafo precedente, a efectos de determinar la existencia o inexistencia de una expropiación indirecta, supondría una especie de determinación en abstracto de la superioridad de los derechos de propiedad de los inversionistas sobre todos los demás derechos, sean individuales o colectivos, y, en esencia, constituiría un fuerte incentivo para que los estados privilegien la protección de las inversiones extranjeras por sobre cualquier otro tipo de necesidad, incluida la de garantizar la efectiva vigencia de los derechos humanos, por ejemplo.

Es en este contexto que un sinnúmero de tratadistas han advertido que, de aplicarse la doctrina del efecto, se generaría un peligrosísimo efecto de “enfriamiento normativo” según el cual, el elevado costo de las indemnizaciones, o el riesgo de ser condenado al pago de dichas indemnizaciones, haría que para los estados sea menos atractivo adoptar cierto tipo de medidas, incluso cuando estas sean necesarias o hasta indispensables para garantizar el bien público.

Al final del presente capítulo analizaremos con mayor detalle el denominado “efecto de enfriamiento normativo”. A continuación analizaremos las implicaciones de la aceptación y aplicación de la tesis propuesta por la “doctrina del poder público”.

4.3. Sobre los problemas derivados de la aplicación de la doctrina del poder público.-

Ahora bien, una vez que hemos analizado los problemas derivados de la aceptación o aplicación de la “doctrina del efecto” procederemos a estudiar como, incluso cuando se aplica la doctrina del poder público, se interfiere notablemente con el derecho de los estados soberanos para autorregularse.

Quienes defienden la aplicación de la doctrina del poder público suponen que, tras considerar el objetivo de la medida estatal, la intención del estado al momento de

adoptar la medida y el contexto en que se adoptó la medida, como factores para determinar si se ha producido una expropiación indirecta, la interferencia con el derecho de los estados a autorregularse se termina o , al menos, se atenúa a tal punto que deja de constituir un problema para el normal desarrollo de la actividad estatal, sin embargo, como lo analizaremos en el presente apartado, no solo que la tensión no se atenúa sino que, por el contrario, para muchos tratadistas⁶², se hace más fuerte.

Si bien la doctrina del poder público propone que, para condenar a un estado al pago de una indemnización a causa de una expropiación indirecta, se deben considerar, entre otros factores, el objetivo de la medida estatal y la intención del estado al momento de adoptar la medida, el problema con dicha teoría radica en que, al menos en nuestro concepto, los tribunales arbitrales no se encuentran legitimados para “juzgar” la legitimidad o “ilegitimidad” de las medidas estatales y, mucho menos, para hacerlo en base a la consideración arbitraria respecto de si un determinado objetivo de política pública es “legítimo” o “ilegítimo”.

La doctrina del poder público propone que los tribunales arbitrales constituidos en el marco de los tratados, tanto de protección de inversiones como de libre comercio, se conviertan en una especie de “jueces” respecto de la legitimidad de los objetivos de política pública que se plantean los estados soberanos y, como lo hemos mencionado con anterioridad, dicha propuesta no puede desembocar si no en una limitación arbitraria y abusiva al derecho de los estados para autorregularse que, por supuesto, incluye el derecho de dichos estados a decidir que fines son, o no, “legítimos” a efectos de desarrollar su actividad normativa o administrativa.

La determinación de los “objetivos legítimos” que se supone deben perseguir los actos normativos del estado pasa, indefectiblemente, por la identificación de los fines fundamentales de cada estado que, por supuesto, no pueden ser “estandarizados” ni muchos menos considerados como algo estático. En este sentido es claro que las diferentes formas de concebir al estado, los distintos tipos de estado y, sobre todo, las diferencias en la escala de valores en torno a la cual se constituye

⁶² Rudolf Dolzer plantea que, con la doctrina del Poder Público, la tensión entre la protección a las inversiones y la libertad regulatoria de los estados se acentúa. En la misma línea opina el autor Ben Mostafa.

cada sociedad, generan que dichos “fines fundamentales del estado” varíen, en poco o en mucho, de país en país.

Así por ejemplo, en un estado que, como los estados de la península escandinava, se reconozca y constituya como un estado “social”, probablemente sean “fines fundamentales” temas tales como la reducción de la pobreza o el garantizar el ejercicio de los derechos económicos y sociales mientras que, por otro lado, en un estado que se reconozca como “liberal”, como los Estados Unidos, probablemente los “fines fundamentales” se limiten a temas tales como la seguridad y el orden público o el garantizar el ejercicio de la libertad de empresa.

Es así que, sin duda, el tratar de estandarizar los “fines fundamentales del estado” o los “objetivos legítimos de la política pública” constituiría en sí mismo un atentado, por decir lo menos importante, contra el derecho de los estados a autorregularse y, sobre todo, contra el propio principio de autodeterminación de los pueblos. No es posible, bajo ningún concepto, que en base a interpretaciones arbitrarias y caprichosas se extienda el alcance de las cláusulas de “prohibición de expropiación indirecta” de tal forma que, sin mas ni menos, se legitime a los tribunales arbitrales en materia de protección de inversiones para determinar cuales son, y cuales no, objetivos legítimos para la política pública.

El problema con la doctrina del poder público es que, si bien garantiza un menor contingente para los estados en relación al pago de indemnizaciones por concepto de expropiación indirecta, representa, en concepto, una gravísima concesión de parte de los estado en favor de los tribunales arbitrales sin que, dicho sea de paso, tal concesión haya sido aceptada de manera expresa por los estados en ningún instrumento internacional.

La aceptación de la doctrina del poder público, bajo las consideraciones esgrimidas en los párrafos precedentes, constituiría un gravísimo atentado contra la soberanía de los estados y, sobre todo, contra el sistema democrático.

Por otro lado, mas allá de la abusiva y extraordinariamente expansiva interpretación realizada por quienes defienden la doctrina del poder público, lo grave del asunto radica en que, de concederse a los tribunales la potestad de juzgar si los actos normativos emitidos por los estados persiguen, o no, “objetivos legítimos”, se

permitiría que dichos tribunales; directa o indirectamente; consiente o inconscientemente; interfieran en el desarrollo de la política pública de los estados y, sin ningún tipo de legitimidad democrática, decidan lo que, en definitiva, es o no conveniente para el futuro de cada estado.

En este escenario, sin exagerar, se estaría permitiendo que un grupo de tribunales arbitrales asuman funciones “gubernantes” dentro de los estados.

Ahora bien, por último, en relación a las consideraciones respecto de la intención de quienes adoptaron la medida en nombre del estado resta decir que, conforme a una interpretación exegetica del texto tanto de los TBI's como de los TLC's y, sobre todo, conforme a la más elemental lógica, si se demuestra que determinada medida estatal ha sido adoptada con la finalidad de afectar deliberadamente a determinados inversionistas o, en su defecto, con la finalidad de hacerse con la propiedad de un inversionista, o con sus frutos, dicha medida constituiría, ipso facto, una “expropiación indirecta”.

En este aspecto, como se deduce del párrafo precedente, coincidimos con la doctrina del poder público respecto de que no se puede permitir que los estados utilicen deliberada y abusivamente su capacidad reguladora a fin de hacerse con la propiedad de un inversionista sin, al menos, reconocer por tal efecto el pago de una justa compensación. En el siguiente capítulo analizaremos con mayor detalle la importancia de considerar la “intención del estado” como un factor determinante al momento de decidir si se ha producido, o no, un expropiación indirecta.

A continuación analizaremos como la aceptación, tanto de la doctrina del poder público como de la doctrina del efecto, podría causar y, en efecto ha causado, que los estados se vean desincentivados para adoptar las medidas necesarias a fin de, entre otras cosas, garantizar el bien público.

4.4. El efecto de “enfriamiento normativo” y sus repercusiones frente al “bien público”.-

En el presente título analizaremos como la inseguridad jurídica respecto de la expropiación indirecta y/o la aceptación de las teorías, tanto del “poder público” como del “efecto”, han generado lo que se ha denominado como el “efecto de

enfriamiento normativo” y, sobre todo, como dicho efecto va en detrimento de la consecución del “bien público”.

Ahora bien, en principio, de lo mencionado en el párrafo precedente salta a la vista la necesidad de definir lo que significa tanto “bien público” como “enfriamiento normativo”. A continuación, tras esbozar dichas definiciones, demostraremos como ineludiblemente, en el marco de la materia que nos convoca, ambos conceptos están estrechamente vinculados.

El término “bien público” representa, en resumen, aquella expectativa de situación futura que cada sociedad, de acuerdo a su particular escala de valores, considera como “ideal”. Así por ejemplo, en una sociedad cuyos integrantes estén fervientemente convencidos de que la igualdad socio-económica es una “situación ideal que debe ser alcanzada en el futuro”, aquellas medidas que generen como resultado una mayor igualdad socio-económica serán concebidas como “medidas adoptadas en aras del bien público”.

Ahora bien, como es lógico, no todas las sociedad coinciden en cuanto a cual es “la situación ideal” que, con ayuda del estado, debe ser alcanzada. Las distintas concepciones respecto del contenido del “bien público” responden a las diferencias culturales, políticas, económicas e históricas que, como es normal, determinan la identidad de una sociedad en oposición a la identidad de las demás sociedades, es decir, las formas en que se concibe al bien público pueden ser tan variadas como cuantos grupos sociales existan en el planeta.

Como vemos y, como ya lo hemos mencionado con anterioridad, la definición del termino “bien público” no es de ninguna manera un asunto sencillo, sin embargo, como también lo hemos mencionado anteriormente, dicha definición, sin duda, es una prerrogativa natural de los habitantes de cada estado y, de ninguna manera, puede ser relegada a la interpretación caprichosa de un grupo de tribunales arbitrales en materia de inversiones.

Ahora bien, un vez que hemos entendido lo que significa el “bien público” resulta sencillo asimilar la idea de que cada estado, a través de su gobierno, se vea en la obligación de adoptar todas aquellas medidas que, de acuerdo con su ordenamiento jurídico interno, le permitan alcanzar su “expectativa ideal de futuro”, sin embargo,

como veremos a continuación, tan importante que hacer puede fácilmente verse frustrado a causa del temor que en los estados soberanos genera la contingencia de tener que pagar indemnizaciones por concepto de “expropiación indirecta”.

La doctrina desarrollada en torno a la materia que nos convoca ha sido enfática en advertir de los posibles efectos de lo que se ha denominado como “enfriamiento normativo”(Bohoslavsky, 2010), es decir, de los posibles efectos de aquel fenómeno en virtud del cual los gobiernos, frente al inminente riesgo de ser condenados al pago de indemnizaciones por el hecho de emitir regulaciones, optan por la opción de desacelerar o, en el peor de los casos, detener la producción de normativa (incluso cuando se trate de normas necesarias para satisfacer necesidades colectivas).

En otras palabras, la decisión de adoptar las medidas regulatorias necesarias para garantizar el bien público puede ser percibida por los estados como “demasiado costosa” y, en consecuencia, los gobernantes pueden verse tentados a detener o, en el mejor de los casos, disminuir la emisión de regulaciones⁶³.

Y es que, en efecto, la experiencia empírica demuestra que la mayoría de casos en los que se ha sentenciado a los estados a pagar indemnizaciones como consecuencia de una “expropiación indirecta” tienen que ver precisamente con el hecho de que, los estados condenados, han decidido adoptar normas o emitir actos administrativos con el fin de perseguir fines tales como “la salud pública”, la “protección del ambiente”, “la justicia social”, entre otros.

Encontramos un buen ejemplo de aquello en el paradigmático caso *TECMED vs Estados Unidos Mexicanos*⁶⁴ dentro del cual, como analizamos previamente, un tribunal arbitral conformado en el seno del CIADI condena al estado mexicano al pago de una indemnización millonaria por, en uso de sus facultades legales, haber negado la renovación del permiso de funcionamiento de una planta de

⁶³ Al respecto el Autor Juan Pablo Bohoslavsky manifiesta que *“Una de las mayores preocupaciones que genera tal tendencia es que esa mayor rigurosidad en el juzgamiento de la expropiación indirecta puede producir como efecto el llamado enfriamiento regulatorio (Waincymer, 2009), que es la inhibición que sufren las respectivas agencias estatales para modificar y mejorar la regulación, pues temen de alguna manera a las consecuencias legales que pueden sobrevenir (Rose-Ackerman y Rossi, 2000).”*

⁶⁴ *Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, caso No. ARB (AF)/00/2 “TECNICAS MEDIOAMBIENTALES TECMED S.A. v. ESTADOS UNIDOS MEXICANOS”, laudo del 9 de mayo de 2003.*

confinamiento de residuos industriales peligrosos (propiedad de la compañía TECMED S.A), esto incluso pese a que según los informes de los técnicos ambientales del estado, el ecosistema de la zona se encontraba en peligro.

Lo preocupante y pedagógico del caso TECMED Vs México es que, como en la mayoría de casos de “expropiación indirecta”, el Tribunal no niega que el estado mexicano haya tenido razón ni, mucho menos, que haya tenido la potestad legal para adoptar la medida en cuestión, sin embargo, condena al estado mexicano a pagar al inversionista un valor similar al monto de su inversión por la simple razón de que “la medida estatal generó un grave perjuicio patrimonial para el inversionista”.

Lo grave del asunto radica en la latente situación de inseguridad jurídica a la que se ven sometidos los estados cuando corren el riesgo de ser sancionados por emitir regulaciones, incluso si dichas regulaciones se acoplan al ordenamiento jurídico y, en base a una abstracta “obligación internacional” que se fundamenta en estándares cuyo alcance y contenido no se encuentra bien definido.

La tensión existente entre la aplicación de la “expropiación indirecta” y la soberanía estatal es un hecho real que, cuando menos, amerita un profundo análisis académico. En el próximo capítulo, como corolario de nuestro estudio, nos hemos propuesto establecer parámetros claros para distinguir entre aquellas afectaciones sufridas por un inversionista extranjero que son una derivación natural del riesgo político inherente a toda inversión, y que en consecuencia no otorgan derecho a reclamar indemnizaciones, y aquellas afectaciones producidas en el marco de una verdadera expropiación camuflada (usamos el término “expropiación camuflada” en lugar del término “expropiación indirecta” de manera intencional).

5. Solución al problema de la expropiación indirecta.-

En el presente capítulo, una vez que hemos estudiado los antecedentes históricos que desembocaron en la creación del concepto de expropiación indirecta, la forma en que el mencionado concepto se ha desarrollado a través de la interpretación que de él se ha realizado tanto en la doctrina como en la jurisprudencia y, sobre todo, la forma en que el concepto de expropiación indirecta supone una limitación al derecho de los estados soberanos para autorregularse, procederemos, como corolario de nuestra disertación, a plantear una serie de parámetros que nos permitirán resolver la tensión generada entre la expropiación indirecta y la potestad reguladora

de los estados sin necesidad de descuidar la indispensable protección de la que deben gozar las inversiones extranjeras.

Para tal efecto analizaremos, en primer lugar, el grave problema de sobrecarga semántica que ha sufrido el término “expropiación indirecta” y que, como veremos mas adelante, ha permitido que se interprete a la “prohibición de expropiación indirecta” de las formas más caprichosas e imaginativas, en segundo lugar, la manera como el uso del término “expropiaciones camufladas” corregiría, en mucho, la tensión que origina nuestra disertación y, por último, la necesidad de aceptar el concepto de “riesgo político” en el marco del derecho internacional de protección de inversiones.

5.1. Sobre la interpretación extensiva del término “expropiación indirecta” y las “expropiaciones camufladas”.-

A causa de los innumerables intentos por definir el contenido y alcance de la “expropiación indirecta” y, sobre todo, a causa de lo poco similares que han resultado los frutos de dichos intentos entre sí, en la actualidad podemos decir que el término “expropiación indirecta” ha sufrido aquel fenómeno al que hemos denominado como “proceso de sobrecarga semántica”.

En otras palabras, el término ha sido interpretado de formas tan distintas que, al mismo tiempo, ha dejado de tener un significado unívoco. Este fenómeno lingüístico se genera cuando un determinado término ha recibido tantos y tan distintos significados que, paradójicamente, ha dejado de significar algo en concreto.

A consecuencia de este proceso de sobrecarga semántica el término “expropiación indirecta” se ha convertido en una especie de recurso subsidiario (“comodín”), empleado por los inversionistas extranjeros cuando, pese a que se han sentido perjudicados por una acción estatal, no encuentran en la legislación de protección de inversiones un estándar de protección en cuya hipótesis normativa encajen los hechos que, en su criterio, les han perjudicado.

La expropiación indirecta se ha convertido en el estándar cuya transgresión es alegada por los inversionistas cuando estos “se sienten afectados por una medida o regulación estatal” que no reúne los elementos suficientes como para permitirles reclamar una indemnización a través de la activación de los demás estándares de

protección y, en consecuencia, se ha convertido en un verdadero “cheque en blanco” a favor de los tribunales arbitrales, en beneficio de los inversionistas y en detrimento de la soberanía de los estados.

El uso abusivo del concepto de “expropiación indirecta” no solo ha derivado en que su significado pierda su sentido original sino que, incluso, ha desembocado en que los inversionistas, al momento de plantear sus demandas, dejen de lado el uso de estándares bastante mejor definidos como el de “trato justo y equitativo”, el de “protección y seguridad plenas”, entre otros.⁶⁵

Ahora bien, a fin de ofrecer una solución definitiva para el problema que nos ha motivado a lo largo de la presente disertación analizaremos, en el siguiente título, el sentido en el que, como lo demostraremos, es y debe ser naturalmente interpretado el concepto de expropiación indirecta.

5.2. Expropiaciones camufladas e intención del estado al momento de adoptar la medida.-

En el presente título, una vez que hemos entendido el problema de la interpretación extensiva del término “expropiación indirecta”, analizaremos la importancia de retrotraer la interpretación del término a su sentido más primitivo y, en adición, propondremos la utilización alternativa del término “expropiación camuflada” que, como veremos, nos permite resolver en gran parte la situación de inseguridad jurídica a la que se han visto enfrentados los estados soberanos.

En resumen, nuestra propuesta consiste, en primer lugar, en retrotraer la interpretación del concepto de “expropiación indirecta” a su sentido más elemental, es decir, a aquel que motivó la creación del término.

En ese sentido, es claro que, de acuerdo a los antecedentes históricos analizados en el capítulo número tres, el término “expropiación indirecta” originalmente fue pensado para hacer referencia a aquellos actos estatales con los que se busca, deliberadamente, obtener resultados iguales o similares a los de una expropiación directa a través de actos normativos o administrativos de naturaleza regulatoria.

⁶⁵ Cuando decimos que una medida estatal que afecta una inversión no debe ser considerada como “expropiación indirecta”, no excluimos la posibilidad de que dicha medida sea causa de una trasgresión a alguno de los distintos estándares de protección que conforman el sistema internacional de protección de inversiones.

La demanda original de los inversionistas que desembocó en la creación del concepto que nos convoca se presentó en el sentido de que “los gobiernos, para evitar el pago de una justa compensación, en lugar de iniciar procesos formales de expropiación han empezado a hacer un uso abusivo de su potestad reguladora a fin de hacerse con la propiedad de los inversionistas sin incurrir en gastos”.

En base a las consideraciones esgrimidas en el párrafo precedente, podemos decir que, al menos en un primer momento, la “expropiación indirecta” se limitaba al concepto de “expropiación camuflada” que, como hemos analizado en el capítulo precedente, implica la necesaria constatación de los elementos que permitan suponer que el estado ha utilizado abusivamente su potestad reguladora para, en definitiva, camuflar un expropiación y relevarse de la obligación de pagar por ello una justa compensación.

En nuestra opinión, la interpretación del término que nos convoca debe limitarse al concepto de “expropiación camuflada”, es decir, a aquel acto o actos regulatorios a través de los cuales el estado busca deliberadamente confiscar, en beneficio suyo o de terceros, la propiedad del inversionista.

Al restringir la interpretación del término “expropiación indirecta” y hacerlo análogo al término “expropiación camuflada” establecemos la necesidad de que, para condenar a un estado al pago de una indemnización por “expropiación indirecta”, se deba constatar un elemento intencional por parte de la autoridad pública en el sentido de que, a través de la medida regulatoria cuestionada, se buscaba (intencionalmente) obtener resultados iguales o similares a los de una expropiación tradicional sin pagar por ello una justa compensación.

La utilización, en el sentido que proponemos de la “expropiación indirecta” limitaría la posibilidad de que el estado sea condenado al pago de indemnizaciones por cualquier medida que afecte a un inversionista extranjero y, al mismo tiempo, generaría un justo estándar de protección para evitar que los estados abusen de su potestad regulatoria para beneficiarse ilegítimamente de las inversiones realizadas en su territorio.

En nuestra opinión, el sistema de protección de inversiones debe prescindir de la utilización abusiva de la expropiación indirecta y complementar la legítima

protección a las inversiones extranjeras con los distintos estándares que, para el efecto, recogen los propios instrumentos internacionales tales como el estándar de tratamiento nacional, el estándar de protección y seguridad plenas, entre otros.

Ahora bien, para finalizar analizaremos la manera en que a través del concepto de “riesgo político” se justifica el hecho de que aquellos perjuicios patrimoniales, sufridos por un inversionista, que no sean fruto de una “expropiación camuflada” no supongan para los estados la obligación de pagar indemnizaciones en favor de los inversionistas.

5.3. Sobre el “riesgo político en las inversiones”.-

Toda inversión, por naturaleza, implica un riesgo. En el presente capítulo analizaremos como, entre los riesgos inherentes a toda inversión, debe considerarse necesariamente al “riesgo político”.

Las sociedades políticamente organizadas, es decir, los estados, no son sino un grupo de individuos que en base a un pacto social deciden someterse a un determinado régimen que implica, entre otras cosas, una estructura institucional para la toma de decisiones y la resolución de conflictos y, sobre todo, el reconocimiento de determinados derechos y obligaciones para los individuos asociados.

En ese sentido, en el seno de toda sociedad políticamente organizada existe permanentemente la posibilidad de que, en base al sistema de toma de decisiones propio de cada estado y, haciendo uso de la estructura institucional a la que se encuentran sometidos los miembros de la sociedad, se adopten decisiones que favorezcan y/o perjudiquen a uno o mas individuos; ese es, en resumen, el costo de vivir en una sociedad políticamente organizada y es a lo que, para efectos de nuestra disertación, denominamos como “riesgo político”.

Ahora bien, por supuesto, las medidas estatales deben apegarse al ordenamiento jurídico del estado que, entre otras cosas, incluye un catálogo de derechos por encima de los cuales ninguna medida estatal es lícita. Aquellos perjuicios ocasionados por medidas estatales ilícitas otorgan derecho a reclamar indemnizaciones mientras que, por regla general, aquellos perjuicios derivados de medidas lícitas no deben otorgar a los ciudadanos el derecho de reclamar indemnizaciones.

En el caso del Ecuador, como en el caso de todos los países cuyo sistema de toma de decisiones es la “democracia”, las disposiciones y regulaciones del estado deben entenderse como disposiciones o regulaciones impuestas por la sociedad en su conjunto y, en tal virtud, resulta impensable que quienes se vean afectados por dichas decisiones reclamen al estado el pago de indemnizaciones.

Así por ejemplo, si un determinado estado decide que con el fin prevenir el colapso de las construcciones de una determinada ciudad frente al riesgo de desastres naturales, los propietarios de las edificaciones que no hayan sido construidas con materiales adecuados deben “derrocar sus edificaciones”, dichos propietarios, sin duda, sufrirían un perjuicio patrimonial pero, así mismo, sin lugar a dudas, no adquirirían el derecho a percibir indemnización alguna.

Tanto los beneficios como los perjuicios de la actividad reguladora del estado son asumidos por los habitantes del estado sin la obligación de pagar por los primeros ni el derecho a reclamar indemnizaciones por los segundos y, en nuestro criterio, respecto de la protección de inversiones la regla debe ser que, de igual forma que para el resto de la sociedad, los posibles efectos negativos de las regulaciones estatales sean asumidos por el inversionista como expresiones del “riesgo político” inherente a la vida en sociedad, eso sí, por supuesto, en tanto y en cuanto se trate de regulaciones que no constituyan “expropiaciones camufladas”.

Así, por ejemplo, si un estado decide prohibir el consumo de cigarrillo en su territorio, siempre y cuando dicha prohibición este acorde con el ordenamiento jurídico del estado, las compañías tabacaleras que hayan invertido en el territorio del estado no poseerían ningún derecho a reclamar indemnizaciones o, al menos, no a través de acciones propuestas en base a la prohibición de expropiación indirecta.

Nuestra propuesta, lejos de ser novedosa, recoge conceptos fundamentales de la teoría clásica del estado en virtud de los cuales, al asociarnos en comunidades estatales, nos sometemos al riesgo de acatar y asumir las consecuencias de las medidas adoptadas por la comunidad jurídicamente organizada a la que nos pertenecemos (el estado), entendiéndolo, por supuesto, que quien invierte en un estado acepta ipso facto su ordenamiento jurídico.

En ese sentido el autor Vieijo Heiskanen (2003) menciona que:

“se debe diferenciar entre una situación derivada de la materialización del riesgo político y una verdadera expropiación indirecta. Es decir que, los inversionistas deben aceptar la posibilidad de que exista el riesgo político en virtud del cual, una determinada regulación afecte sus intereses sin necesariamente generarles el derecho de recibir por ello una compensación”.

En fin, en el marco de los modernos estados constitucionales y democráticos no es aceptable ni posible pretender suprimir por completo el riesgo político inherente a las inversiones ni, mucho menos, hacerlo en detrimento de la natural dinámica de transformaciones sociales y políticas que deben experimentar las sociedades y que, ineludiblemente, implican la necesidad de adoptar constantemente nuevas regulaciones.

Ahora bien, una vez que hemos analizado el problema de la interpretación extensiva del término “expropiación indirecta”, estudiado los beneficios de restringir la interpretación de la institución que nos convoca al concepto de “expropiación camuflada” y, sobre todo, analizado la importancia de incluir el concepto de “riesgo político” en el marco del derecho internacional de protección de inversiones, procederemos, para finalizar la presente disertación, a plantear las conclusiones a las que nos ha permitido llegar dicho análisis.

6. Conclusiones. –

A continuación, tras entender a cabalidad el estado actual del debate en torno a la expropiación indirecta y, sobre todo, tras analizar la fuerte tensión que la mencionada institución genera entre la necesidad de ofrecer una adecuada protección a las inversiones extranjeras y la necesidad de garantizar la existencia de estados soberanos con capacidad para autorregularse, procederemos a resumir las conclusiones a las que nos ha sido posible llegar a lo largo de la presente disertación:

1. Del estudio detallado de los antecedentes históricos que desembocan en la creación del concepto de “expropiación indirecta”, en particular, y del sistema internacional de protección de inversiones, en general, hemos podido concluir que la creación del concepto que nos convoca responde a un manifiesto desequilibrio en las relaciones de poder dentro del concierto internacional, que, en definitiva, se tradujo en la capacidad de los países desarrollados y

exportadores de capital para imponer las condiciones del sistema de protección de inversiones a los países en desarrollo e importadores de capital.

La “negociación” de las condiciones y reglas del sistema internacional de protección de inversiones, que se resume a su vez en la “negociación” del contenido de los Tratados Bilaterales de Protección de Inversiones y de los Tratados de Libre Comercio, adoptó una dinámica tal que, en resumidas cuentas, se impusieron una serie de reglas a favor de los inversionistas provenientes de los países desarrollados y exportadores de capital que, en gran medida, limitaron la capacidad de los estados soberanos para autorregularse.

2. Tras el análisis del contenido de los instrumentos internacionales que contienen las reglas del sistema internacional de protección de inversiones hemos podido concluir que, tanto los Tratados Bilaterales de Protección de Inversiones como los Tratados de Libre Comercio, contienen una serie de estándares cuya definición ha sido “delegada” a los Tribunales Arbitrales en materia de inversiones y cuyo alcance y contenido, al menos en cuanto respecta a la expropiación indirecta, no ha sido establecido hasta la fecha con claridad ni por la jurisprudencia ni por la doctrina.

La mencionada falta de definiciones respecto del contenido y alcance de los “estándares de protección”, y de las demás reglas de protección de inversiones, entre las que se incluye a la “prohibición de expropiación indirecta”, enfrenta a los estados a una gravísima situación de inseguridad jurídica que, entre otras cosas, hace imposible que sus administradores prevean con certeza las consecuencias jurídicas de sus acciones.

3. Del análisis de los laudos emitidos respecto de la expropiación indirecta por los diferentes tribunales arbitrales en materia de protección de inversiones, hemos podido concluir que, fruto de la indeterminación de las obligaciones asumidas por los estados suscriptores de los tratados internacionales que contienen las reglas del sistema de protección de inversiones, los tribunales han adquirido un margen de discrecionalidad suficiente como para someter a los estados a las más caprichosas interpretaciones respecto del contenido de dichos tratados y, en

consecuencia, se ha producido una manifiesta falta de uniformidad en la jurisprudencia arbitral respecto de la protección de inversiones extranjeras, en general, y del contenido y alcance de la prohibición de expropiación indirecta, en particular.

El injustificado margen de discrecionalidad con el que cuentan los tribunales arbitrales en materia de inversiones, y la evidente falta de acuerdo respecto del contenido y alcance de la “expropiación indirecta”, ha permitido que se generen interpretaciones lo suficientemente expansivas como para posicionar a la “prohibición de expropiación indirecta” como una especie de estándar de protección subsidiario en el que caben todas aquellas reclamaciones que no pueden ser propuestas en base a los demás estándares de protección.

4. Del análisis de las principales corrientes doctrinarias que pretenden definir el contenido y alcance de la “expropiación indirecta” hemos podido concluir, en primer lugar, que las marcadas diferencias entre ellas las hacen irreconciliables y, en segundo lugar, que tanto la doctrina del efecto como la doctrina del poder público otorgan a los tribunales arbitrales la potestad de limitar ilegítimamente la capacidad reguladora de los estados soberanos.

La doctrina del efecto impone a los estados la obligación de indemnizar a los inversionistas por cualquier afectación “sustancial” sobre su propiedad fruto de cualquier acto normativo o administrativo sin necesidad de atender al objetivo o la intención del Estado que adopta la medida. Dicha interpretación blinda injustificadamente a los inversionistas contra las decisiones de política pública adoptadas por los estados soberanos y, en definitiva, genera que la actividad estatal sea demasiado costosa, incluso cuando dicha actividad sea necesaria para garantizar el bien público.

Por otro lado, si bien es cierto que la doctrina del poder público propone considerar la intención del estado y el objetivo de las medidas estatales para definir si una medida constituye, o no, una expropiación indirecta, no es menos cierto que dicha doctrina otorga a los tribunales arbitrales en materia de inversiones la potestad de definir cuáles son los objetivos “legítimos” o “ilegítimos” que puede o debe perseguir la política pública de un determinado estado y, en consecuencia, cae en el absurdo de otorgar a dichos tribunales

arbitrales funciones propias de entes gobernantes de carácter interno tales como definir los objetivos de la política pública.

En nuestra opinión los tribunales arbitrales, por su naturaleza, no están facultados para definir la legitimidad o ilegitimidad de los objetivos de política pública perseguidos por los estados y, en consecuencia, deben limitarse a interpretaciones que, respecto de la expropiación indirecta, les permitan emitir laudos dentro de los cuales no superen las facultades que les han sido concedidas por los instrumentos internacionales que les otorgan competencia.

5. Del análisis de la tensión existente entre la necesidad de protección a las inversiones extranjeras y la potestad reguladora de los estados y, sobre todo, del análisis de los posibles efectos de las interpretaciones más frecuentes en cuanto al contenido y alcance de la expropiación indirecta, hemos podido concluir que las interpretaciones expansivas del concepto, propuestas tanto por la doctrina del efecto como por la doctrina del poder público, atentan ilegítima e injustificadamente, contra la necesaria libertad con la que deben contar los estados soberanos para autorregularse.

De aceptarse cualquiera de las mencionadas interpretaciones respecto de la “prohibición de expropiación indirecta” el costo de regular podría ser superior al costo de no regular, incluso cuando se trate de regulaciones necesarias para la consecución del bien público, y, en consecuencia, los estados se verían tentados a detener la producción de regulaciones o al menos, o no regular cuando dichas regulaciones generen potenciales perjuicios a uno o más inversionistas extranjeros.

6. En base a las consideraciones previamente expuestas, concluimos, como corolario de nuestro estudio, que a fin de solucionar de una vez por todas la situación de inseguridad jurídica que gira en torno al asunto de la expropiación indirecta y, sobre todo, a fin de atenuar en la medida de lo posible la tensión que existe entre los intereses estatales y los intereses de los inversionistas, se debe hacer una distinción radical entre aquellas afectaciones derivadas del riesgo político inherente a toda inversión y aquellas afectaciones derivadas de una “expropiación indirecta”, entendida esta como “expropiación camuflada”.

En nuestra opinión se debe restringir al máximo la interpretación del término “expropiación indirecta” a fin de evitar que, abusando de la sobrecarga semántica que ha sufrido el concepto, los inversionistas utilicen dicho mecanismo con el objetivo de accionar el sistema de protección de inversiones por todas aquellas afectaciones que puedan haber sufrido sus inversiones como consecuencia de regulaciones estatales.

Para tal efecto, proponemos interpretar el término “expropiación indirecta” en su sentido original, es decir, tal y como se interpreta el término “expropiación camuflada”. Nuestra interpretación limita el concepto de expropiación indirecta a aquel acto o actos normativos o administrativos, distintos a la expropiación directa, adoptados por el estado con la intención deliberada de confiscar la propiedad de un inversionista y por razones distintas a los fines esenciales del estado.

La interpretación que proponemos restringe la posibilidad de la existencia de casos de expropiación indirecta a aquellos casos en los que, como lo denunciaron los inversionistas en un principio, los estados abusen de su capacidad reguladora para deliberadamente confiscar la propiedad de uno o más inversionistas sin pagar, como corresponde, una justa compensación al propietario.

7. Por último, nuestro estudio nos ha permitido concluir que, más allá de las necesarias interpretaciones y delimitaciones que tanta falta hacen en torno a los estándares de protección de inversiones, es indispensable que se realicen reformas estructurales al sistema internacional de protección de inversiones que permitan corregir los manifiestos desequilibrios de poder existentes entre los países desarrollados-exportadores de capital y los países en desarrollo-importadores de capital para, solo así, facilitar la construcción de un sistema que sin dejar de otorgar un adecuado nivel de protección a los inversionistas, respete la indispensable libertad de la que deben gozar los estados soberanos para autorregularse.

7. Bibliografía.-

7.1. Artículos académicos:

- Alexy, R. (2008). La fórmula del peso. Justicia y Derechos Humanos: Neoconstitucionalismo y Sociedad, 13-43.
- Alexy, R. (enero-abril de 2011). Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad. *Revista Española de Derecho Constitucional*(91), 11-29.
- Ampuero, A. (2007). Trato nacional, trato de nación más favorecida, nivel mínimo de trato y expropiación en los acuerdos internacionales de inversión. *curso de derecho internacional de la Organización de Estados Americanos* , 332-333.
- Bohoslavsky, J. P. (2010). *Tratados de protección de las inversiones e implicaciones para la formulación de políticas públicas*. Santiago de Chile, Chile: CEPAL .
- Brunetti, M. (2001). The Iran-United States Claims Tribunal, NAFTA Chapter 11, and the Doctrine of Indirect Expropriation. *Chicago Journal of International Law* , 2 (1), 13.
- De la Cerda, C., & Goldenberg, M. (2007). TRATO JUSTO Y EQUITATIVO EN MATERIA DE INVERSIÓN EXTRANJERA. *repositorio didgital de la universidad de chile* , 5-6.
- Dolzer, R. (2003). Indirect Expropriation: Conceptual realignments? *International Law Forum du droit International* , 5 (3), 155.
- Dolzer, R., & Schreuer, C. (2008). Principles of international investment law . *Oxford University Press* , 22-35.
- Gonzales De Cossio, F. (2004). *Medidas equivalentes a expropiación en arbitrajes de inversión*. Mexico: instituto de investigaciones jurídicas unam.
- Heiskanen, V. (2003). The Contribution of the Iran-United States Claims Tribunal to the Development of the Doctrine of Indirect Expropriation. *International Law Forum du droit International* , 5 (3), 176.
- Heiskanen, V. (2003). The Contribution of the Iran-United States Claims Tribunal to the Development of the Doctrine of Indirect Expropriation. *International Law Forum du droit International* , 5 (3), 176.
- Márquez, C. P. (2008). Expropiación mediante regulación: Inversión extranjera, tratados de protección de inversiones y el poder de policía de la administración. *International law review* , 11, 13-68.

- Marqués Escobar, C. P. (2009). Regulación e inversión extranjera: Los tratados de promoción recíproca de inversiones y el estándar de trato justo y equitativo. *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional* , 15, 15.
- Mostafa, B. (2008). “The Sole Effects Doctrine, Police Powers and Indirect Expropriation under International Law”. *Australian International Law Journal* , 15, 1.
- Mostafa, B. (2008). The Sole Effects Doctrine, Police Powers and Indirect Expropriation under International Law. *Australian International Law Journal* , Volume 15, 1.
- Orrego Vicuña, F. (2003). Regulatory Authority and Legitimate Expectations: Balancing the Rights of the State and the Individual under International Law in a Global Society. *International law forum du droite internationale* , 5 (3), 188.
- Páez, M. (2008). , lexpropiación indirecta frente al CIADI: consideraciones para la autorregulación de los actos administrativos de los estados. *International law review* , 11, 12.
- Prieto, G. (2013). *El trato justo y equitativo en el derecho internacional de inversiones* . Quito, Pichincha, Ecuador: Corporación Editora Nacional.
- Samanamud, R. D. (2013). la expRopiación indiRecta en el deRecho inteRnacional de las inveRsiones y el deRecho a la pRopiedad en la coRte euRopea de deRechos humanos . *Revista de Economía y Derecho* , 10 (39), 7-41.
- WEINER, A. S. (2003). Indirect expropriation: the need of a taxonomy of “legitimate” Regulatory Purposes . *International Law Forum du droite Internationale* , 5 (3), 166.
- Yannaca-Samll, C. (2005). Indirect Expropriation and the right to regulate in international investment law. *International Investment Law: A changing landscape* , 43.

7.2. Jurisprudencias:

- Antoine Goetz et consorts v. République du Burundi, ARB/95/3 (CIADI 10 de febrero de 1999).
- Azurix Corp. v. The Argentine Republic, ARB/01/12 (CIDI 14 de JULIO de 2006).
- Biloune and Marine Drive Complex Ltd v Ghana Investments Centre and the Government of Ghana, ad-hoc (UNCITRAL AD-HOC 30 de junio de 1990).
- CME (Netherlands) v. Czech Republic , s/n (UNCITRAL 13 de septiembre de 2001).

Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. v. Republic of Costa Rica, ARB/96/1 (ICSID 17 de febrero de 2000).

Corte Constitucional de la República de Colombia. (1990). *Sentencia T-284/90*. Bogotá: Corte Constitucional Colombiana.

Goetz and Others Vs. Burundi, ABR-95 (CIADI 20 de abril de 1995).

James and Others Vs The United Kingdom, 8793/79 (European Court of human Rights 21 de febrero de 1986).

Liamco vs Libia, 00234 (CIADI 2 10 de julio de 2010).

Marvin Roy Feldman Karpa (CEMSA) Vs United Mexican States, ARB(AF)/99/1 (CIADI 16 de diciembre de 2002).

Metalclad Corporación Vs Estados Unidos Mexicanos, 000 (Tribunal Arbitral Ad-Hoc TLCAN 20 de 05 de 2000).

Metalclad Corporation v. United Mexican States , ARB(AF)/97/1 (CIADI 30 de agosto de 2000).

Phelps Dodge Inc. Vs Iran , 10-130 (Iran- US Claims Tribunal 19 de marzo de 1986).

Phillips Petroleum Co .Iran Vs Iran , 425-39-2 (Iran- US Claims Tribunal 29 de junio de 1989).

Revere Copper & Brass Inc. v. Overseas Private Investment Corporation (U.S. Court of Appeals for the District of Columbia Circuit 15 de abril de 1980).

RONALD S. LAUDER V. THE CZECH REPUBLIC, 1 (UNCITRAL 3 de SEPTIEMBRE de 2001).

S.D. Myers, Inc. Vs Canada, 232 (NAFTA ad-hoc tribunal 13 de noviembre de 2000).

Sea-Land Service, Inc Vs Iran, 135-33-1 (Iran-US Claims Tribunal 22 de junio de 1984).

Sedco Inc. Vs Iran, 278-79 (Iran-US Claims Tribunal 27 de marzo de 1986).

See Pope & Talbot Inc Vs Canada, 96-98 (NAFTA 26 de junio de 2000).

Sporrong and Lönnroth Vs Sweden , 7152/75 (European court of human rights 23 de septiembre de 1982).

Starret Housing Corp. v. Iran,, S4 22, 154 (Iran-United States Claims Tribunal 18 de abril de 1983).

Starrett Housing Corp v Iran, ITL 32-24-1 (Iran-United States Clims Tribunal 19 de diciembre de 1983).

Tecnicas Medioambientales Tecmed S.A, v. The United Mexican States, ARB (AF)/00/2. (ICSID 29 de mayo de 2003).

Tippetts, Abbett, McCarthy, Stratton v TAMS-AFFA,, 141-7-2 (Iran-US Claims Tribunal 29 de junio de 1984).

Too v. Greater Modesto Insurance Associates, 23 (Iran-United States Claims Trobunal 29 de diciembre de 1989).

7.3. Bibliografía complementaria:

López Vélez, Gary, “La expropiación indirecta en el derecho internacional de inversiones de América Latina”, octubre de 2012. PUCE.

Patxi Zabalo. América Latina ante las demandas inversor estado. Universidad del País Vasco/ EUSKAL HERRIKO UNIBERTSITATEA.

REPÚBLICA DEL ECUADOR
DIRECCIÓN GENERAL DE REGISTRO CIVIL,
IDENTIFICACIÓN Y CEDULACIÓN



No. **171712965-2**

CÉDULA DE
CIDADANIA
APELLIDOS Y NOMBRES
**VARELA ARIAS
CARLOS ALBERTO**

LUGAR DE NACIMIENTO
**PICHINCHA
QUITO
SANTA PRISCA**

FECHA DE NACIMIENTO **1993-03-15**
NACIONALIDAD **ECUATORIANA**
SEXO **M**
ESTADO CIVIL **SOLTERO**



INSTRUCCIÓN **SUPERIOR** PROFESIÓN / OCUPACIÓN **ESTUDIANTE** E334815222

APELLIDOS Y NOMBRES DEL PADRE
VARELA VILLOTA JUAN CARLOS

APELLIDOS Y NOMBRES DE LA MADRE
ARIAS BERMEO MARIA DOLORES

LUGAR Y FECHA DE EXPEDICIÓN
**QUITO
2015-04-30
2026-04-30**



DIRECTOR GENERAL



FIRMA DEL CEDULADO



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR

DECLARACIÓN Y AUTORIZACIÓN

Yo, Carlos Alberto Varela Arias, C.I: 1717129652, autor del trabajo de graduación intitulado: *"La institución de la expropiación indirecta como un mecanismo para limitar ilegítimamente la capacidad reguladora de los estados soberanos"*, previa a la obtención del grado académico de **ABOGADO** 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 SENESCYT 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, 26 de agosto de 2016.



Cc:171712965-2