

# REVISTA INTERNACIONAL DE ARBITRAJE

ISSN 1794-4252 Enero - Junio 2006 Bogotá, Colombia

**ANÁLISIS COMPARATIVO DE LA INFLUENCIA  
DE LA LEY MODELO DE LA CNUDMI EN  
LATINOAMÉRICA**

*Cristian Conejero Roos*

**¿QUIÉN PUEDE DICTAR MEDIDAS PREVENTIVAS  
EN EL ARBITRAJE COMERCIAL?**

*J. Eloy Anzola*

**EL PAPEL DE LOS ESCRITOS 'AMICUS CURIAE'  
EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL**

*Paul Friedland*

**MEDIDAS EQUIVALENTES A EXPROPIACIÓN  
EN ARBITRAJES DE INVERSIÓN**

*Francisco González de Cossío*

**LA MADUREZ DEL ARBITRAJE COMERCIAL  
INTERNACIONAL: DE LAUDOS EXTRANJEROS  
Y LAUDOS INTERNACIONALES**

*Dyalá Jiménez Figueres*

4



UNIVERSIDAD  
SERGIO ARBOLEDA



Comité Colombiano de Arbitraje



## Sumario

Medidas equivalentes a expropiación; *takings*; expropiación de facto; expropiación indirecta; expropiación constructiva; arbitraje de inversión; estándares; reglas

La expropiación formalmente adoptada —conocida como expropiación directa— ha dejado de ser común. Es más, esta se puede calificar como excepcional. Por su parte, las expropiaciones indirectas, también conocidas como “medidas equivalentes a expropiación” o “expropiaciones de facto” han ganado popularidad. En efecto, la práctica y razonamiento de los tribunales internacionales muestra que un Estado anfitrión de inversión extranjera puede efectuar una medida expropiatoria en formas distintas al decreto formalmente expropiatorio. Esto puede involucrar la privación de la propiedad de la inversión o actos que tengan un resultado equiparable, como la pérdida de control o hacer que los activos dejen de generar los beneficios económicos acostumbrados o anticipados.

## Abstract

Measures equivalent to the expropriation: *takings*, de facto expropriation, indirect expropriation, constructive expropriation; investment arbitration; standards; rules

The formally adopted expropriation —known as direct expropriation— has ceased to be a common practice. Moreover, it may be qualified as exceptional. On its part, indirect expropriations, also known as “measures equivalent to expropriation” or “de facto expropriations” have gained popularity. Indeed, the practice and reasoning of international tribunals show that a Host State of foreign investment may exercise an expropriation measure by ways different from the formal decree of expropriation. This may include the deprivation of ownership over the investment or acts with equivalent results, such as the loss of control or have the assets frozen so that they do not generate the accustomed or anticipated economic benefits.

# Medidas equivalentes a expropiación en arbitrajes de inversión

por Francisco González de Cossío

## 1. INTRODUCCIÓN

Dentro del universo de protecciones que se contemplan en los tratados de inversión se encuentran la expropiación y las “medidas equivalentes a expropiación”. Si bien el primer concepto es claro, el segundo es ambiguo. Mientras que aquel se ha convertido en la excepción, este se ha convertido en la regla general. Además, la existencia de una “expropiación de facto” es uno de los asuntos que genera mayor cantidad de litigios en el ámbito internacional, lo cual ha dado lugar a las más diversas preocupaciones.

Para abordar este tema, en el presente escrito se hace un análisis sobre el derecho internacional de la expropiación, la noción de expropiación de facto y lo que los tribunales internacionales entienden por ella. Así mismo, se tratarán las preocupaciones y soluciones que se han sugerido respecto de este asunto, para concluir con un comentario final.

## 2. EXPROPIACIÓN EN EL DERECHO INTERNACIONAL

En el derecho internacional la expropiación no es per se ilegal. No cabe duda de que un Estado tiene el poder y el derecho de expropiar bienes de particulares, sean estos nacionales o extranjeros. Sin embargo,

para que esta medida sea lícita en la esfera internacional se deben cumplir ciertos requisitos, los cuales han sido cristalizados por el derecho internacional:

- a) Que sea por causa de un interés público.
- b) Debe ser realizada en forma no discriminatoria, de conformidad con el principio de legalidad y el debido proceso.
- c) Tiene que mediar una compensación pronta, adecuada y efectiva<sup>1</sup>.

Que estos requisitos sean cumplidos no quiere decir que solamente se haya presentado una expropiación, sino que esta es lícita. Por otra parte, estas condiciones han encontrado eco en virtualmente todos los tratados de inversión y, respecto de un país como México, esto no constituye una excepción. A manera de ejemplo, se puede observar el artículo 1110 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte —en adelante, Tican—.

1 El contenido de los adjetivos mencionados ha sido objeto de debate, jurisprudencia y definición vía *lex scripta*. No se profundizará en ello, pues esto ameritaría un estudio independiente.

Para establecer tales requisitos, el bien jurídico tutelado es claro: eliminar el abuso de poder. Cumplidos los mismos, es difícil pensar que se esté en presencia de una situación de este tipo, en forma general o en cualesquiera de sus especies: discriminación, arbitrariedad, mala fe, falta de proporcionalidad, etc.

La expropiación formalmente adoptada —conocida como expropiación directa— ha dejado de ser común. Es más, se puede calificar como excepcional. Por su parte, las que han ganado popularidad son las expropiaciones indirectas, también conocidas como “medidas equivalentes a expropiación” o “expropiaciones de facto”. Sin embargo, resulta poco claro saber qué se entiende por las mismas —especialmente, para los abogados de tradición civilista—.

### 3. EXPROPIACIÓN INDIRECTA

Las “medidas equivalentes a expropiación” constituyen un concepto autónomo a la expropiación, aunque se establezcan los

los mismos requisitos para su lícitud. El alcance del concepto es difícil discernir, *inter alia*, puesto que adopta una definición de resultados: que tenga los mismos efectos. Bien esto fue objeto de diferencias de opinión en un comienzo, la tendencia de los casos así lo ha consolidado<sup>2</sup>.

En este punto se debe hacer un comentario sobre la nomenclatura. Con frecuencia, los asuntos y la doctrina aluden a las medidas equivalentes a expropiación como *takings*<sup>3</sup>, término de difícil traducción al castellano. Este vocablo se deriva de la Constitución de Estados Unidos, la que en su quinta enmienda establece: “... *nor shall private property be taken for public use without just compensation*”.

Como quedará manifiesto en los casos detallados en el punto 4 de este estudio.

En este análisis se tendrá que utilizar el término *taking* con la finalidad de hacer justicia a la forma en que lo han entendido los casos que lo han ventilado. Se pide disculpas por el uso de este extranjerismo.

La aseveración anterior no incluye a los *takings* regulatorios. Si bien estos no se abordarán en este estudio, se debe hacer un doble comentario: En primer lugar, solo se ha presentado un caso que ha involucrado la posibilidad de que la legislación constituya un *taking* —S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada—. Sin embargo, el mismo se transigió antes de su conclusión, por lo que no existe una respuesta ni análisis autoritativo sobre el tema. En segundo término, por distintos motivos —que no se detallarán—, si bien es un tema abierto, es cuestionable que los *takings* regulatorios estén amparados por los tratados de inversión.

La judicatura de ese país ha interpretado este concepto en el sentido de incluir, grosso modo, dos especies: *takings* posesorios y regulatorios. Mientras los primeros aluden a cualquier tipo de confiscación u ocupación física de la propiedad, los segundos involucran casos en los que la regulación hace económicamente inviable la utilización de activos. Esta noción se ha filtrado a la arena internacional, mediante el concepto de “medidas equivalentes a expropiación”<sup>4</sup>.

En el contexto actual de estas medidas, la pregunta más importante no versa sobre si se cumplen o no los requisitos para que la expropiación se pueda realizar, sino determinar si tales medidas

ocurrieron o no. Resulta interesante señalar, además, que no existe una definición clara y total sobre los elementos de la misma.

Desde un punto de vista autoritario se puede describir de la siguiente forma: no es la invasión física de bienes lo que ha sido considerado importante en la determinación de una nacionalización o expropiación, sino la erosión de derechos asociada con las interferencias del Estado en los derechos de propiedad<sup>5</sup>. Sin embargo, para el lego, la descripción anterior puede no resultar muy

orientadora. Por ello, vale la pena describir lo que han sostenido distintos tribunales al respecto.

#### 4. CASOS DE EXPROPIACIÓN INDIRECTA

##### 4.1. El punto de partida textual

Los casos que han determinado la existencia de una expropiación indirecta se basan en un texto que —sustancialmente— se contempla en lo siguiente: “Medidas equivalentes a expropiación” o, en inglés, “*measures tantamount to expropriation*”<sup>6</sup>.

5 El texto original dice: “It is not the physical invasion of property that characterizes nationalizations or expropriations that has assumed importance, but the erosion of rights associated with ownership by State interferences” —Unctad. *Series on issues in international investment agreements, taking of property* 20. 2000—.

6 Véanse, por ejemplo, las siguientes disposiciones: Acuerdo entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de la República Argentina para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones, art. 5.º —28 de agosto de 1998—; Acuerdo entre los Estados Unidos Mexicanos y la República Federal de Alemania sobre Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones, art. 4.º —20 de marzo del 2001—; Acuerdo entre los Estados Unidos Mexicanos y la República de Austria sobre Promoción y Protección de las Inversiones, art. 5.º —23 de marzo del 2001—; Acuerdo entre los Estados Unidos Mexicanos y la República de Cuba para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones, art. 7.º —3 de mayo del 2002—; Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre los Estados Unidos Mexicanos y el Reino de España, art. 5.º —19 de marzo de 1997—; Acuerdo entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de la República Helénica para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones, art. 5.º —11 de octubre del 2002—; Acuerdo entre los Estados Unidos Mexicanos y la Confederación Suiza para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones, art. 7.º —20 de agosto de 1998—; Acuerdo entre los Estados

La amplitud de la redacción ha dado lugar a diversas especies del género expropiación de facto. Para una muestra se citan los siguientes: (i) pérdida de control —aun sin que medie la privación de la propiedad—; (ii) pérdida de los beneficios económicos: que los efectos sean iguales a los que se producirían por una expropiación directa—; (iii) que un conjunto de actos tenga ese resultado, aunque aisladamente no tenga ese propósito y (iv) la regulación expropiatoria.

#### 4.2. Pérdida de control

Un elemento que a primera impresión podría parecer natural en la definición de “medida equivalente a expropiación” es que esta involucre la pérdida de la propiedad de la inversión en cuestión. Paradójicamente, los casos internacionales han rebasado el mencionado requisito. Muchos de los asuntos ya no requieren que el propietario —el inversionista— demuestre que se le ha despojado de la propiedad de los activos de su

Cont. 6 *Unidos Mexicanos y la República Portuguesa sobre la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones*, art. 4.º —8 de enero del 2001—; *Acuerdo entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de la República Francesa para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones*, art. 5.º —30 de noviembre del 2000—; *Acuerdo del Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno del Reino de Dinamarca para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones*, art. 5.º —30 de noviembre del 2000—; *Acuerdo entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de la República de Finlandia para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones*, art. 5.º —30 de noviembre del 2000—; *Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones entre los Estados Unidos Mexicanos y el Reino de los Países Bajos*, art. 5.º —10 de julio del 2000—; *Acuerdo entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno del Reino de Suecia para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones*, art. 4.º —3 de octubre del 2000—; *Acuerdo entre los Estados Unidos Mexicanos y la República Oriental del Uruguay para la Promoción y la Protección Recíproca de las Inversiones*, art. 5.º —30 de junio de 1999—; *Acuerdo entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de la República Italiana para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones*, art. 5.º —24 de noviembre de 1999—; *Acuerdo entre los Estados Unidos Mexicanos y la República Checa para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones*, art. 4.º —4 de abril del 2002— y *Acuerdo entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de la República de Corea para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones*, art. 5.º —14 de noviembre del 2000—.

inversión. El énfasis se ha centrado en otros parámetros, entre los que se destaca la pérdida de control. Para dar una visión exacta de lo anterior, se analizará lo que han dicho algunos tribunales arbitrales al respecto.

En *Revere Copper v. OPIC*<sup>7</sup> la parte reclamante celebró, a través de su subsidiaria RJA, un contrato con el Gobierno de Jamaica en el que se estipuló una cláusula de estabilización con respecto a impuestos y cargas financieras. En 1974, este último incrementó los impuestos y regalías. Dado que el demandante obtuvo una indemnización bajo un seguro, el asegurador —Overseas Private Investment Corporation (OPIC)— argumentó que no existía una merma de control.

El tribunal rechazó el argumento de la siguiente forma: "En

nuestra opinión, los efectos de los actos del Gobierno de Jamaica, consistentes en repudiar sus compromisos a largo plazo con RJA, tienen sustancialmente el mismo impacto en el control efectivo sobre la utilización y operación que si las propiedades hubieran sido concedidas mediante un contrato de concesión que fue repudiado (...) OPIC argumenta que RJA aún tiene los derechos y titularidad con los que contaba antes de los eventos de 1974: está en posesión de la planta y demás instalaciones; cuenta con el arrendamiento minero; puede operar como lo hacía antes. Esto puede ser cierto en lo formal, pero (...) no consideramos que el 'control' de RJA del uso y operación de sus bienes sea 'efectivo', dada la destrucción por las medidas gubernamentales de sus derechos contractuales"<sup>8</sup>.

7 *Revere Copper and Brass Inc. v. Overseas Private Investment Corporation*. Laudo del 24 de agosto de 1978, 56 ILR 268.

8 "In our view the effects of the Jamaican Government's actions in repudiating its long term commitments to RJA have substantially the same impact on effective control over use and operation as if the properties were themselves conceded by a concession contract that was repudiated (...) OPIC argues that RJA still has all the rights and property that it had before the events of 1974: it is in possession of the plant and other facilities; it has its mining lease; it can operate as it did before. This may be true in a formal sense but (...) we do not regard RJA's 'control' of the use and operation of its properties as any longer 'effective' in view of the destruction by Government actions of its contract rights" (pp. 291 y 292).

En *Biloune v. Ghana*<sup>9</sup>, después de emitir una orden que detuvo la construcción de la inversión, las autoridades locales demolieron parte del proyecto y arrestaron y expulsaron al inversor. Al respecto, el tribunal sostuvo: "Dado el papel central del señor Biloune en la promoción, financiamiento y administración de MDCL, su expulsión del país efectivamente previno que MDCL continuara con el proyecto. En la opinión del tribunal, dicha prevención de MDCL de continuar con el proyecto aprobado constituye una expropiación constructiva de los derechos contractuales de MDCL en el proyecto y, por ende, la expropiación del valor de los intereses del señor Biloune en MDCL..."<sup>10</sup>.

9 *Biloune and Marine Drive Complex Ltd. v. Ghana Investments Centre and the Government of Ghana*. Laudo sobre jurisdicción y responsabilidad del 27 de octubre de 1989.

10 En palabras exactas del tribunal: "Given the central role of Mr. Biloune in promoting, financing and managing MDCL, his expulsion from the country effectively prevented MDCL from further pursuing the project. In the view of the tribunal, such prevention of MDCL from pursuing its approved project would constitute constructive expropriation of MDCL's contractual rights in the project and, accordingly, the expropriation of the value of Mr. Biloune's interest in MDCL..." (p. 209).

11 *Starrett Housing v. Irán*. Laudo del 19 de diciembre de 1983.

12 Textualmente: "... it is recognized in international law that measures taken by a State can interfere with property rights to such an extent that these

En *Starrett Housing v. Irán*<sup>11</sup> el Tribunal de Reclamaciones Irán-EE.UU. ventó un caso en el que el inversionista extranjero no había sido expropiado, sino que se le impuso un *temporary manager* —administrador temporal— que se encontraba a cargo del proyecto. El tribunal sostuvo que esto era el equivalente de una expropiación. Según su concepto: "... es reconocido en el derecho internacional que cuando las medidas que un Estado adopta interfieren con derechos de propiedad a tal grado que los derechos son inutilizados, pueden considerarse expropiados, aun cuando el Estado no haya buscado expropiarlos y la titularidad de los bienes formalmente permanezca con el propietario original"<sup>12</sup>.

Al respecto, el tribunal consistentemente indicó que en el concepto "medidas equivalentes a expropiación de derechos de propiedad"<sup>13</sup> el elemento decisivo no era la transferencia formal de propiedad, sino la pérdida de control efectivo y beneficios de la inversión. Por ejemplo, en *Tippetts*<sup>14</sup>, que también ventilo la imposición de un "administrador temporal", el panel sostuvo que esto constituía una medida equivalente a expropiación: "Una privación o toma de derechos de propiedad puede tener lugar bajo derecho internacional mediante la interferencia por el Estado en la utilización

de dichos activos o con el goce de los beneficios, aun cuando la titularidad de los activos no se vea afectada"<sup>15</sup>. En *Goetz v. Burundi*<sup>16</sup> el Estado anfitrión revocó el *free zone status* del inversionista, sin que existiera una transferencia de titularidad de activos. Al sostener que esto constituía una medida equivalente a expropiación, el tribunal explicó: "Dado que (...) la revocación por el Ministerio de Industria y Comercio del permiso —*free zone certificate*— forzó a que detuvieran todas las actividades (...) que privaron a

Cont. 12 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" (p. 154).

13 Contenido en la Declaración de Algeria. El texto exacto es: "Expropriations or other measures affecting equivalent property rights" —Para conocer los antecedentes, naturaleza e importancia del Tribunal de Reclamaciones Irán-EE. UU. se puede consultar González de Cossío, F. Arbitraje. Ed. Porrúa, México: 2004, pp. 518 y ss.—.

14 *Tippetts, Abbott, McCarthy, Stratton v. TAMS-AFFA Consulting Engineers of Iran*. Laudo del 22 de junio de 1984.

15 En palabras del tribunal: "A deprivation or taking of property may occur under international law through interference by the State in the use of that property or with the enjoyment of its benefits, even where legal title to the property is not affected" (p. 225).

16 *Goetz and Others v. Republic of Burundi*. Laudo del 2 de septiembre de 1998.

sus inversiones de toda utilidad y reserva ecológica. Al caracterizar mermaron a los inversionistas tales actos como una expropiación, el panel explicó: "Por ende, expropiación bajo el Tican incluye no solo los *takings* —tomas— de propiedad flagrantes, deliberadas y reconocidas, como lo es el embargo directo o transferencia forzada de propiedad, de mala y obligatoria de titularidad a favor del Estado anfitrión, sino también las interferencias furtivas o incidentales con el uso de activos que tiene como efecto la privación al propietario, en todo o en parte, del uso o goce de los bienes económicos razonablemente esperados de los bienes, aun si no es necesariamente un beneficio evidente del Estado anfitrión"<sup>17</sup>.

En *Metalclad v. México*<sup>18</sup> se ventilo un rechazo por las autoridades municipales de un permiso de construcción, seguido de un decreto ecológico que declaró que el terreno en donde se ubicó la inversión se convertía en una

17 Textualmente: "Since (...) the revocation of the Minister for Industry and Commerce of the free zone certificate forced them to halt all activities (...) which deprived their investments of all utility and deprived the claimant investors of the benefit which they could have expected form their investments, the disputed decision can be regarded as a 'measure having similar effect' to a measure depriving of or restricting property within the meaning of article 4.<sup>th</sup> of the investment treaty" (párrafo 124).

18 *Metalclad Corp. v. United Mexican Status*. Laudo del 2 de septiembre de 2000.

19 "Thus, 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 favor 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 or reasonably-to-be expected economic benefit of property even if not necessarily to the obvious benefit of the host State" —párrafo citado en el n.º 606 de *CME v. The Czech Republic*. Laudo parcial del 13 de septiembre del 2001—.

En *S.D. Myers v. Canadá*<sup>20</sup> se ventilo una prohibición de exportación establecida por Canadá sobre desechos hacia Estados Unidos. Al rechazar que dichos actos constituyeran una expropiación<sup>21</sup>, el tribunal explicó<sup>22</sup>: "El significado principal de la palabra *tantamount* en el *Oxford english dictionary* es 'equivalente'. Ambas palabras exigen que el tribunal observe la sustancia de lo que ha ocurrido y no solo la forma. Un tribunal no puede verse distraído por consideraciones técnicas o superficiales para llegar a una conclusión que la expropiación o conducta equivalente a una expropiación ha

ocurrido. Debe observar los intereses reales involucrados y el propósito y efecto de la medida gubernamental"<sup>23</sup>.

En *CME v. Czech Republic*<sup>24</sup> el acto reclamado consistió en una interferencia de derechos contractuales por una autoridad reguladora —Media Council—, que dio pie a que el socio local del inversionista pudiera cancelar el contrato del cual dependía la inversión. El tribunal sostuvo que la autoridad reguladora cambió su postura inicial y forzó al inversionista a aceptar modificaciones al contrato, las cuales dieron lugar a una pérdida de la seguridad jurídica.

20 *S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada*. Laudo parcial del 12 de noviembre del 2000.

21 El motivo por el que el tribunal consideró que no existía una medida equivalente a una expropiación obedeció a que se trataba de una medida temporal (párrafo 287).

22 Resulta interesante saber que el tribunal sostuvo la existencia de una violación al deber de trato justo y equitativo, de acuerdo con el artículo 1105 del Tlcán.

23 "The primary meaning of the word 'tantamount' given by the *Oxford English Dictionary* is 'equivalent'. Both words require a tribunal to look at the substance of what has occurred and not only at form. 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" (párrafo 285).

24 *CME v. Czech Republic*. Laudo parcial del 13 de septiembre del 2001.

dica y, por ende, a una violación al tratado de inversión entre la República Checa y los Países Bajos<sup>25</sup>.

De forma relevante, el tribunal explicó: "La postura del demandado respecto de que los actos del consejo —Media Council— no privaron al demandante de su valor, puesto que no ha existido una transferencia —*taking*— de la propiedad por el Estado o puesto que la licencia (...) siempre ha sido propiedad del licenciatario original y ha permanecido intacta, es irrelevante. Lo que fue afectado, y de hecho destruido, fue la inversión del demandante y de su predecesor, como está protegida en el tratado. Lo que fue destruido fue el valor co-

mercial de la inversión (...) en razón de la coerción ejercida por el consejo..."<sup>26</sup>.

Con respecto a las expropiaciones indirectas o de facto, el panel señaló: "La reclamación de expropiación se mantiene, no obstante el hecho de que el consejo no expropió a CME mediante medidas expropiatorias expresas. Las expropiaciones de facto o expropiaciones indirectas, es decir, medidas que no involucran una toma —*taking*— flagrante, sino que efectivamente neutralizan el beneficio de los activos propiedad del extranjero, están sujetos a reclamaciones de expropiación. Esto está fuera de debate en el derecho internacional..."<sup>27</sup>.

25 El precepto específico fue el artículo 5.º que decía: "Neither contracting party shall take any measures depriving, directly or indirectly, investors of the other contracting party of their investments unless..."

26 "The respondent's view that the Media Council's actions did not deprive the claimant of its worth, as there has been no physical taking of the property by the State or because the original license (...) always has been held by the original licensee and kept untouched, is irrelevant. What was touched and indeed destroyed was the claimant's and its predecessor's investment as protected by the treaty. What was destroyed was the commercial value of the investment (...) by reason of coercion exerted by the Media Council..." (párrafo 591).

27 "The expropriation claim is sustained despite the fact that the Media Council did not expropriate CME by express measures of expropriation. De facto expropriations or indirect expropriations, i.e., measures that do not involve an overt taking but that effectively neutralize the benefit of the property of the foreign owner, are subject to expropriation claims. This is undisputed under international law..." (párrafo 604).

En *Lauder v. The Czech Republic*<sup>28</sup> el tribunal describió las expropiaciones indirectas de la siguiente manera: "Una expropiación indirecta o nacionalización es una medida que no involucra una transferencia —*taking*— flagrante de propiedad, sino que efectivamente neutraliza el goce de los activos. Es generalmente aceptado que una gran variedad de medidas sea susceptible de dar lugar a una expropiación indirecta y cada caso es por ello decidido con base en sus circunstancias particulares"<sup>29</sup>.

En *Middle East Cement v. Egypt*<sup>30</sup> el acto reclamado consistió en la revocación de una *free zone license* mediante la prohibición de importación de cemento. Los árbitros consideraron que esto mermó los derechos de uso y goce de la inversión, a pesar de que la propie-

dad formal se mantuvo a favor del inversionista. El tribunal señaló: "Cuando un Estado toma medidas cuyo efecto es privar al inversionista del uso y beneficio de su inversión, no obstante que él pueda retener la propiedad nominal del derecho correspondiente, las medidas son frecuentemente conocidas como expropiaciones '*creeping*' o '*indirectas*', o, como sucede en el tratado de inversión, medidas 'cuyo efecto es equivalente a expropiación'. De hecho, el inversionista es privado mediante dichas medidas de parte del valor de su inversión. Este es el caso y, por lo demás, en opinión del tribunal dicha medida constituye una expropiación dentro del significado del artículo 4.º del tratado de inversión y, por ende, el demandado está obligado a pagar una indemnización por ello"<sup>31</sup>.

En *Tecmed v. México*<sup>32</sup> el acto reclamado fue la revocación de una licencia de operación. Al sostener que esto constituía una medida equivalente a una expropiación, el tribunal explicó: "Generalmente, se entiende que la expresión '(...)' equivalente a expropiación (...) o '*tantamount to expropriation*', que se encuentra en el acuerdo y en otros tratados internacionales referentes a la protección al inversor extranjero, alude a la llamada 'expropiación indirecta' o '*creeping*', así como a la expropiación de facto aludida más arriba. Si bien estas distintas formas de expropiación tampoco se prestan a una definición clara o unívoca, se reconoce generalmente que se traducen a través de conducta o actos que no explicitan en sí mismos el objetivo de privar al sujeto pasivo de sus de-

rechos o bienes, pero que en los hechos operan tal privación....". El caso *Tokios Tokelés v. Ukraine*<sup>33</sup> involucró actos de autoridades del Gobierno de Ucrania, consistentes en la realización de investigaciones de los negocios del reclamante. Según este, tales litigios tenían como propósito invalidar los contratos, así como falsas acusaciones de conducta ilícita por parte del demandante. Al respecto, el tribunal señaló: "Las obligaciones de los Estados con respecto a 'activos' y la 'utilización de activos' están bien establecidas en el derecho internacional. Por ejemplo, la *Draft Convention on the International Responsibility of States for Injuries to Aliens* define las '*takings* de propiedad' incluyendo no solo las transferencias de dominio, sino también cualquier interferencia no

28 *Ronald S. Lauder v. The Czech Republic*. Laudo del 3 de septiembre del 2001.

29 "Indirect expropriation or nationalization is a measure that does not involve an overt taking, but that effectively neutralizes the enjoyment of the property. It is generally accepted that a wide variety of measures are susceptible to lead to indirect expropriation, and each case is therefore to be decided on the basis of its attending circumstances" (párrafo 200).

30 *Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A. v. Arab Republic of Egypt*. Laudo del 12 de abril del 2002.

31 "When measures are taken by a State the effect of which is to deprive the investor of the use and benefit of his investment even though he may

Cont. 31 *retain nominal ownership of the respective right being the investment the measures are often referred to as a 'creeping' or 'indirect' expropriation or, as in the BIT, as measures the effect of which is tantamount to expropriation. As a matter of fact, the investor is deprived by such measures of parts of the value of his investment. This is the case here, and, therefore, it is the tribunal's view that such a taking amounted to an expropriation within the meaning of article 4.º of the BIT and that, accordingly, respondent is liable to pay compensation therefore*" (párrafo 107).

32 *Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. The United Mexican States*. Laudo del 29 de mayo del 2003.

33 *Tokios Tokelés v. Ukraine*. Decisión sobre jurisdicción del 29 de abril del 2004.



razonable con el uso, goce, o disposición de bienes que justifique y las interferencias que impidan que el propietario use, goce o disponga de bienes dentro de un plazo razonable con posterioridad al comienzo de dicha interferencia'. Más aún, el Tribunal de Reclamaciones Irán-EE. UU. determinó que 'una privación o *taking* de bienes puede ocurrir bajo derecho internacional mediante la interferencia por un Estado en el uso de dichos bienes o con el goce de sus beneficios'<sup>34</sup>.

En *Waste Management v. México*<sup>35</sup> se ventó la negativa de la ciudad de Acapulco a pagar cantidades debidas en desarrollo de

una concesión. Al sostener que esto no constituía una medida equivalente a una expropiación, se hizo la siguiente aseveración en el laudo: "Puede notarse que el artículo 1110(1) distingue entre expropiación directa e indirecta, por un lado, y medidas equivalentes a expropiación, por el otro. Una expropiación indirecta es incluso una toma de propiedad. En forma contraria, cuando una medida equivalente a expropiación es reclamada, puede que no exista una transferencia de propiedad por una persona o entidad, sino más bien un efecto sobre la propiedad que hace que la distinción formal sobre titularidad sea irlevante"<sup>36</sup>.

34 "States' obligations with respect to 'property' and 'the use of property' are well established in international law. For example, the Draft Convention on the International Responsibility of States for Injuries to Aliens, defines a 'taking of property' to include 'not only an outright taking of property but also any such unreasonable interference with the use, enjoyment, or disposal of property as to justify and interference that the owner thereof will not be able to use, enjoy or dispose of the property within a reasonable period of time after the inception of such interference'. Further, the Iranian U.S. Claims Tribunal found that '[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" (párrafo 92).

35 *Waste Management v. The United Mexican States*. Laudo del 30 de abril del 2004.

36 "It may be noted that article 1110(1) distinguishes between direct or indirect expropriation on the one hand and measures tantamount to an expropriation on the other. An indirect expropriation is still a taking of property. By contrast were a measure tantamount to an expropriation is

En *Occidental v. Ecuador*<sup>37</sup> se reclamó la existencia de una práctica inconsistente por parte del Gobierno de Ecuador en relación con la devolución de impuesto al valor agregado. El tribunal sostuvo que no existía una medida equivalente a expropiación, puesto que no se dio una merma del uso y recepción de beneficios de la inversión. Al respecto explicó: "El tribunal está de acuerdo con el demandante en que la expropiación no tiene que involucrar la transferencia de titularidad de activos determinados, lo cual es la característica distintiva de la expropiación tradicional bajo el derecho internacional. Puede, por supuesto,

afectar el valor económico de un acuerdo. Los impuestos pueden resultar de una expropiación, como lo pueden ser otro tipo de medidas regulatorias"<sup>38</sup>.

#### 4.3. Expropiación constructiva —'creeping expropriation'—

Para complicar las cosas, puede suceder que una medida aislada no amerite el calificativo de expropiatoria, mientras que su combinación con otras sí. El cuerpo de casos que han llegado a esta conclusión han bautizado al fenómeno como "creeping expropriation" o "expropiación constructiva"<sup>39</sup>. Es interesante ver lo que los árbitros han señalado al respecto.

37 *Cont. 36 alleged, there may have been no actual transfer, taking or loss of property by any person or entity, but rather an effect on property which makes formal distinctions of ownership irrelevant" (párrafo 175).*

38 *Occidental Exploration and Production Co. v. Ecuador*. Laudo del 1.º de julio del 2004.

39 "The tribunal agrees with the claimant in that expropriation need not involve the transfer of title to a given property, which was the distinctive feature of traditional expropriation under international law. It may of course affect the economic value of an agreement. Taxes can result in expropriation, as can other types of regulatory measures" (párrafo 85).

Dado que el término de arte "creeping expropriation" es de difícil traducción al español, se utilizará como "expropiación constructiva". Sin embargo, en ocasiones se hará referencia al mismo mediante la utilización del término de arte en inglés, particularmente cuando los casos así hagan referencia al mismo. Se pide disculpas por el uso del extranjerismo.

En *Tradex v. Albania*<sup>40</sup> el reclamante sostenía que los siguientes actos dieron lugar a la expropiación de su inversión: anuncios de políticos en relación con una futura reforma agraria, la destrucción de cultivos y la ocupación de tierras. Aunque el tribunal concluyó que no existió una medida equivalente a expropiación, explicó: "Mientras (...) ninguna de las decisiones o eventos aislados que Tradex sostiene que constituyen una expropiación pueda ser en verdad calificada por el tribunal como tal, puede ser posible, y el tribunal así lo tendrá que examinar, que la combinación de las decisiones y eventos puedan ser calificadas como una expropiación de la inversión extranjera de

Tradex, mediante un largo proceso comprendido por pasos diversos de Albania"<sup>41</sup>. Por su parte, en el caso *Santa Elena*<sup>42</sup> el tribunal hizo la siguiente aseveración: "... el período de tiempo comprendido en el proceso puede variar —de transferencia inmediata y total a una en que únicamente en forma gradual y mediante pasos pequeños alcancen una condición en que se pueda decir que el propietario en verdad ha perdido los atributos de la propiedad. Es claro, sin embargo, que una medida o serie de medidas pueden eventualmente llegar a constituirse en un *taking*, aunque los pasos individuales en el proceso no lo sean ni transfieran titularidad"<sup>43</sup>.

40 *Tradex Hellas S.A. v. Republic of Albania*. Laudo del 29 de abril de 1999.

41 "While (...) none of the single decisions and events alleged by Tradex to constitute an expropriation can indeed be qualified by the tribunal as expropriation, it might still be possible that, and the tribunal, therefore, has to examine and evaluate hereafter whether the combination of the decisions and events can be qualified as expropriation of Tradex foreign investment in a long, step-by-step process by Albania" (párrafo 191).

42 *Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. v. Republic of Costa Rica*. Laudo del 17 de febrero del 2000.

43 "... the period of time involved in the process may vary —from an immediate and comprehensive taking to one that only gradually and by small steps reaches a condition in which it can be said that the owner has truly lost all the attributes of ownership. It is clear, however, that a measure or series of measures can still eventually amount to a taking, though the

En *Waste Management I*<sup>44</sup> el árbitro disidente realizó la siguiente explicación: "... una expropiación constructiva —*creeping*— se compone de un número de elementos, ninguno de los cuales puede —en forma separada— constituir un ilícito internacional. Estos elementos constitutivos incluyen el no-pago, no-reembolso, cancelación, negación a acceso judicial, la práctica de exclusión, el trato no conforme, obstáculos legales inconsistentes, y demás (...). Una nacionalización o expropiación —en particular una "expropiación *creeping*" compuesta de múltiples componentes— debe necesariamente ser más que la suma de sus partes..."<sup>45</sup>.

Cont. 43 *individual steps in the process do not formally purport to amount to a taking or to a transfer of title*" (párrafo 76).

44 *Waste Management, Inc. v. The United Mexican States*. Laudo del 2 de junio del 2000 —Keith Highet, párrafos 17, 18 y 462 de la opinión disidente—.

45 "... a 'creeping' expropriation is comprised of a number of elements, none of which can —separately— constitute the international wrong. These constituent elements include non-payment, non-reimbursement, cancellation, denial of judicial access, actual practice to exclude, non-conforming treatment, inconsistent legal blocks, and so forth (...). A nationalization or expropriation —in particular a 'creeping expropriation' comprised of numerous components— must logically be more than the mere sum of its parts...."

46 *Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. The United Mexican States*. Laudo del 29 de mayo del 2003, 43 ILM 133, 2004.

En *Tecmed v. México*<sup>46</sup> el tribunal explicó: "Una expropiación de esta naturaleza no necesariamente tiene que manifestarse de forma gradual o creciente —en ese sentido, el término *creeping* alude a un solo tipo de expropiación indirecta— y se puede manifestar a través de un solo y único acto, o a través de actos muy próximos en el tiempo o simultáneos. Por ese motivo, se deben diferenciar los conceptos de *creeping expropriation* y expropiación de facto, por más que corrientemente se los englobe bajo la noción más amplia de "expropiación indirecta", y que ambas formas de expropiación puedan configurarse a través de una amplia variedad

de actos o medidas, cuyo examen circunstanciado en cada caso concreto solo permitirá concluir si alguna de tales formas se encuentra o no presente<sup>47</sup>.

El caso *Phillips Petroleum v. Irán*<sup>48</sup> del Tribunal de Reclamaciones Irán-EE. UU. involucró anuncios de una futura nacionalización de la industria petrolera, la reducción de las tasas de producción, el reemplazo de los administradores por directores designados por el Gobierno iraní y la anulación de un *joint venture*. Al respecto, el tribunal sostuvo: "La conclusión de que el demandante fue privado de sus propiedades mediante conducta atribuible al Gobierno de Irán, incluyendo NIOC, descansa en una serie de

acciones concretas más que un decreto formal particular, dado que los actos formales simplemente ratificaron y legitimizaron las circunstancias vigentes (...), en circunstancias en las que el *taking* se realiza mediante una cadena de eventos; un *taking* no será necesariamente determinado al momento del primer o último evento, sino cuando la interferencia haya privado al demandante de derechos fundamentales de propiedad y dicha privación no sea "meramente efímera" o cuando se convierta en una privación irreversible"<sup>49</sup>.

En *Generation Ukraine v. Ukraine*<sup>50</sup> se atacó la negativa por las autoridades de la ciudad de Kyiv de emitir los contratos de

47 Párrafo 114.

48 *Phillips Petroleum Co. v. Irán*. Laudo del 29 de junio de 1989.

49 "The conclusion that the claimant was deprived of its property by conduct attributable to the Government of Iran, including NIOC, rests on a series of concrete actions rather than any particular formal decree, as the formal acts merely ratified and legitimized the existing state of affairs (...) in circumstances where the taking is through a chain of events, the taking will not necessarily be found to have occurred at the time of either the first or the last such event, but rather when the interference has deprived the claimant of fundamental rights of ownership and such deprivation is 'not merely ephemeral', or when it becomes an irreversible deprivation" (párrafos 100 y 101).

50 *Generation Ukraine Inc. v. Ukraine*. Laudo del 16 de septiembre del 2003.

arrendamiento relacionados con la construcción de un proyecto de oficinas. El reclamante sostuvo que estos documentos constituían la culminación de una serie de actos y, por ende, se trataba de una expropiación constructiva. El tribunal señaló: "La expropiación *creeping* es una forma de expropiación indirecta con una causalidad temporalmente distintiva, en el sentido de que encapsulan la situación en la cual una serie de actos atribuibles a un Estado durante un período de tiempo culminen en la transferencia por expropiación de dichos bienes"<sup>51</sup>.

Como se puede observar, *la ratio decidendi* de los casos que han sostenido la existencia de una expropiación constructiva reside en darle un peso debido a la totalidad de los actos y su efecto combinado. Resulta especialmente interesante notar que, mientras que uno o varios actos aislados pueden ser insuficientes

para llegar a la determinación de una expropiación de facto, su combinación puede ser calificada como tal.

#### 4.4. Intención

Un punto importante que ha dado lugar a comentarios es "la intención de las autoridades". Es decir, si se debe considerar la intención expropiatoria —o falta de— como parte del análisis de determinación de la expropiación, por parte de las autoridades que realizan los actos impugnados. Existe un cuerpo importante de casos que abordan el problema y su conclusión —casi unánime— es que dicho elemento no es relevante. Como ejemplo de los mismos se citarán solo algunos.

En *Tippetts*<sup>52</sup> el tribunal dijo: "La intención de un Gobierno es menos importante que los efectos que las medidas tuvieron sobre el propietario, y la forma de las medidas de control o interfe-

51 "Creeping expropriation is a form of indirect expropriation with a distinctive temporal quality in the sense that it encapsulates the situation whereby a series of acts attributable to the State over a period of time culminate in the expropriatory taking of such property."

52 *Tippetts, Abbott, McCarthy, Stratton v. TAMS-AFFA Consulting Engineers of Iran*. Laudo del 22 de junio de 1984.

rencia son menos importantes que la realidad de su impacto”<sup>53</sup>.

En *Metalclad v. México*<sup>54</sup> se explicó: “El tribunal no tiene que decidir o considerar los motivos o intención de la adopción del decreto ecológico”<sup>55</sup>.

Por su parte, en *Tecmed v. México*<sup>56</sup> se continuó con el mismo razonamiento: “... La intención del Gobierno es menos importante que el efecto de las medidas sobre quién detenta la titularidad de los bienes afectados por la medida o del beneficio derivado de aquellos; y la forma bajo la cual se presenta la medida

que origina el despojo es menos importante que los efectos reales de su impacto...”<sup>57</sup>.

En el famoso caso *Chorzów Factory* se refleja el mismo razonamiento<sup>58</sup>: “Los casos de reclamaciones noruegas y los intereses alemanes en la región de Upper Silesia muestran que un Estado puede expropiar activos cuando interfiere con los mismos, aunque manifieste la ausencia de dicha intención. En forma importante, ambos casos, tomados conjuntamente, muestran que, aunque un Estado no tenga la intención de interferir con derechos de propiedad, puede, me-

53 “The intent of the Government is less important than the effects of the measures on the owner, and the form of the measures of control or interference is less important than the reality of their impact” (pp. 225 y 226).

54 *Metalclad Corp. v. United Mexican Status*. Laudo del 30 de agosto del 2000.

55 “The tribunal need not decide or consider the motivation or intent of the adoption of the Ecological Decree” (párrafo 111).

56 *Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. The United Mexican States*. Laudo del 29 de mayo del 2003.

57 Párrafo 116.

58 *Factory at Chorzów —Germany v. Poland—*. Sentencia del 15 de mayo de 1926.

dante sus actos, hacerlos tan importantes. En segundo término, se discute el aspecto medular: el impacto de la medida.<sup>59</sup>

#### 4.5. Resumen

En forma similar, en *Biloune v. Ghana*<sup>60</sup> se dijo: “Los motivos de los actos y omisiones de las autoridades del Gobierno de Ghana no son claros. Pero el tribunal no tiene que determinar los mismos para llegar a una conclusión en este caso”<sup>61</sup>.

La *ratio decidendi* de dicha postura es doble. En primer lugar, la

El elemento decisivo de una expropiación indirecta es la “merma de control” o de “valor económico” de una inversión extranjera

determinación de la intención de la inversión. Esto puede involucrar la privación de la propiedad de la inversión o actos que tengan un resultado posible en órganos gubernamentales.

59 “The Norwegian claims and the German interests in Polish Upper Silesia cases show that a State may expropriate property, where it interferes with it, even though the State expressly disclaims any such intention. More important, the two cases taken together illustrate that even though a State may not purport to interfere with rights to property, it may, by its actions, render those rights so useless that it will be deemed to have expropriated them.”

60 *Biloune and Marine Drive Complex Ltd. v. Ghana Investments Centre and the Government of Ghana*. Laudo sobre jurisdicción y responsabilidad del 27 de octubre de 1989.

61 “The motivations for the actions and omissions of Ghanaian governmental authorities are not clear. But the tribunal need not establish those motivations to come to a conclusion in this case” (párrafo 209).

equiparable, como la pérdida de control o hacer que los activos dejen de generar los beneficios económicos acostumbrados o anticipados. A su vez, el mismo resultado se puede producir mediante una multitud de medidas y no solo a través de una aislada —caso en el cual se considera como una expropiación constructiva (o “*creeping*”)—. La intención del Estado —o sus autoridades— es irrelevante para llegar a una determinación de la existencia de una medida equivalente a expropiación.

Como lo señala un destacado publicista, un análisis detallado demuestra que el elemento decisivo de una expropiación indirecta es la “merma de control” o de “valor económico” de una inversión extranjera, sin que sea necesaria la existencia de una “apropiación física” de activos<sup>62</sup>. Esto se puede dar mediante una vasta variedad de formas de interferencia indirecta en los intereses económicos del inversionista.

Problemáticamente, con frecuencia las medidas que tienen

el efecto de expropiar están revertidas de medios legítimos, lo que dificulta la determinación de su existencia. Como se demostró, el criterio diferenciador será el efecto de la medida, no la forma de la misma. Además, esta puede consistir en un hacer o no hacer. La sanción —responsabilidad y reparación— no dependerá de que se trate de expropiación directa o indirecta.

## 5. PREOCUPACIONES Y SOLUCIONES PROPUESTAS

Lo abstracto del término “medidas equivalentes a expropiación” ha generado preocupaciones, magnificadas por los intereses que se encuentran en juego. Esto, a su vez, ha motivado sugerencias. Por ejemplo, definir y limitar el alcance de ese concepto.

Muchas de esas recomendaciones parten de un entendimiento equivocado tanto del tipo de norma de que se trata, como de los antecedentes históricos y políticos de la rama. Los motivos por los que las disciplinas conte-

nidas en los tratados de inversión han creado incertidumbre obedecen a que se trata de una especie de reglamentación a la que los abogados civilistas no están acostumbrados. Sin embargo, si se entienden los antecedentes y objetivos de la rama, se verá por qué el statu quo, si bien no carece de focos rojos, no es una mala opción.

Se debe entender que las normas contenidas en los tratados de inversión constituyen una reglamentación vía estándar y que la misma es entendible dado que se trata de una rama del derecho internacional. Esta busca regular un fenómeno con una historia difícil e intereses en juego importantes.

Igualmente, no todas las normas jurídicas son iguales. Existen diversas maneras de regular, como son los casos de la reglamentación vía regla y la vía estándar. Mientras la primera contempla como su hipótesis normativa una serie de elementos o requisitos que, de reunirse, harán que se cause la sanción de la norma<sup>63</sup>, la otra contiene un umbral cuyo cumplimiento se deja a la

apreciación del juzgador —juez o árbitro—.

Dichas formas de legislar no son, per se, superiores ni inferiores la una de la otra. Simplemente son distintas. Cada una ofrece ventajas y desventajas. Es su utilización, a la luz de las circunstancias y los fines deseados, lo que *in casu* las hará un mejor instrumento que el otro. Los abogados civilistas están familiarizados con las normas vía regla. Crecen con ellas. Están acostumbrados a pensar con base en ellas y parecen adecuadas, en la medida en que lo gran un objetivo que, en la tradición jurídica civilista, se ha erigido como uno de los más elementales e importantes del derecho: la certeza —lo que en el argot constitucional se denomina la seguridad jurídica—.

Por su parte, la regulación vía estándar es típica del derecho consuetudinario. Esta es común y adecuada en dicha tradición jurídica, en la medida en que el juez se concibe como un gran hombre, en cuyo sentido de la lógica y de la justicia se confía para llegar a

62 Brownlie, I. *Principles of public international law*. Oxford University Press, 5.ª ed., Oxford — Nueva York: 1998, p. 534.

63 Conocido como el principio de causalidad.

soluciones apropiadas a problemas determinados, tomando en cuenta todas las circunstancias del caso. Por esto, una reglamentación vía estándar—que exige que aplique su juicio, su intuición<sup>64</sup>, para determinar si el umbral contemplado por el estándar aplicable ha sido transgredido— es aceptada como una forma adecuada de legislar. Una postura distinta—v.gr. una regla— se percibe rígida y poco proclive para adaptarse al dinamismo de la realidad<sup>65</sup>.

64 Los estándares tienden a ser intuitivos mientras que las reglas tienden a ser arbitrarias, ya que en su implementación el legislador prefiere una norma fácil—aunque arbitraria— a una norma racional—pero más difícil de aplicar—.

65 Lo anterior también explica, o más bien hace congruente, que se prefiera el método inductivo al deductivo.

66 El término exacto es *reasonable person* o *reasonable person of ordinary prudence*—que parece haber sido utilizado por primera ocasión en los casos de negligencia común—Vaughn v. Menlove, 1837, 468, 132 Eng. Rep. 490—. El estándar es razonabilidad y se describe como razonable a aquella persona que ejerce el nivel de cuidado que observaría una *person of ordinary prudence*—persona de prudencia normal—. No hacerlo implica negligencia, definida como la omisión de algo que una persona razonable haría, guiado por las consideraciones que generalmente regulan la conducta humana en la actividad en cuestión. Es cierto que la explicación anterior es simplista, pero de allí parte todo el—complejo— derecho de *torts* de Estados Unidos—Dobbs, D.B.; Keeton, R.E. y Owen, D.G. *Prosser and Keeton on torts*. West Publishing Co., 5.ª ed., 1984, pp. 173 y ss.—.

67 Código Civil Federal, arts. 1910-1934. Es cierto que dicho género contiene, como una de sus especies, la responsabilidad objetiva—que no exige la comisión del ilícito, sino que parte del principio *ubi emolumentum ibi onus*—, pero no se adentrará en ello por ser innecesario para los fines de este estudio.

Para entablar responsabilidad según el sistema norteamericano es necesario cotejar la conducta específica a la luz de las circunstancias, respecto de un umbral abstracto—razonabilidad— para arribar a una determinación de incumplimiento—y, por ende, responsabilidad—. En el segundo, es necesario encontrar por qué no se observó un requisito específico exigido por una norma<sup>68</sup>.

Existen diferentes razones por las cuales se puede optar por un estándar en lugar de una regla:

a) Los costos que tiene la legislación. Como indica el juez Richard Posner<sup>69</sup>, en ocasiones la creación de una ley debe ser ambigua, puesto que es más fácil ponerse de acuerdo en menos detalles, dejando que los temas difíciles sean resueltos en el futuro por los juzgadores. En el caso de los tratados de inversión, dados los antecedentes históricos y políticos del área, es más fácil lograr un acuerdo sobre un estándar general<sup>70</sup> sobre una norma particular<sup>70</sup>.

Pero toda opción significa una renuncia y esta rama no es

68 Se admite que el ejemplo es peligroso. Si se observan con detenimiento, se verá que los caminos no son tan distintos. La teoría de negligencia del *common law* tiene cierto parecido con la teoría de la culpa civil en materia de responsabilidad subjetiva, en la que se menciona el deber de ejercer la prudencia, diligencia, previsión y cuidados debidos, los cuales dependen de las circunstancias particulares—véase, por ejemplo, Mazeaud, H.; Mazeaud, L. y Mazeaud, J. *Lecciones de derecho civil. La responsabilidad civil. Los cuasicontratos*. Ediciones Jurídicas Europa-América, parte segunda, vol. II, Buenos Aires: 1965, pp. 1-14—. Al respecto Plantol y Ripert señalan: "... el deber de previsión y los cuidados que incumben a cada individuo son variables según las circunstancias, y estas varían..."—Plantol, M. y Ripert, G. *Tratado práctico de derecho civil francés. Obligaciones*. Acrópolis, t. I, México: 1998, pp. 608 y 664-713—. De igual manera, la determinación de la existencia de un ilícito puede involucrar una apreciación subjetiva: que es una "buena costumbre." No obstante lo señalado, el ejemplo es ilustrativo.

69 Posner, R.A. *Economic analysis of law*. Aspen Law & Business, 5.ª ed., Nueva York: 1998, pp. 590-595.

70 Además, ¿quién puede estar en desacuerdo en comprometerse, por ejemplo, a tratar a un extranjero en forma "justa y equitativa"; o en no expropiar ilícitamente? El problema estará en darle contenido a la norma.

una excepción. Es necesario examinar lo que significa haber optado por la reglamentación vía estándar antes de propugnar por su cambio. En primer lugar, se deben ver los costos de ejecución. Es más fácil que una regla se haga ejecutar. Un estándar, más difícil. Al establecer una regla, una norma de conducta precisa, al administrador de justicia —sea juez o árbitro— le es fácil aplicarla —tan solo tiene que verificar que se cumplan las circunstancias específicas—<sup>71</sup>.

En forma contraria, si se establece una regla que no se puede conducir a una velocidad “no razonable”, el juzgador tendrá que tomar en cuenta muchas más circunstancias para discernir si el conductor manejó a una velocidad “no razonable”<sup>72</sup>. Sin embargo, la facilidad de ejecución/aplicación de la regla tiene un costo: es arbitraria. No toma en cuenta las circunstancias, por lo que en la gran mayoría de los casos es: sobre o subóptima. Dicho de otra manera, al eliminar costos de implementación, el estándar es una forma más perfecta de legislar. Entendido lo anterior, queda en manifiesto que la utilización de la regla sobre el estándar implica —en su esencia— un trueque entre facilidad de aplicación, por rectitud de la decisión final.

b) La vigencia. Una regla específica se hace obsoleta más rápidamente que un estándar general. Se podría argumentar que el mecanismo de reglas no es tan inflexible. Después de todo, los instrumentos de la interpretación y de la integración son herramientas de la técnica jurídica que alivian el problema descrito —y funcionan—<sup>73</sup>.

71 Por ejemplo, al establecer como regla un máximo de velocidad —v.gr. 100 km/h— lo único que tiene que hacer el juzgador es verificar si se rebasó dicho kilometraje —el ejemplo está inspirado en el mismo de Posner (ibidem, p. 592).

72 V.gr. si se trata de una carretera o una zona escolar, tendrá en cuenta, entre otros, el clima, la hora, el tipo de vehículo, las condiciones de la carretera, etc.

73 Es relevante hacer una pregunta al lector: si un juzgador utiliza una interpretación teleológica para reducir o ampliar el ámbito en la norma, o intergala lagunas, ¿no está proyectando la regla como un estándar?

c) El monitoreo. Un problema de los estándares amplios es que incrementan lo que se conoce en la jerga económica como *agency costs*; es decir, los costos de vigilancia. Si bien tales erogaciones no pueden ser eliminadas mediante reglas precisas, esto puede facilitar su implementación.

Sobre la facilidad, la regulación vía estándar tiende a imponer más costos de observancia al requerir más información en su aplicación. De preferirse aquella, la norma vía regla será la herramienta adecuada<sup>74</sup>. Además, dará certeza<sup>75</sup>. Sin embargo, esta implica un costo de logro final de la ley puesto que, al legislar de esta manera, se le da preferencia a la certeza de los medios más que a la rectitud del resultado final —el cual es casuista—<sup>76</sup>. Es decir, se intercambia la probabilidad del logro del fin último de

d) La observancia. Esta categoría amerita cuatro comentarios: (i) es más fácil observar una regla que un estándar; (ii) brinda más certeza la observancia de una regla que un estándar; (iii) la reglamentación vía estándar es más proclive a lograr los fines últimos de la norma y (iv) con los estándares, la determinación de

74 Estas observaciones aplican en tres niveles: (i) particulares —al guiarnos en forma específica sobre la forma en que deben conducirse—; (ii) particulares en una controversia —al establecer lineamientos claros que ofrezcan predecibilidad sobre cual sería el resultado de la controversia— y (iii) juzgadores —sean tribunales estatales o arbitrales—, al hacer más fácil la toma de decisión en cuanto a la aplicación de la norma.

75 Entendido de esta manera, esto explica el razonamiento económico detrás del principio *nullum crimen sine lege, nullum poena sine lege*. Las normas penales son “onerosas”; lo que motiva que se exija la reglamentación vía regla —y no estándar—. De lo contrario, tendría lugar una transferencia de poder del legislador al juzgador —en el sistema jurídico mexicano esto se encuentra contenido en el artículo 14 de la Constitución—.

76 Es cierto que, por lo general, los medios procurarán el objetivo final de la ley, pero no siempre será el caso. Incluso por cuanto, entre más reglas detalladas existan, más se invitará a adoptar conductas estratégicas que —cumpliendo con los medios— burlean los fines.

la ley, por la seguridad en el cumplimiento de la misma<sup>77</sup>. Sin embargo, se debe tener en cuenta que la preferencia por el cumplimiento de una regla específica —posiblemente a costa del fin último de la ley— da pie a que se sobreregule para que el riesgo señale no acontezca. Dicha regulación —voluminosa— hace más oneroso el cumplimiento de la norma y reduce el cumplimiento voluntario —por los altos costos de información—. Esto podría militar a favor de la utilización de un estándar. De ser el caso, cuando se legisla vía estándar es más probable que el fin último de la norma —sea el que sea— se logre con más frecuencia, al procurar que no se pierda por el énfasis en los medios. Pero —de nuevo— hay un costo: la evaluación de dicha circunstancia necesariamente tendrá que ser *ex post facto*, lo cual resta seguridad jurídica.

Esta "facilitación" tiene, a su vez, otra cara de la moneda: permite lagunas. Es decir, entre más detallada es una norma, es más probable que se adopte una conducta estratégica que burle sus objetivos. Es cierto que el problema que la regla sea amplia<sup>78</sup>. Pero entre más amplia sea más se parecerá a un estándar.

Un árbitro en un arbitraje de inversión debe entender que una de las partes es un ente soberano y que en la litis se ventilarán intereses públicos

Incluso existe otra solución: establecer excepciones. Sin embargo, la combinación de una

Entre más detalladas son las normas, dan mayor lugar a que se estructuren conductas que, a pesar de que cumplen con la regla específica, el fin último se ve obviado. Este es el origen de la "elusión".

Además de la institución del fraude a la ley (C. C. Federal, art. 15.1).

regla con estas puede ser muy pa-recida —en términos prácticos— a un estándar, especialmente si el número de excepciones se incrementa, con la finalidad de hacer que la regla rígida se adecue a la cambiante realidad. De todo lo anterior puede verse que la (pseudo)claridad que se gana con una regla puede ser engañosa.

Los comentarios anteriores son particularmente aplicables al derecho internacional de las inversiones extranjeras por un motivo: es el resultado de un choque histórico entre los intereses de los países exportadores de capital y los países importadores de capital —eufemísticamente llamado "el debate Norte-Sur"<sup>80</sup>. En resumen, el debate ha consistido en el interés de los países ricos en incrementar el nivel de protección de sus inversionistas e inversio- nes, por un lado, y el interés de los países en vías de desarrollo de hacer prosperar la noción de soberanía territorial<sup>81</sup>. Frente a lo

Por el contrario, existen ciertos aspectos —ventajas— que pueden hacer conveniente la utilización de estándares. Uno de ellos consiste en que estos son más aptos para equilibrar consideraciones o intereses que compitan entre sí<sup>79</sup>. Es cierto que establecer reglas puede lograr también un equilibrio, mediante la adopción de una regla general con excepciones bien diseñadas, de tal forma que se acomple a la realidad cambiante. Sin

79 Por ejemplo, el —legítimo— interés de los exportadores de capital en busca de recibir un trato correcto y el —también legítimo— interés de los países receptores de capital para que los inversionistas acaten el derecho local y no gocen de privilegios nacionales *vis-à-vis*.

80 Es cierto que la mencionada calificación se ha hecho borrosa en la actualidad, ya que muchos de los países exportadores de capital son, a su vez, importadores de capital. Sin embargo, la discusión histórica persiste y, grosso modo, el doble perfil sigue existiendo en la retórica, práctica y negociaciones de esta área.

81 Para abundar sobre esta controversia, consúltese González de Cossío, ob. cit., pp. 458-465.



anterior, y lo exacerbada de la controversia, una solución es contemplar normas genéricas —estándares— con las cuales ambas partes puedan estar de acuerdo<sup>82</sup>.

Si bien lo anterior explica lo abstracto del contenido de los estándares incluidos en los tratados de inversión, también pone de manifiesto la importancia del contenido y los motivos de las preocupaciones que en fechas recientes se han generado. Es de

entenderse pues, dado lo amorfo de estas normas, y que se han puesto en manos de árbitros privados —que no son funcionarios elegidos, ni responden ante una autoridad superior—, que es natural que, una vez en marcha, el mecanismo preocupe a las autoridades a quienes va dirigido. Después de todo, han cambiado el *status quo ante*: el arbitraje de inversión hace responsables a las autoridades por conducta que en forma

preferita —con frecuencia— quedaba impune. Además, a nadie le gusta que lo hagan responsable.

Pero no todo merece un aplauso. Existe otra cara de la moneda. La confianza que se ha depositado en los árbitros en arbitrajes de inversión tiene un peso que amerita una reflexión. Si bien se ha encargado la resolución de un problema importante a este mecanismo y a particulares, también se les

La noción de lo que constituye una medida equivalente a expropiación es importante y de actualidad. Es más, su importancia crecerá en el futuro cercano

ha delegado una responsabilidad social fundamental. En su cumplimiento, deben ser conservadores.

En efecto, un árbitro en un arbitraje de inversión debe entender que el litigio es distinto a un arbitraje comercial. Una de las partes en juego es un ente soberano y en la litis se ventilarán intereses

82 Por ejemplo, es más fácil comprometerse a brindar un trato justo y equitativo, que a establecer un código detallado sobre el tipo de conductas que un Estado debe evitar o los casos en que debe resarcir.

ses públicos. Este cometido genérico, de ser conservador, se puede implementar con tres pasos específicos: (i) elevar el nivel de prueba que debe cumplir un inversionista que desee hacer responsable a un Estado<sup>83</sup>; (ii) errar del lado de seguridad y (iii) motivar cuidadosamente los laudos.

## 6. CONCLUSIÓN/COMENTARIO FINAL

Esto no quiere decir que los actos públicos arbitrables deban ser solapados, sino que no se debe esotar predispuesto a entablar responsabilidad —pues es algo serio—. Si bien todo actor tiene la carga de la prueba, un árbitro debe estar especialmente convencido de que la misma ha sido satisfecha antes de llegar a una determinación adversa a un Estado. De ser el caso, los motivos por los cuales se ha determinado que existe responsabilidad deben ser claramente detallados en el laudo. Esto siempre es impor-

La noción y alcance de lo que constituye una “medida equivalente a expropiación” es importante y de actualidad. Es más, su importancia crecerá en el futuro cercano. Esto obedece a que se avecina una nueva era de la responsabilidad del Estado, tanto desde la perspectiva local como internacional. Esta observación se fundamenta en tres premisas:

a) La adopción de los *Artículos sobre Responsabilidad Interna-*

83 Existen dos niveles de prueba generales: (i) el de contundencia —*beyond a reasonable doubt*—, utilizado primordialmente en material penal, y (ii) el de preponderancia —*by the preponderance of the evidence*—, que es generalmente usado en asuntos civiles y mercantiles. Sería importante que en esta área se adoptara un estándar que ha sido confeccionado en otros foros arbitrales y que, dados los intereses en juego, ha demostrado ser útil: *comfortable satisfaction*. Dicho parámetro de prueba es intermedio entre los dos mencionados. Es decir, requiere más nivel de prueba que un asunto civil corriente, pero menos que la materia penal, que casi pide certeza —el otro foro en el que se ha utilizado dicho umbral es en el arbitraje deportivo. Para ahondar en este tema se puede consultar González de Cossío, F. *Arbitraje en materia deportiva*. Junio del 2005—.

*cional del Estado por Hechos Ilícitos* por la Comisión de Derecho Internacional<sup>84</sup>.

b) La adopción en México de la *Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado*<sup>85</sup>.

c) La existencia de un derecho sustantivo internacional que vincula a México y a sus autoridades a observar un nivel de conducta determinado, que la realidad ha demostrado que con frecuencia no es observado<sup>86</sup>.

Las anteriores circunstancias son una combinación ideal para que los casos se multipliquen. La única solución madura y jurídicamente aceptable es entender lo que los tratados de inversión requieren de las autoridades mexicanas y cumplirlo. Es la anterior consideración —y preocupación— la que ha motivado este estudio. Para ello, este se ha centrado en una de las disciplinas más abstractas y conflictivas del derecho internacional de las inversiones extranjeras<sup>87</sup>.

84 El 9 de agosto del 2001, la Comisión de Derecho Internacional (International Law Commission) aprobó el *Proyecto de articulado sobre responsabilidad internacional del Estado por hechos ilícitos—Draft articles on responsibility of States for internationally wrongful acts—*. En el evento se concluyó una labor que comenzó hace casi 40 años y que constituye una de las más importantes aportaciones a la codificación y desarrollo progresivo de una de las áreas más importantes del derecho internacional. No se profundizará sobre el contenido de los mismos. Solamente se mencionará que este texto aborda la totalidad del régimen de la responsabilidad internacional del Estado. Es difícil exagerar su importancia. La preceptiva marca un hito en el desarrollo de esta área y es de utilidad en el contexto de un arbitraje de inversión. Así lo han reconocido algunos casos, como, por ejemplo, Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. United Mexican States —Caso n.º ARB(AF)/00/2—.

85 Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 31 de diciembre del 2004. Entró en vigor el 1.º de enero del 2005.

86 En la actualidad, México forma parte de más de 20 tratados que contienen disciplinas en materia de protección a las inversiones extranjeras.

87 La disciplina de expropiaciones de fáctos es una de las dos que más ha generado controversia. La otra es el “trato mínimo bajo derecho internacional, incluyendo trato justo y equitativo,” contemplada en el artículo 1105 del Tlcán y varios de los tratados de inversión que México ha celebrado. El contenido de la misma será objeto de otro estudio.

La respuesta crítica que muchos le han dado es incorrecta. Criticar la misma —en la forma en que se ha hecho— es contraproducente. Es más acertado y útil entender el compromiso adquirido y tomar medidas para acatarlo, que denostarlo. Es deseable que las observaciones realizadas en este estudio procuren esa finalidad.