

MEDIDAS EQUIVALENTES A EXPROPIACIÓN EN ARBITRAJES DE INVERSIÓN

Francisco González de Cossío*

I.	INTRODUCCIÓN	1
II.	EXPROPIACIÓN EN EL DERECHO INTERNACIONAL.....	2
III.	EXPROPIACIÓN INDIRECTA	2
IV.	CASOS DE EXPROPIACIÓN INDIRECTA.....	3
A.	EL PUNTO DE PARTIDA TEXTUAL.....	3
B.	PÉRDIDA DE CONTROL	4
C.	EXPROPIACIÓN CONSTRUCTIVA (<i>CREEPING EXPROPRIATION</i>).....	10
D.	INTENCIÓN	12
E.	RESUMEN.....	13
V.	PREOCUPACIONES Y SOLUCIONES PROPUESTAS	14
VI.	COMENTARIO FINAL	19

I. INTRODUCCIÓN

Dentro del universo de protecciones que los tratados de inversión contemplan figura la expropiación y las “medidas equivalentes a expropiación”. Mientras que el primer concepto es claro, el segundo es ambiguo. Mientras que el primero se ha convertido en la excepción, el segundo se ha convertido en la regla. Lo que es más, la existencia de una “expropiación *de facto*” es uno de los temas actualmente más litigados en la arena internacional. Ello ha dado lugar a diversas preocupaciones.

En este estudio realizaré un comentario sobre el derecho internacional de la expropiación (§II), la noción de expropiación *de facto* (§III) y lo que tribunales internacionales han considerado como tal (§IV), un comentario sobre las preocupaciones y soluciones que se han sugerido (§V), para concluir con un comentario final (§VI).

* González de Cossío Abogados, S.C. Profesor de Arbitraje y Derecho Económico, Universidad Iberoamericana. Miembro del Comité de Arbitraje y Solución de Controversias del Artículo 2022 del Tratado de Libre Comercio para América del Norte; miembro de la Barra Mexicana de Abogados; Coordinador del Comité de Arbitraje de la Barra Mexicana de Abogados; Presidente de la Comisión de Competencia Económica del Capítulo Mexicano de la Cámara de Comercio Internacional; miembro activo de la Comisión de Arbitraje del Capítulo Mexicano de la Cámara de Comercio Internacional; representante alterno de México ante la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional; miembro del Instituto Mexicano del Arbitraje; miembro de la *International Arbitration Institute*; miembro de la rama mexicana de la *International Law Association*, y Árbitro de la Corte de Arbitraje Deportivo de Lausanne, Suiza (*Tribunal Arbitral du Sport*). Cualquier observación a este estudio es bienvenida al corero: fgccossio@gdca.com.mx

II. EXPROPIACIÓN EN EL DERECHO INTERNACIONAL

La expropiación no es *per se* ilegal bajo el derecho internacional. Siempre ha quedado fuera de duda que un Estado tiene el poder y el derecho de expropiar bienes de particulares, sean estos nacionales o extranjeros. Sin embargo, para que una expropiación sea lícita en la esfera internacional, deben cumplirse ciertos requisitos. El derecho internacional ha cristalizado los mismos en lo siguiente:

1. Que sea por causa de interés público;
2. Que sea realizada en forma no discriminatoria, de conformidad con el principio de legalidad y debido proceso; y
3. Debe mediar una compensación que sea pronta, adecuada y efectiva.¹

El que los requisitos sean cumplidos no quiere decir que no haya tenido lugar una expropiación, sino que la misma es lícita.

Estos requisitos han encontrado eco en virtualmente todos los tratados de inversión; y México no es excepción. A guisa de ejemplo, puede observarse el artículo 1110 del TLCAN.

El bien jurídico tutelado de los requisitos es claro: eliminar el abuso de poder. Cumplidos dichos requisitos, es difícil pensar que se esté en presencia de abuso de poder en forma general, o sus especies: discriminación, arbitrariedad, mala fe, falta de proporcionalidad, etcétera.

Las expropiaciones formalmente adoptadas (conocidas como expropiación *directa*) han dejado de ser comunes. Es más, pueden calificarse de excepcionales. Lo que ha ganado popularidad son las expropiaciones *indirectas*, también conocidas como “medidas equivalentes a expropiación” o expropiaciones *de facto*. Sin embargo, qué se entiende por las mismas es poco claro —especialmente para abogados de tradición civilista.

III. EXPROPIACIÓN INDIRECTA

Las “medidas equivalentes a expropiación” constituyen un concepto autónomo a la expropiación, aunque se establezcan los mismos requisitos para su licitud.

El alcance del concepto es difícil de discernir, *inter alia*, puesto que adopta una definición de resultado: que tenga los mismos *efectos*. Si bien en un inicio esto fue objeto de diferencias de opinión, la tendencia de los casos así lo ha establecido.²

Existe un comentario sobre nomenclatura que debe hacerse. Con frecuencia los casos y doctrina aluden a las medidas equivalentes a expropiación como “takings”,³ un término de difícil traducción al castellano. El término deriva de la Constitución de Estados Unidos de América que, en su quinta enmienda, establece: “...*nor shall private property be taken for public use without just compensation*”. La judicatura estadounidense ha interpretado dicho concepto en el sentido de incluir, *grosso modo*, dos especies: (1) *takings* posesorios, y (2) *takings* regulatorios. Los primeros

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

² Como quedará en manifiesto de los casos detallados en la sección IV de este estudio.

³ En ocasiones en este estudio tendré 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. Me disculpo por el extranjerismo.

aluden a cualquier tipo de confiscación u ocupación física de la propiedad, mientras que los segundos involucran casos en los que la regulación hace económicamente inviable la utilización de activos. Dicha noción se ha filtrado a la arena internacional mediante el concepto de “medidas equivalentes a expropiación”.⁴

Hoy por hoy, dentro del contexto de estas medidas, la pregunta más importante no versa sobre el cumplimiento de los requisitos, sino la determinación de si la medida ocurrió o no. En forma interesante, no existe una definición clara y total sobre los elementos de la misma. Una noción autoritativa la describe como:

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 con derechos propiedad.⁵

Sin embargo, para el lego, la descripción anterior puede no ser muy orientadora. Por ello, vale la pena ver lo que al respecto han sostenido distintos tribunales.

IV. CASOS DE EXPROPIACIÓN INDIRECTA

A. EL PUNTO DE PARTIDA TEXTUAL

Los casos que han determinado la existencia de una expropiación indirecta se basan en un texto que (substancialmente) contempla lo siguiente: “medidas equivalentes a expropiación” o “*measures tantamount to expropriation*”.⁶

⁴ La aseveración anterior no incluye a los *takings* regulatorios. Si bien no abordaré los mismos en este estudio, haré un doble comentario. Primero, sólo ha habido un caso que ha involucrado la posibilidad que 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. Segundo, por distintos motivos (que no detallaré), si bien es un tema abierto, es cuestionable que los *takings* regulatorios estén amparados por los tratados de inversión.

⁵ UNCTAD Series on issues in international investment agreements, Taking of Property 20 (2000). 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.”.

⁶ Ver, por ejemplo, los artículos siguientes: Artículo 5 del 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 (del 28 de agosto de 1998); Artículo 4 del Acuerdo entre los Estados Unidos Mexicanos y la República Federal de **Alemania** sobre Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones (20 de marzo de 2001); Artículo 5 del Acuerdo entre los Estados Unidos Mexicanos y la República de **Austria** sobre la Promoción y Protección de las Inversiones (23 de marzo de 2001); Artículo 7 del Acuerdo entre los Estados Unidos Mexicanos y la República de **Cuba** para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones (3 de mayo de 2002); Artículo 5 del Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre los Estados Unidos Mexicanos y el Reino de **España** (19 de marzo de 1997); Artículo 5 del 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 (11 de octubre de 2002); Artículo 7 del Acuerdo entre los Estados Unidos Mexicanos y la **Confederación Suiza** para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones (20 de agosto de 1998); Artículo 4 del Acuerdo entre los Estados Unidos Mexicanos y la **República Portuguesa** sobre la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones (8 de enero de 2001); Artículo 5 del Acuerdo entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de la **República Francesa** para la Promoción y Protección Recíprocas de Inversiones (30 de noviembre de 2000); Artículo 5 del Acuerdo entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno del Reino

La amplitud de la redacción ha dado lugar a una diversidad de especies del género expropiación *de facto*. Por ejemplo, pérdida de control (aún sin que medie la pérdida de propiedad); el que los efectos sean iguales a los que se producirían por una expropiación directa: pérdida de los beneficios económicos; el que un conjunto de actos tenga dicho resultado, aunque aisladamente no lo sean; y la regulación expropiatoria. A continuación se abordarán.

B. PÉRDIDA DE CONTROL

Un elemento que a primera impresión podría parecer natural en la definición de “medida equivalente a expropiación” es que involucre la pérdida de la propiedad de la inversión en cuestión. Paradójicamente, los casos internacionales han rebasado dicho requisito. Muchos de los casos ya no requieren que el propietario (el inversionista) demuestre que se le ha despojado de la propiedad de los activos de su inversión. El énfasis se ha centrado en otros parámetros. Uno importante ha sido la pérdida de control. Veamos lo que han dicho al respecto algunos tribunales arbitrales.

En *Revere Copper v. OPIC*⁷ la parte reclamante celebró, a través de su subsidiaria RJA, un contrato con el gobierno de Jamaica en el cual se estipuló una cláusula de estabilización con respecto a impuestos y cargas financieras. En 1974 el gobierno incrementó los impuestos y regalías. Dado que el demandante obtuvo una indemnización bajo un seguro, el asegurador (*Overseas Private Investment Corporation* —OPIC) argumentaba que no existía una merma de control. El Tribunal rechazó el argumento diciendo:

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 la 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.⁸

de **Dinamarca** para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones (30 de noviembre de 2000); Artículo 5 del 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 (30 de noviembre de 2000); Artículo 5 del Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones entre los Estados Unidos Mexicanos y el Reino de los **Países Bajos** (10 de julio de 2000); Artículo 4 del 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, (3 de octubre de 2000); Artículo 5 del Acuerdo entre los Estados Unidos Mexicanos y la República Oriental del **Uruguay** para la Promoción y la Protección Recíprocas de las Inversiones (30 de junio de 1999); Artículo 5 del 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 (24 de noviembre de 1999); Artículo 4 del Acuerdo entre los Estados Unidos Mexicanos y la **República Checa** para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones (4 de abril de 2002); y Artículo 5 del 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 (14 de noviembre de 2000).

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

⁸ El texto exacto es: “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

En *Biloune v. Ghana*⁹ 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 Sr. 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 Sr. Biloune en MDCL...¹⁰

En *Starrett Housing v. Iran*¹¹ el Tribunal de Reclamaciones Irán-E.U. ventiló un caso en el que el inversionista extranjero no había sido expropiado, sino que se le impuso un “administrador temporal” (“*temporary manager*”) a cargo del proyecto. El Tribunal sostuvo que ello era el equivalente de una expropiación ya que:

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, aún y cuando el Estado no haya buscado expropiarlos y la titularidad de los bienes formalmente permanezca con el propietario original.¹²

Al respecto, el Tribunal de Reclamaciones Irán-E.U. consistentemente sostuvo que en el concepto “medidas equivalentes a expropiación de derechos de propiedad”¹³ 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*,¹⁴ que también ventiló la imposición de un “administrador temporal”, el Tribunal sostuvo que ello constituía una medida equivalente a expropiación ya que:

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.' (Páginas 291 a 292 del Laudo.)

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 Las palabras exactas del Tribunal fueron: “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...”. (Página 209 del Laudo.)

¹¹ *Starrett Housing v. Iran*, 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 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.”. (Página 154 del Laudo.)

¹³ Contenido en la Declaración de Algeria. El texto exacto en inglés es “*expropriations or other measures affecting equivalent property rights*”. (En caso de desear conocer los antecedentes, naturaleza e importancia de el Tribunal de Reclamaciones Irán-E.U., puede consultarse González de Cossío, *ARBITRAJE*, Ed. Porrúa, 2004, pgs. 518 *et seq.*)

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

Una privación o toma de derechos de propiedad puede tener lugar bajo derecho internacional mediante la interferencia por un Estado en la utilización de dichos activos o con el goce de los beneficios, aún cuando la titularidad de los activos no se vea afectada.¹⁵

En *Goetz v. Burundi*¹⁶ el Estado anfitrión revocó el “*free zone status*” del inversionista, sin que existiera una transferencia de titularidad de activos. El Tribunal, sosteniendo que ello constituía una medida equivalente a expropiación, explicó:

Dado que ... la revocación por el Ministro de Industria y Comercio del permiso (*free zone certificate*) forzó a que detuvieran todas las actividades ... que privaron a sus inversiones de toda utilidad y mermaron a los inversionistas demandantes de los beneficios que pudieron haber esperado de sus inversiones, la decisión en controversia puede ser calificada de una “medida con un efecto similar” a una medida que priva o restringe derechos de propiedad de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 4 del Tratado de Inversión.¹⁷

En *Metalclad v. México*¹⁸ se ventiló un rechazo por las autoridades municipales de un permiso de construcción seguido de un decreto ecológico que declaraba que el terreno en donde se ubicada la inversión se convertía en una reserva ecológica. El Tribunal, caracterizando dichos actos como una expropiación indirecta, explicó:

103. Por ende, expropiación bajo el TLCAN incluye no solo las tomas (*takings*) de propiedad flagrantes, deliberadas y reconocidas, como lo es el embargo directo o transferencia formal 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 beneficios económicos razonablemente esperados de los bienes, aún si no es necesariamente en beneficio evidente del Estado Anfitrión.¹⁹

En *S.D. Myers v. Canada*²⁰ se ventiló una prohibición de exportación establecida por Canadá sobre desechos hacia Estados Unidos. El Tribunal, rechazando que dichos actos constituyeran una expropiación,²¹ explicó que:²²

¹⁵ En las palabras del Tribunal: “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.” (Página 225 del Laudo.)

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

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 from 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 of the Investment Treaty.”. (Párrafo 124.)

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

¹⁹ “103. 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”. Este párrafo fue citado en el párrafo 606 de *CME v. The Czech Republic*, Laudo Parcial del 13 de septiembre de 2001.

²⁰ *S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada*, Laudo Parcial del 12 de noviembre de 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 del laudo).

²² Puede interesar saber que el Tribunal sostuvo la existencia de una violación al deber de trato justo y equitativo bajo el artículo 1105 del TLCAN.

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.²³

En *CME v. Czech Republic*²⁴ el acto reclamado consistió en una interferencia en derechos contractuales por una autoridad reguladora (el *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 había cambiado su postura inicial y forzado al inversionista a aceptar modificaciones al contrato que resultaron en una pérdida de seguridad jurídica, resultando en una violación al tratado de inversión entre la República Checa y los Países Bajos.²⁵ En forma relevante, el Tribunal explicó que:

La postura del Demandado 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 Licenciario original y ha permanecido intacta, es irrelevante. Lo que fue afectado, y de hecho destrozado, fue la inversión del Demandante y de su predecesor, como está protegida en el Tratado. Lo que fue destruido fue el valor comercial de la inversión ... en razón de la coerción ejercida por el Consejo...²⁶

En forma relevante, con respecto a expropiaciones indirectas o *de facto*, el Tribunal explicó que:

La reclamación de expropiación se mantiene no obstante el hecho 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 bajo derecho internacional...²⁷

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 de 2001.

²⁵ El precepto específico fue el artículo 5 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 del Laudo.)

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 del Laudo.)

En *Lauder v. The Czech Republic*²⁸ el Tribunal describió a 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 son susceptibles a dar lugar a una expropiación indirecta, y cada caso es por ello decidido en base a sus circunstancias particulares.²⁹

En *Middle East Cement v. Egypt*³⁰ el acto reclamado consistió en la revocación de una *free zone license* mediante la prohibición de importación de cemento. El Tribunal consideró que ello mermó los derechos de uso y goce de la inversión no obstante que la propiedad formal se mantenía a favor del inversionista. El Tribunal explicó que:

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 aquí, por lo que, en opinión del Tribunal, dicha medida constituye una expropiación dentro del significado del artículo 4 del tratado de inversión y, por ende, el Demandado está obligado a pagar una indemnización por ello.³¹

En *Tecmed v. México*³² el acto reclamado fue la revocación de una licencia de operación. Sosteniendo que ello constituía una medida equivalente a una expropiación, el Tribunal explicó que:

114. 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 derechos o bienes, pero que en los hechos operan tal privación. (...)

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

³⁰ *Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A. v. Arab Republic of Egypt*, Laudo del 12 de abril de 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 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 Art. 4 of the BIT and that, accordingly, Respondent is liable to pay compensation therefor.”. (Párrafo 107 del Laudo.)

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

*Tokios Tokelés v. Ukraine*³³ involucró actos de autoridades del gobierno de Ucrania consistentes en investigaciones de los negocios del reclamante, litigios que la reclamante sostenía que tenían como propósito invalidar los contratos, y falsas acusaciones de conducta ilícita por parte del demandante. Al respecto, el Tribunal explicó:

Las obligaciones de 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 los “takings de propiedad” incluyendo no sólo las transferencias de propiedad, sino también cualquier interferencia no 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-E.U. determinó que “una privación o *taking* de bienes puede ocurrir bajo derecho internacional mediante la interferencia por un Estado con el uso de dichos bienes o con el goce de sus beneficios.”³⁴

En *Waste Management v. México*³⁵ se ventiló la negativa por la Ciudad de Acapulco a pagar cantidades debidas bajo una concesión. Sosteniendo que ello no constituía una medida equivalente a una expropiación, el Tribunal hizo la siguiente aseveración:

143. 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 aún una toma de propiedad. En forma contraria, cuando una medida equivalente a expropiación es reclamada, puede no existir 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 irrelevante.³⁶

En *Occidental v. Ecuador*³⁷ se reclamó la existencia de una práctica inconsistente por parte del gobierno de Ecuador en relación con la devolución de impuestos al valor agregado. El Tribunal sostuvo que no existía una medida equivalente a expropiación puesto que no existió una merma del uso y recepción de beneficios de la inversión. Al respecto el Tribunal realizó la siguiente explicación:

85. 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

³³ *Tokios Tokelés v. Ukraine*, Decisión sobre Jurisdicción, 29 de abril de 2004.

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 Iran-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 del Laudo.)

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

³⁶ “143. 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 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 del Laudo.)

³⁷ *Occidental Exploration and Production Co. v. Ecuador*, Laudo del 1º de julio de 2004.

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.³⁸

C. 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”.³⁹ Es interesante ver lo que los casos han dicho al respecto.

En *Tradex v. Albania*,⁴⁰ el reclamante sostenía que los siguientes actos resultaron en 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 una expropiación, explicó que:

191. Mientras que ninguna de las decisiones o eventos aislados que Tradex sostiene que constituyen una expropiación puede en verdad ser 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.⁴¹

En el caso *Santa Elena*⁴² el Tribunal hizo la siguiente aseveración:

...el periodo 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 pueda decirse que el propietario ha en verdad perdido los atributos de la propiedad. Es claro, sin embargo, que una medida o serie de medidas puede eventualmente llegar a constituirse en un *taking* aunque los pasos individuales en el proceso no lo sean ni transfieran titularidad.⁴³

³⁸ “85. 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 del Laudo.)

³⁹ Dado que el término de arte “*creeping expropriation*” es de difícil traducción al español, procuraré aludirlo como “expropiación constructiva”. Sin embargo, en ocasiones me veré obligado a hacer referencia al mismo utilizando el término de arte en inglés, particularmente cuando los casos así hagan referencia al mismo. Me disculpo por el extranjerismo.

⁴⁰ *Tradex Hellas SA v. Republic of Albania*, Laudo del 29 de abril de 1999.

⁴¹ “191. 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 del Laudo.)

⁴² *Compañía del Desarrollo de Santa Elena, S.A. v. Republic of Costa Rica*, Laudo del 17 de febrero de 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 individual steps in the process do not formally purport to amount to a taking or to a transfer of title.”. (Párrafo 76 de Laudo.)

En *Waste Management I*,⁴⁴ el árbitro disidente realizó la siguiente explicación:

...una expropiación constructiva (*creeping*) se compone de un número de elementos, ninguno de los cuáles 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...⁴⁵

En *Tecmed v. México*⁴⁶ el Tribunal explicó que:

No necesariamente una expropiación de esta naturaleza tiene que manifestarse de forma gradual o creciente —en ese sentido el termino *creeping* alude a un solo tipo de expropiación indirecta— y puede manifestarse a través de un solo y único acto, o a través de actos muy próximos en el tiempo o simultáneos. Por ese motivo, deben diferenciarse 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 sólo permitirá concluir si alguna de tales formas se encuentra o no presente.⁴⁷

El caso *Phillips Petroleum v. Iran*⁴⁸ del Tribunal de Reclamaciones Irán-E.U. 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*. El Tribunal sostuvo que:

100. La conclusión que el Demandante fue privado de sus propiedades mediante conducta atribuible a el 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 de ya sea el 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.⁴⁹

⁴⁴ *Waste Management, Inc. v. The United Mexican States*, Laudo del 2 de junio de 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 *Tecnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. The United Mexican States*, Laudo del 29 de mayo de 2003.

⁴⁷ Párrafo 114 del Laudo.

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

⁴⁹ “100. 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, 101 del Laudo.)

En *Generation Ukraine v. Ukraine*⁵⁰ se atacó la negativa por las autoridades de la ciudad de Kyiv de emitir los contratos de arrendamiento relacionados con la construcción de un proyecto de oficinas, que el reclamante sostenía que constituían la culminación de una serie de actos constituían una expropiación constructiva. El Tribunal razonó que:

20.22 La expropiación *creeping* es una forma de expropiación indirecta con una calidad temporalmente distintiva en el sentido de que encapsulan la situación en la cual una serie de actos atribuibles a un Estado *durante un periodo de tiempo* culminen en la transferencia por expropiación de dichos bienes.⁵¹

Como puede observarse, *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 una determinación de una expropiación *de facto*, su combinación puede ser calificada como tal.

D. INTENCIÓN

Un aspecto que ha motivado comentario es la intención de las autoridades. Es decir, si, como parte del análisis de determinación de la expropiación, debe considerarse la intención expropiatoria (o falta de) por las autoridades que realizan los actos impugnados.

Existe un cuerpo importante de casos que abordan el problema y su (casi unánime) conclusión es que dicho elemento no es relevante. Como ejemplo de los mismos citaré solo algunos. En *Tippetts*⁵² 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 interferencia son menos importantes que la realidad de su impacto.⁵³

En *Metalclad v. México*⁵⁴ se explica que:

111. El Tribunal no tiene que decidir o considerar los motivos o intención de la adopción del Decreto Ecológico.⁵⁵

En *Tecmed v. México*⁵⁶ se continúa con el mismo razonamiento, a saber:

“... 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

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

⁵¹ “20.22 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.”. (Énfasis en original.)

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

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.”. Páginas 225 y 26 del Laudo.)

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

⁵⁵ “111. The Tribunal need not decide or consider the motivation or intent of the adoption of the Ecological Decree.”. (Párrafo 111 del Laudo.)

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

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. ...”⁵⁷

En el famoso caso *Chorzów Factory* se refleja el mismo razonamiento:⁵⁸

Los casos de reclamaciones de *Norwegian Claims* y *German Interests in Polish 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, mediante sus actos, hacerlos tan inservibles que se entenderá que los ha expropiado.⁵⁹

En forma similar, en *Biloune v. Ghana*⁶⁰ se razonó que:

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.⁶¹

La *ratio decidendi* de dicha postura es doble. En primer lugar, la determinación de intención puede ser un ejercicio fútil o imposible en órganos gubernamentales. En segundo, se distrae el aspecto medular: el impacto de la medida.

E. RESUMEN

Como puede apreciarse, la práctica y razonamiento de los tribunales internacionales muestra que un Estado anfitrión de inversión extranjera puede efectuar una medida expropiatoria en formas distintas a la emisión de un decreto formalmente expropiatorio. Ello 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. A su vez, el resultado puede producirse mediante una multitud de medidas, y no solo una aislada (considerándose entonces 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 *valor económico* de una inversión

⁵⁷ Párrafo 116 del Laudo.

⁵⁸ *Factory at Chorzów (Germany v. Poland)*, Sentencia del 15 de mayo de 1926.

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 del Laudo.)

extranjera, sin que sea necesaria la existencia de una *apropiación física* de activos.⁶² Ello puede tener lugar 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 revestidas de medios legítimos, lo cual dificulta la determinación de su existencia. Como se demostró, el criterio diferenciador será el *efecto* de la medida, no la *forma* de la misma. Y la “medida” puede consistir en un hacer o no hacer. La sanción (responsabilidad y reparación) no dependerá de que se trate de expropiación directa o indirecta.

V. PREOCUPACIONES Y SOLUCIONES PROPUESTAS

Lo abstracto del término “medidas equivalentes a expropiación” ha generado preocupaciones, que se han magnificado por los intereses en juego. A su vez, ello ha motivado sugerencias. Por ejemplo, se ha recomendado definir y limitar el alcance del concepto.

Considero que muchas de las sugerencias parten de un entendimiento equivocado tanto del tipo de norma de que se trata, como los antecedentes históricos y políticos de la rama. En mi opinión, los motivos por los cuales las disciplinas contenidas en los tratados de inversión han levantado cejas obedecen a que se trata de una especie de reglamentación con la que los abogados civilistas no estamos tan acostumbrados. Sin embargo, si se entienden los antecedentes y objetivos de la rama, se verá porqué el *statu quo*, si bien no carente de focos rojos, no es una mala opción. Me explicaré.

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

No todas las normas jurídicas son iguales. Existen diversas maneras de regular. Una distinción obedece a la reglamentación vía regla y la reglamentación 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,⁶³ un estándar 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 las hará *in casu* un mejor instrumento que el otro.

Los abogados civilistas estamos familiarizados con las normas vía regla. Crecimos con ellas. Estamos acostumbrados a pensar en base a ellas, y nos parecen adecuadas en la medida en que logran un objetivo que en la tradición jurídica civilista se ha erigido como uno de los objetivos más elementales e importantes del derecho: la certeza. (Lo que en el argot constitucional denominamos la seguridad jurídica.)

La regulación vía estándar es típica del derecho consuetudinario. La misma es común y adecuada en dicha tradición jurídica en la medida en que se concibe al juez como un gran

⁶² Ian Brownlie, PRINCIPLES OF PUBLIC INTERNATIONAL LAW, Oxford University Press, Fifth Edition, 1998, pg. 534.

⁶³ Lo que conocemos como el principio de causalidad.

hombre, en cuyo sentido de la lógica y de la justicia se confía para llegar a soluciones apropiadas a problemas determinados tomando en cuenta todas las circunstancias del caso. Es por ello que una reglamentación vía estándar —que exige que aplique su juicio, su intuición,⁶⁴ 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.⁶⁵

Para ilustrar la anterior explicación, pondré un ejemplo: la responsabilidad civil extra-contractual por daño. El derecho estadounidense establece responsabilidad civil extra-contractual (*tort*) cuando una persona no se comporte como un “hombre razonable”.⁶⁶ A diferencia de ello, en derecho mexicano, la responsabilidad civil extra-contractual por daño surge de la comisión de un ilícito civil.⁶⁷ Como puede verse, mientras que el primero es un estándar, el segundo es una regla. Para entablar responsabilidad bajo el primero es necesario cotejar la conducta específica, a la luz de las circunstancias, a un umbral abstracto (razonabilidad) para arribar a una determinación de incumplimiento (y por ende responsabilidad). En el segundo es necesario encontrar porqué un requisito específico exigido por una norma no ha sido observado.⁶⁸

Existen diferentes razones por las cuales se puede optar por un estándar en lugar de una regla. Uno puede ser los costos de legislación. Como indica el Juez Richard Posner,⁶⁹ en ocasiones la creación de una ley debe ser ambigua puesto que es más fácil ponerse de acuerdo en

⁶⁴ Los estándares tienden a ser intuitivos mientras que las reglas tienden a ser arbitrarias, ya que en su implementación el legislador está prefiriendo 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 “persona de prudencia normal” (*person of ordinary prudence*). 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 los Estados Unidos de América. (Dan B. Dobbs, Robert E. Keeton, David G. Owen, PROSSER AND KEETON ON TORTS, West Publishing Co., Fifth Edition, 1984, pgs. 173 *et seq.*)

⁶⁷ Artículos 1910 a 1934 del Código Civil Federal. 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 me adentraré en ello por ser innecesario para los fines de este estudio.

⁶⁸ Admito 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 habla del deber de ejercer la prudencia, diligencia, previsión y cuidados debidos, mismos que dependen de las circunstancias particulares (ver, por ejemplo, Henri, León y Jean Mazeaud, LECCIONES DE DERECHO CIVIL, Parte Segunda, Vol. II, LA RESPONSABILIDAD CIVIL. LOS CUASICONTRATOS, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, pgs. 1 a 14; a su vez, Marcelo Planol y Jorge Ripert, TRATADO PRÁCTICO DE DERECHO CIVIL FRANCÉS. OBLIGACIONES, Tomo Primero, pgs. 664 a 713). Estos últimos dicen al respecto “...*el deber de previsión y los cuidados que incumben a cada individuo son variables según las circunstancias, y estas varían ...*” (Planol y Ripert, pg. 708). A su vez, la determinación de la existencia de un ilícito puede involucrar una apreciación subjetiva: qué es una “buena costumbre”. Considero que, no obstante lo señalado, el ejemplo es ilustrativo.

⁶⁹ Richard A. Posner, ECONOMIC ANALYSIS OF LAW, Aspen Law & Business, Fifth Edition, pgs. 590 a 595.

menos detalle, dejando que los temas difíciles sean resueltos en el futuro por 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 que sobre una norma particular.⁷⁰

Pero toda opción significa una renuncia. Y esta rama no es una excepción. Es necesario examinar lo que significa haber optado por la reglamentación vía estándar antes de propugnar por su cambio.

En primer lugar, analicemos los costos de ejecución. Una regla es más fácil de hacer ejecutar. Un estándar más difícil. Al establecer una regla, una norma de conducta precisa, al aplicador de derecho (sea juez o árbitro) le es fácil aplicarla —tan sólo tiene que verificar que se cumplan las circunstancias específicas.⁷¹ En forma contraria, si se estableciera 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”.⁷² 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 o sobre- o sub-óptima. Dicho de otra manera, eliminando costos de implementación, el estándar es una forma más perfecta de legislar. Entendido esto 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.

En segundo lugar, la vigencia. Una regla específica se hace obsoleta más rápido que un estándar general. Podría argumentarse 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.⁷³

En tercer lugar, 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 dichos costos no pueden ser eliminados mediante reglas precisas, ello puede facilitar su implementación.

En cuarto lugar, la observancia. Esta categoría amerita cuatro comentarios: (1) es más fácil observar una regla que un estándar; (2) brinda más certeza la observancia de una regla que un estándar; (3) la reglamentación vía estándar es más proclive a lograr los fines últimos de la norma; y (4) con los estándares, la determinación de cumplimiento tiende a ser el resultado de una determinación *ex post facto*.

Sobre la *facilidad*, la regulación vía estándar tiende a imponer más costos de observancia al requerir más información en su aplicación. De preferirse facilidad, la norma vía regla será la

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.

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, pg. 592.)

⁷² Por ejemplo, si se trata de una carretera o una zona escolar, el clima, la hora, el tipo de vehículo, el estado del conductor, las condiciones de la carretera, etcétera.

⁷³ Una pregunta al lector es relevante: cuando un juzgador utiliza una interpretación teleológica para reducir o ampliar el ámbito en la norma, o integra lagunas, ¿no estará proyectando la regla como un estándar?

herramienta adecuada.⁷⁴ Además, dará certeza.⁷⁵ Sin embargo, la regla implica un costo de logro final de la ley puesto que, al legislar vía regla, se da preferencia a la *certeza de los medios* que a la *rectitud del resultado final* (el cual es casuista).⁷⁶ Es decir, se intercambia la *probabilidad del logro del fin último de la ley* por la *seguridad en el cumplimiento* de la misma.⁷⁷

Sin embargo, debe tenerse 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 sobre-regule para que el riesgo señalado no acontezca. Dicha (voluminosa) regulación hace más oneroso el cumplimiento de la norma y reduce el cumplimiento voluntario (por los altos costos de información). Ello 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, más probable es que se adopte conducta estratégica que burle sus objetivos. Es cierto que el problema no carece de solución: que la regla sea amplia.⁷⁸ Pero entre más amplia sea, más se parecerá a un estándar. Existe aún otra solución: establecer excepciones. Sin embargo, la combinación de una regla con sus excepciones puede ser muy parecida (en términos prácticos) a un estándar, especialmente si el número de excepciones se incrementan con la finalidad de hacer que la regla rígida se adecue a la cambiante realidad.

De todo lo anterior puede verse que la (seudo)claridad que se gana con una regla puede ser engañosa.

Por el contrario, existen ciertos aspectos (ventajas) que pueden hacer conveniente la utilización de estándares. Uno es que es más apto para equilibrar consideraciones o intereses que compitan entre sí.⁷⁹ Es cierto que el establecimiento de reglas puede lograr también un equilibrio mediante la adopción de una regla general con excepciones bien diseñadas, de tal

⁷⁴ Estas observaciones aplican en tres niveles: a nivel *particulares* (al guiarlos en forma específica sobre la forma en que deben de conducirse); a nivel *particulares en una controversia* (al establecer lineamientos claros que ofrezcan predecibilidad sobre cuál sería el resultado de la controversia); y a nivel *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, ello explica el razonamiento económico detrás del principio *nullum crimen sine lege, nullum poena sine lege*. Las normas penales son “onerosas”, lo cual motiva que se exija la reglamentación vía regla (y no estándar). De lo contrario, una transferencia de poder del legislador al juzgador tendría lugar. (Sabemos que en nuestro sistema jurídico esto está contenido en el artículo 14 constitucional.)

⁷⁶ Es cierto que los medios por lo general procurarán el objetivo final de la ley, pero no siempre será el caso; máxime que, entre más reglas detalladas existan, más se invitará a adoptar conducta estratégica que —cumpliendo con los medios— burle los fines.

⁷⁷ Un ejemplo es el derecho fiscal. Entre más detalladas son las normas, más lugar dan para estructurar conducta de tal forma que, cumpliendo con la regla específica, el fin último se vea obviado. Esto es el origen de la “elusión”.

⁷⁸ Además de la institución del fraude a la ley (artículo 15.I del Código Civil Federal).

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

forma que se acople a la realidad cambiante. Sin embargo, ello daría lugar a negociaciones frecuentes, lo cual reduciría aún más certeza y probablemente supeditaría el Estado de Derecho a los intereses en turno.

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”).⁸⁰ En resumen, el debate ha consistido en el interés de los países ricos en incrementar el nivel de protección de sus inversionistas e inversiones, por un lado, y el interés de los países en vías de desarrollo de hacer prosperar la noción de soberanía territorial.⁸¹ Ante lo anterior, y lo exacerbada de la controversia, una solución es contemplar normas genéricas (estándares) con los cuales ambas partes puedan estar de acuerdo.⁸²

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

Y es de entenderse. 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— es natural que, una vez en marcha, el mecanismo preocupe a las autoridades a quien va dirigido. Después de todo, han cambiado el *statu quo ante*: el arbitraje de inversión está haciendo responsables a autoridades por conducta que en forma pretérita (con frecuencia) quedaba impune. Y a nadie le gusta que lo hagan responsable.

Pero no todo merece 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 al arbitraje y a árbitros privados, también se les ha delegado una responsabilidad social importante. En su cumplimiento, deben ser conservadores. En mi opinión, un árbitro en un arbitraje de inversión debe entender que el asunto es distinto a un arbitraje comercial. Una de las partes en juego es un ente soberano, y en la litis se ventilarán intereses públicos. Este cometido *genérico* de ser conservador puede implementarse con tres pasos *específicos*: (1) elevar el nivel de prueba que debe cumplir un inversionista que desee hacer responsable a un Estado;⁸³ (2) errar del lado de seguridad; y (3) motivar cuidadosamente los laudos.

⁸⁰ Es cierto que hoy en día dicha calificación se ha hecho borrosa 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 Francisco González de Cossío, ARBITRAJE, Ed. Porrúa, 2004, pgs. 458 a 465.

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.

⁸³ Existen dos niveles de prueba generales: el de **contundencia** (conocido como “*beyond a reasonable doubt*”) utilizado primordialmente en material penal, y **preponderancia** (“*by the preponderance of the evidence*”), que es generalmente utilizado en asuntos civiles y mercantiles. Sugiero que en esta área se adopte un estándar que ha sido confeccionado en otros foros arbitrales, y que, dado los intereses en juego, ha demostrado ser útil: “*comfortable satisfaction*”. Dicho estándar de prueba es intermedio entre los dos mencionados. Es decir, requiere más nivel de prueba que un asunto civil normal, 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 abundar sobre ello, puede consultarse ARBITRAJE EN MATERIA DEPORTIVA, González de Cossío, junio de 2005.)

No es que piense que actos públicos arbitrarios deban ser solapados, sino que no debe estarse predispuesto a entablar responsabilidad —pues es algo serio. Si bien todo actor tiene la carga de la prueba, un árbitro debe estar especialmente satisfecho que la misma ha sido satisfecha antes de llegar a una determinación adversa a un Estado. Y de ser el caso, los motivos por los cuales se ha determinado que existe responsabilidad deben ser claramente detallados en el laudo. Ello es importante siempre, pero más en este caso pues la necesidad de encontrar qué (y quién) fue el detonador de responsabilidad debe quedar en manifiesto para facilitar los procesos internos de asimilación.

VI. CONCLUSIÓN/COMENTARIO FINAL

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

1. La adopción por la Comisión de Derecho Internacional de los Artículos sobre Responsabilidad Internacional del Estado por Hechos Ilícitos;⁸⁴
2. La adopción de la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado;⁸⁵
3. 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.⁸⁶

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 me he centrado en una de las disciplinas más abstractas y conflictivas del derecho internacional de las inversiones extranjeras.⁸⁷

⁸⁴ El 9 de agosto de 2001 la Comisión de Derecho Internacional (*International Law Commission*) aprobó el proyecto de Artículos sobre Responsabilidad Internacional del Estado por Hechos Ilícitos (*Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*). Dicho evento concluyó una labor que comenzó hace casi 40 años y constituye una de las más importantes aportaciones a la codificación y desarrollo progresivo de una de las áreas más importantes del derecho internacional. No abundaré sobre el contenido de los mismos, sólo mencionaré que aborda la totalidad del régimen de la responsabilidad internacional del Estado. Es difícil exagerar su importancia. Marcan un hito en el desarrollo de esta área y son de utilidad en el contexto de un arbitraje de inversión. Así lo han ya reconocido casos (por ejemplo, dicho instrumento fue utilizado en el caso *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. United Mexican States* (Caso No. ARB(AF)/00/2.)

⁸⁵ Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 31 de diciembre de 2004 y que entró en vigor el 1º de enero de 2005.

⁸⁶ Hoy por hoy, México es parte de más de 20 tratados que contienen disciplinas en materia de protección a las inversiones extranjeras.

⁸⁷ La disciplina de expropiaciones *de facto* 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 TLCAN 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. En mi opinión, criticar la misma —en la forma que se ha hecho— es contraproducente. Considero que es más acertado y útil entender el compromiso adquirido y tomar medidas para acatarlo, que denostarlo. Es mi deseo que las observaciones realizadas en este estudio procuren dicha finalidad.