

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

Conferencia en Lima, Perú, 9 a 12 de abril de 2007

Francisco González de Cossío\*

I.	INTRODUCCIÓN.....	2
II.	CASOS.....	4
	1. Pérdida de control.....	4
	2. Expulsión de funcionario clave .....	5
	3. Interferencia con negocios.....	5
	4. Destrucción de expectativas .....	6
	5. Cancelación de negocios .....	6
	6. Interferencia Contractual .....	7
	7. Pérdida importante de valor.....	7
	8. Práctica estatal inconsistente .....	7
III.	ASPECTOS INTERESANTES .....	7
	A. Transfencia de propiedad innecesaria.....	8
	B. La Intención es irrelevante .....	9
	C. Creeping expropriation .....	10
IV.	COMENTARIOS FINALES .....	11

---

\* Árbitro en casos nacionales e internacionales. Fundador de González de Cossío Abogados, S.C. ([www.gdca.com.mx](http://www.gdca.com.mx)) Profesor de Arbitraje y Derecho Económico (incluyendo Mercantil y Competencia Económica), Universidad Iberoamericana, Ciudad de México. Autor de *Arbitraje* (Porrúa, 2004), *Arbitraje Deportivo* (Porrúa, 2005), *Competencia Económica* (Porrúa, 2006) y *Arbitraje y la Judicatura* (Porrúa, 2007). Miembro del Comité de Arbitraje y Solución de Controversias del Artículo 2022 del Tratado de Libre Comercio para América del Norte; miembro, Consejero y Tesorero 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 *International Arbitration Institute*; miembro de la rama mexicana de la *International Law Association*; Director General del Instituto Mexicano de Arbitraje; y Árbitro de la Corte de Arbitraje Deportivo de Lausanne, Suiza (*Tribunal Arbitral du Sport*). Observaciones bienvenidas a [fgcossio@gdca.com.mx](mailto:fgcossio@gdca.com.mx).

## I. INTRODUCCIÓN

El concepto “medidas equivalentes a expropiación” o (“measures tantamount to expropriation” en inglés) se ha convertido en una de las causales de reclamación más socorridas de la red de más de 2000 tratados de inversión.

Junto con “estándar mínimo de trato” la mayoría de las reclamaciones enderezadas bajo los tratados de inversión en contra de una medida gubernamental involucran la violación al deber de no llevar a cabo medidas equivalentes a expropiación.

Paradójicamente, este ampliamente utilizado concepto carece de una definición precisa. Y los casos que han tanto *encontrado* o *rechazado* la existencia de una violación distan de proporcionar una noción única que encapsule un análisis racional que distinga las situaciones donde existe y donde no.

¿Significa esto que las medidas equivalentes a expropiación son como la belleza, en que están en los ojos de quien la observa?

¿Significa esto que las medidas equivalentes a expropiación son como el arte moderno en que uno puede observarlas durante horas y estar inseguro de si es o no es?

Deseo dejarle esta pregunta al público pues al ponderar una respuesta se percatará de colosal tarea ante la cual se encuentran los árbitros internacionales cuando actúan en casos en los que se arguye la reclamación.

Pero aún más frecuentemente que árbitros, a los practicantes privados están siendo consultados para valorar si determinadas situaciones y medidas gubernamentales caen en el supuesto. Y de nuevo, uno añora una regla que provea claridad.

Una situación que magnifica su complejidad —o posiblemente provea de claridad— que debe ser tenida en mente es que, al definir el concepto, debe de encontrarse un justo medio entre dos intereses que compiten y que son tan complejos como delicados:

- a) Por un lado, el interés de los Estados de efectivamente abordar los temas locales —que con frecuencia son delicados.
- b) Por el otro lado, los intereses de inversionistas de que sus derechos de propiedad sean respetados.

Para proveer orientación sobre el concepto brevemente trataré:

1. Los casos en los que una MEE ha sido encontrada; y
2. Algunas cuestiones interesantes (y posiblemente sorprendentes) del derecho que a la fecha han generado los casos.

Antes de ello, es conveniente hacer un breve comentario del derecho internacional de la expropiación. La razón es sencilla: la legalidad de una “medida equivalente a expropiación” está basada en el derecho de **expropiación**.

Desde hace mucho se admite que la expropiación es lícita siempre que se cumplan ciertas condiciones, a saber;

- i) Utilidad Pública
- ii) En forma no discriminatoria
- iii) Debido proceso y trato mínimo
- iv) Mediante Compensación

#### DIFERENCIAS EN EL TIPO DE LITIGIO

Aunque existen similitudes, el tipo de litigio en casos de expropiación directa e indirecta es distinto. Distinguirlos es útil. Mientras que la expropiación *directa* se centra en si los requisitos fueron cumplidos, la un escenario de expropiación *indirecta* al litis se centra en si la expropiación siguiera ocurrió.

#### EL PUNTO DE PARTIDA TEXTUAL

El concepto de MEEs está dentro del derecho de expropiación. El punto de partida textual generalmente involucra una disposición que contiene lo siguiente:

— “Measures tantamount to expropriation”

— “Takings”

Por ejemplo, el artículo 1110 del TLCAN dice:

“No party may directly or indirectly nationalize or expropriate an investment of an investor of another Party in its territory or take a measure tantamount to nationalization or expropriation of such an investment ...”

**“Medida”:** incluye cualquier ley, reglamento, procedimiento, requisito o práctica<sup>1</sup>

**“Equivalente”:** similar, sea en valor, fuerza o efecto

**“Expropiación”:** si bien diferentes derechos lo definen con matices distintos, existe un común denominador: la privación de activos por un gobierno. El fundamento de la facultad es la propiedad originaria del Estado.

---

<sup>1</sup> Artículo 201 del Tratado de Libre Comercio Para América del Norte (“TLCAN”).

No obstante que “expropiación” y “nacionalización” son conceptos bien conocidos tanto en los medios legales internacionales y locales, no existen lineamientos sobre los que es una medida equivalente a la misma. La UNCTAD ha explicado el concepto de la siguiente manera:

No es la invasión física de los bienes —que caracteriza a la nacionalización o expropiación— lo que ha tomado importancia, sino la **erosión de derechos** asociada con los derechos derivados de la propiedad, derivados de **interferencias gubernamentales**.

[“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**.”]

Pero “erosión de derechos” generado por interferencias gubernamentales es una de esas explicaciones que es ilustrativa una vez que se cuenta con conocimiento previo del tema. Por ende, resulta de utilidad echar un vistazo sobre lo que han resuelto casos que lo han ventilado.

## II. CASOS

Los casos que han encontrado la existencia de una medida equivalente a expropiación pueden ser catalogados bajo las siguientes situaciones:

1. Pérdida de control
2. Expulsión de funcionario clave
3. Interferencia con negocios
4. Destrucción de expectativas
5. Práctica estatal inconsistente
6. Cancelación de operaciones de negocios
7. Interferencia Contractual
8. Pérdida importante de valor

Abordaré cada uno.

### 1. Pérdida de control

La pérdida de control fue suficiente para anclar una determinación de expropiación en *Revere Copper v. OPIC*:<sup>2</sup>

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

<sup>2</sup> *In the Matter of Revere Copper and Brass Inc. v. Overseas Private Investment Corporation*. Award of 24 August 1978.

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.'".

## 2. Expulsión de funcionario clave

En *Biloune v. Ghana*<sup>3</sup> el Tribunal Arbitral consideró que:

"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..."

## 3. Interferencia con negocios

En *Starrett Housing v. Iran*<sup>4</sup> se mencionó que

"... 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."

En *Tippetts*,<sup>5</sup> un caso influyente de el Tribunal de Reclamaciones Irán-E.U., se estableció que:

"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."

En *Tokios Tokelés v. Ukraine*<sup>6</sup> se razonó que:

"States' obligations with respect to "property" and "the use of property" are well established in international law. ... "taking of property" to include[s] "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

<sup>3</sup> *Biloune and Marine Drive Complex Ltd. v. Ghana Investments Centre and the Government of Ghana*. Award on Jurisdiction and Liability of 27 October 1989.

<sup>4</sup> *Starrett Housing v. Iran*. Award of 19 December 1983.

<sup>5</sup> *Tippetts, Abbott, McCarthy, Stratton v. TAMS-AFFA Consulting Engineers of Iran*. Award of 22 June 1984.

<sup>6</sup> *Tokios Tokelés v. Ukraine*. Decision on Jurisdiction, 29 April 2004.

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. ... 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.”

#### 4. Destrucción de expectativas

*Goetz v. Burundi*<sup>7</sup> es ilustrativo en que:

“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.”

*Metalclad v. México*<sup>8</sup> también consideró esta situación, al mencionar que:

“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”

#### 5. Cancelación de negocios

En *Tecmed v. México*,<sup>9</sup> que involucró la negativa a renovar una licencia de operación de un confinamiento de residuos peligroso, detalla que:

“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 si mismos el objetivo de privar al sujeto pasivo de sus derechos o bienes, pero que en los hechos operan tal privación. (...)”

<sup>7</sup> *Goetz and Others v. Republic of Burundi*. Award of 2 September 1998.

<sup>8</sup> *Metalclad Corp. v. United Mexican States*. Para. 103, Award of September 2, 2000.

<sup>9</sup> *Tecnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. The United Mexican States*, para. 114, Award of 29 May 2003.

## 6. Interferencia Contractual

En *CME v. Czech Republic*<sup>10</sup>

“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...”

## 7. Pérdida importante de valor

In *Occidental v. Ecuador*<sup>11</sup>

“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.”

## 8. Práctica estatal inconsistente

En *Metalclad v. México*<sup>12</sup> el Tribunal tomó en cuenta en su análisis las expectativas que se le habían generado al inversionista, mismas que fueron subsecuentemente contrariadas por actos y omisiones de autoridades.

### III. ASPECTOS INTERESANTES

Algunos aspectos del análisis seguido por los casos merece ser subrayado. Particularmente tres:

- a) Lo innecesario de la existencia de una transferencia o pérdida de la propiedad sobre la inversión;
- b) La innecesaria necesidad de tomar en cuenta la intención de las autoridades; y
- c) El (atractivo, mas misterioso) tema de “creeping expropriation”.

Abordaré por separado lo que los tribunales arbitrales han dicho sobre cada tema.

---

<sup>10</sup> *CME v. Czech Republic*, Laudo Parcial del 13 de septiembre de 2001.

<sup>11</sup> *Occidental Exploration and Production Co. v. Ecuador*. Para. 85, award of 1 July 2004.

<sup>12</sup> *Metalclad Corp. v. United Mexican States*. Para. 103, Award of September 2, 2000.

A. TRANSFERENCIA DE PROPIEDAD INNECESARIA

No podría criticarse a alguien por suponer que una medida que tiene un ‘efecto equivalente a una expropiación’ necesariamente involucre la transferencia (pérdida, desde la óptica del inversionista) de la propiedad sobre los activos en cuestión. La jurisprudencia internacional ha sostenido lo contrario.

En *Middle East Cement v. Egypt*<sup>13</sup> se indica que:

“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.”

En *Waste Management v. México*<sup>14</sup> se establece:

“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.”

*Occidental v. Ecuador*<sup>15</sup> indica:

“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.”

*S.D. Myers v. Canada*<sup>16</sup> razonó que:

“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

<sup>13</sup> *Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A. v. Arab Republic of Egypt*. Award of 12 April 2002.

<sup>14</sup> *Waste Management v. The United Mexican States*. Para 143, Award of 30 April 2004.

<sup>15</sup> *Occidental Exploration and Production Co. v. Ecuador*. Para. 85, Award of 1 July 2004.

<sup>16</sup> *S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada*. Partial Award of 12 November 2000.



expropriation has occurred. It must look at the real interests involved and the purpose and effect of the government measure.”

Como puede verse, un inversionista puede haber sufrido una expropiación indirecta, no obstante que sigue manteniendo la titularidad legal, formal, sobre la misma. Ello explica que la UNCTAD se haya enfocado en “erosión de derechos”, y no pérdida de titularidad, como parte de la fórmula que sobre ello ha dado.

#### B. LA INTENCIÓN ES IRRELEVANTE

Los casos demuestran que la intención es irrelevante para una determinación de expropiación indirecta.

En *Tippetts*<sup>17</sup> se indicó que:

“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.”

En *Metalclad v. México*<sup>18</sup>

“The Tribunal need not decide or consider the **motivation** or **intent** of the adoption of the Ecological Decree.”

En *Tecmed v. México*<sup>19</sup>

“... 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. ...”

En *Chorzów Factory*

“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.**”

En *Biloune v. Ghana*<sup>20</sup>

---

<sup>17</sup> *Tippetts, Abbett, McCarthy, Stratton v. TAMS-AFFA Consulting Engineers of Iran*. Award of 22 June 1984.

<sup>18</sup> *Metalclad Corp v. United Mexican States*. Para. 111, Award of 30 August 2000.

<sup>19</sup> *Técnicas Medioambientales Tecmed, S. A. v. The United Mexican States*. Award of 29 May 2003.

“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.”

El que la conducta estatal vaya dirigida a dicho objetivo es irrelevante. El examen es uno de efectos.

### C. EXPROPIACIÓN CONSTRUCTIVA (‘CREEPING EXPROPRIATION’)

En forma interesante, puede suceder que, mientras que un acto aislado sea insuficiente para llegar a umbrales expropiatorios, aunado a otros, sea suficiente. Si se me permite una metáfora, es como aquella reacción química que, mezclando dos sustancias no reactivas, genera una explosiva.

Veamos los elementos requeridos para esta reacción, según los casos internacionales.

Debo antes adelantar que la doctrina ha bautizado el concepto como expropiación constructiva (*constructive expropriation*), expropiación indirecta o —de una forma más llamativa y atractiva—: “*creeping expropriation*”.

En *Tradex v. Albania*<sup>21</sup> se indicó que:

“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.”

En *Santa Elena*<sup>22</sup> se explica que:

“... 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...”

---

<sup>20</sup> *Biloune and Marine Drive Complex Ltd. v. Ghana Investments Centre and the Government of Ghana*. Award on Jurisdiction and Responsibility of 27 October 1989.

<sup>21</sup> *Tradex Hellas SA v. Republic of Albania*. Para. 191, Award of 29 April 1999.

<sup>22</sup> *Compañía del Desarrollo de Santa Elena, S.A. v. Republic of Costa Rica*. Award of 17 February 2000.

En *Phillips Petroleum v. Iran*:<sup>23</sup>

“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”.”

*Generation Ukraine v. Ukraine*<sup>24</sup> es particularmente claro en que:

“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.”.

## V. COMENTARIOS FINALES

Como se indicó, pueden observarse ciertos patrones y tendencias en las circunstancias que han motivado una determinación de expropiación indirecta.

¡Pero no son *numeros clausus*!

No debemos encasillarnos en los mismos sino hacer nuestro el trasfondo, pues —por aquello de que la realidad supera la imaginación (y no al revés)— auguro a los presentes, al público, que —antes de que se den cuenta— tendrán que enfrentar hechos que los rebasen y pongan a prueba.

Es en dicho (difícil) ejercicio que deseo que las anteriores palabras sean orientadoras.

Muchas gracias

---

<sup>23</sup> *Phillips Petroleum Co. v. Iran*, para. 100. Award of 29 June 1989.

<sup>24</sup> *Generation Ukraine Inc. v. Ukraine*. Award of 16 September 2003.