

# opción

Revista de Antropología, Ciencias de la Comunicación y de la Información, Filosofía,  
Linguística y Semiótica, Problemas del Desarrollo, la Ciencia y la Tecnología

Año 35, 2019, Especial N°

# 25

Revista de Ciencias Humanas y Sociales

ISSN 1012-1587/ ISSN-e: 2477-9385

Depósito Legal pp 193402ZU45



Universidad del Zulia  
Facultad Experimental de Ciencias  
Departamento de Ciencias Humanas  
Maracaibo - Venezuela

# **opción**

Revista de Ciencias Humanas y Sociales

© 2019. Universidad del Zulia

ISSN 1012-1587/ ISSNe: 2477-9385

Depósito legal pp. 198402ZU45

Portada: De Cabimas a Maracaibo enamorado

Artista: Rodrigo Pirela

Medidas: 100 x 60 cm

Técnica: Mixta sobre tela

Año: 2010

# El poder reglamentario de los Estados y la expropiación indirecta

**Carlos Hecker Padilla<sup>1</sup>**

Universidad de Talca, Chile

[checker@utalca.cl](mailto:checker@utalca.cl)

**María Fernanda Juppet Ewing<sup>2</sup>**

Universidad del Desarrollo, Chile

[mf.juppet@udd.cl](mailto:mf.juppet@udd.cl)

**Joaquín Morales Godoy<sup>3</sup>**

Universidad de Chile/Universidad Pedro de Valdivia, Chile

[jmoralesg@derecho.uchile.cl](mailto:jmoralesg@derecho.uchile.cl) / [joaquin.morales@upv.cl](mailto:joaquin.morales@upv.cl)

**Natalia Johanna Godoy Olmos<sup>4</sup>**

Universidad Pedro de Valdivia, Chile

[investigación@upv.cl](mailto:investigación@upv.cl)

## Resumen

Sabido es que el ejercicio del poder soberano de los Estados es susceptible de crear interferencias con los derechos de los inversionistas extranjeros. Una de las emanaciones de dicho poder es el derecho de todo Estado a reglamentar; lo anterior, separado de la noción de expropiación indirecta (DOLZER, 1986)<sup>5</sup> tan sólo por una

---

<sup>1</sup>Facultad de Derecho Universidad de Talca.

<sup>2</sup>Facultad de Derecho y Postgrados Universidad del Desarrollo.

<sup>3</sup>Departamento de Derecho Económico, Facultad de Derecho Universidad de Chile - Facultad de Derecho Universidad Pedro de Valdivia.

<sup>4</sup>Vicerrectoría Académica, Dirección General de Investigación y Postgrado Universidad Pedro de Valdivia.

<sup>5</sup>A pesar de que, en estricto rigor, cuando la interferencia o infracción sufrida por la inversión es consecuencia de una medida gubernamental adoptada en razón del poder reglamentario que posee todo Estado debe hablarse de expropiación regulatoria, para los efectos de este trabajo preferiremos la expresión “expropiación indirecta”. Se trata, en efecto, de una noción suficientemente genérica, caracterizada por la inexistencia de una transmisión formal del título de propiedad en favor del Estado, pero que tiene el mismo efecto que una expropiación directa al privar sustancialmente al inversor de los beneficios de su inversión, y que dada la similitud en cuanto a sus efectos, resulta intrascendente separar de la expropiación progresiva (creeping expropriation) y de la expropiación regulatoria.

estrecha línea, proponemos analizar cuáles son los criterios para identificarla y para consecuentemente, negar todo derecho a una eventual indemnización.

**Palabras clave:** Inversión extranjera, expropiación regulatoria, regulación de los estados, indemnización a inversionistas.

## The regulatory power of States and the indirect expropriation

### Abstract

It is well known that the exercise of the sovereign power of States is liable to create interference with the rights of foreign investors. One of the emanations of said power is the right of every State to regulate; the foregoing, separated from the notion of indirect expropriation only by a narrow line, we propose to analyze what are the criteria to identify it and, consequently, to deny any right to an eventual compensation.

**Keywords:** Foreign investment, regulatory expropriation, regulation of the states, compensation to investors.

### 1. INTRODUCCIÓN: EL DERECHO A REGLAMENTAR DE LOS ESTADOS

El poder soberano de los Estados comprende la facultad estructurar su ordenamiento jurídico y modificarlo a voluntad; esta situación puede llegar a afectar los derechos de los inversionistas extranjeros, los cuales ante dicha circunstancia tenderán a buscar una indemnización (HECKER, 2010, p. 59 y ss., en especial p. 64 y 65)

<sup>6</sup>En este sentido, la doctrina del interés general de las medidas adoptadas por los Estados o *policy measures*, considera, que existen

---

<sup>6</sup>El fundamento en que el inversionista basará su demanda será claramente la expropiación indirecta de su inversión.

ciertas situaciones en que el actuar de un Estado no es indemnizable aun cuando cause perjuicio a un particular, en atención a las necesidades que lo justificaron. Lo anterior considerando que, obligar a los estados a indemnizar a un inversionista extranjero como consecuencia de cada cambio legislativo que pudiere resultarle perjudicial, se traduciría en dejar el derecho de legislar, carente de todo contenido.

En consecuencia, el presente artículo realiza un estudio de los casos en que ha sido reconocido el derecho a reglamentar por parte de los Estados sin dar lugar una indemnización correlativa, tanto por el derecho internacional general, como por el llamado derecho de las inversiones internacionales.

### **1.1. El reconocimiento en el derecho internacional general**

En derecho internacional, se ha reconocido la facultad estatal de reglamentar desde al menos la segunda mitad del Siglo XX. Ahora bien, a pesar de que ninguno de los textos en cuestión menciona expresamente los inversionistas extranjeros, no es menos cierto que su contenido puede serles aplicable, desde el momento que comportan principios generales del Derecho, particularmente en razón de la analogía y la equidad.

#### **1.1.1. El protocolo n°1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1954**

De acuerdo al artículo 1° del Protocolo n°1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) de 1954, señala que toda

persona tiene derecho al respeto de sus bienes y que nadie puede ser privado de su propiedad si no es por una causa de utilidad pública en las condiciones previstas por la ley y los principios generales del derecho internacional, admitiendo en su inciso 2º que se reconoce el derecho de los Estados a dictar las leyes “que juzguen necesarias para reglamentar el uso de la propiedad conforme al interés general, o para asegurar el pago de impuestos u otras contribuciones o multas”<sup>7</sup>.

Con todo, la Corte Europea de Derechos Humanos (ST 7151/75 y 7152/75, 23 de septiembre 1982; ST 8793/79, 21 de febrero de 1986; ST 6833/74, sentencia de 13 de junio de 1979; ST 5493/72, sentencia de 7 de diciembre de 1976, entre otros.) parece apoyar una interpretación más bien amplia del texto señalado. Así en el caso *Marckx c. Bélgica*, se resolvió que en su inciso 2º, dicha disposición autoriza “a los Estados contratantes a dictar las leyes que juzguen necesarias para reglamentar el uso de los bienes conforme al interés general, [erigiéndolos así] como los únicos jueces de la necesidad de tal ley (ST 6833/74, 13 de junio de 1979)”.

Asimismo, en el caso *Handyside c. Reino Unido*, según la opinión del juez Zekia, el inciso 2º del artículo 1º del Protocolo nº1 “se refiere al derecho que tiene el Estado para reglamentar el uso de la propiedad si el interés general así lo exige. Cumpliendo con las

---

<sup>7</sup> Traducido del original en inglés por el autor. “Every natural or legal person is entitled to the peaceful enjoyment of his possessions. No one shall be deprived of his possessions except in the public interest and subject to the conditions provided for by law and by the general principles of international law.

The preceding provisions shall not, however, in any way impair the right of a State to enforce such laws as it deems necessary to control the use of property in accordance with the general interest or to secure the payment of taxes or other contributions or penalties”.

condiciones que la misma norma exige, el Estado puede vulnerar los derechos posesorios del propietario, y es libre para hacer uso de sus bienes tanto tiempo como sea necesario, con tal que dicho uso no sea contrario a Derecho (ST 5493/72, 7 de diciembre de 1976)”.

### **1.1.2. El proyecto de Convenio de Harvard sobre la responsabilidad internacional de los Estados por los perjuicios causados a los extranjeros de 1961**

Este proyecto (The American Journal of International Law), por su parte, contiene una disposición que permite al Estado hacerse con la propiedad de un particular o bien limitar facultades inherentes al dominio, sin que ello sea considerado ilegal (OECD, 2004). La importancia de la norma radica en que, en este caso al actuar del Estado no ha precedido indemnización alguna. En efecto, nos referimos al artículo 10 §5, que establece los requisitos para la validez de este acto, estableciendo, “una expropiación no indemnizada de una propiedad perteneciente a un extranjero como resultado de la aplicación de normas tributarias, de una modificación general del valor de la moneda, de un acto de las autoridades competentes del Estado para mantener el orden, la salud o la moral públicos, o del ejercicio válido de los derechos de autotutela o de derechos relativos a la normal aplicación de la legislación del Estado, no será considerada como ilegal [...]”<sup>8</sup>.

---

<sup>8</sup> Traducido del original en inglés por el autor. “An uncompensated taking of property of an alien or a deprivation of the use or enjoyment of property of an alien which results from the

Ahora bien, a pesar de que el texto antes citado carece de fuerza obligatoria, estimamos que se trató de una disposición bastante innovadora para su época, por cuanto hacía suyos principios que continúan siendo aplicados en la actualidad por la justicia arbitral relativa a inversiones. Así, en el caso *Total c. Argentina*, el tribunal entendió que las consecuencias de la pesificación de la economía argentina no podían ser consideradas como una medida equivalente a una expropiación (LEBEN, 2006; MANCIAUX, 2006, pp. 73)<sup>9</sup>, por cuanto se trataba de “una *bona fide* medida regulatoria de aplicación general, la cual fue razonable a la luz de la emergencia económica y monetaria argentina, y proporcional al objetivo de hacer frente a dicha emergencia (Decisión. n° ARB/04/1, Total S.A. c. República Argentina, de 27 de diciembre de 2010, decisión relativa a la responsabilidad)”.

## **1.2. El reconocimiento en el derecho de las inversiones internacionales**

En el marco del derecho de las inversiones internacionales, pueden destacarse numerosos textos tanto nacionales como internacionales, destinados a regir el derecho de reglamentación de los Estados.

---

execution of the tax laws; from a general change in the value of currency; from the action of the competent authorities of the State in the maintenance of public order, health, or morality; or from the valid exercise of belligerent rights; or is otherwise incidental to the normal operation of the laws of the State shall not be considered wrongful [...]”.

<sup>9</sup> El tribunal utilizó la expresión expropiación indirecta y no medida equivalente a una expropiación; teniendo ambas expresiones el mismo sentido, las utilizaremos como sinónimas.



### **1.2.1. El proyecto de Convención de la OCDE sobre la protección de los bienes extranjeros de 1967.**

El primer texto que debemos mencionar en relación al derecho de reglamentar de los Estados, es el proyecto de Convención de la OCDE sobre la protección de los bienes extranjeros de 1967<sup>10</sup>. Su artículo 3 señala que las Partes de la Convención pueden hacerse con los bienes de los extranjeros sólo si lo es por causa de utilidad pública, de forma no discriminatoria y mediando una justa indemnización<sup>11</sup>.

Lo anterior no parece para nada novedoso, pero el proyecto contiene una serie de notas y comentarios, sobre el referido artículo 3, interesantes de comentar. En primer lugar, la nota A.1.a señala que dicha disposición “reconoce implícitamente el derecho soberano de un Estado, en el marco del derecho internacional, a hacerse de bienes que se encuentren en su territorio, aun cuando ellos pertenezcan a extranjeros, con miras a alcanzar objetivos políticos, sociales o económicos [y que] negarle este derecho sería intentar sabotear los poderes que le son propios, como consecuencia de su independencia y

---

<sup>10</sup> A pesar de que este texto no tuvo como objetivo las inversiones internacionales, es como consecuencia de su contenido que estimamos coherente incluirlo dentro del listado, vale decir, su misión de proteger específicamente “los bienes” de los extranjeros y no “la persona del extranjero”. Disponible en sus originales en francés e inglés el sitio web de la OCDE.

<sup>11</sup> Traducido del original en francés por el autor. “Une partie ne peut prendre de mesures de nature à priver directement ou indirectement, de ses biens un ressortissant d’une autre Partie que si les conditions suivantes sont remplies:

i) les mesures en question sont prises pour cause d’utilité publique et par une procédure légale;

ii) elles ne sont pas discriminatoires ;

iii) elles sont assorties d’une disposition prévoyant le paiement d’une juste indemnité. Cette indemnité correspondra à la valeur réelle du bien en cause, sera versée sans délai injustifié et sera transférable dans la mesure nécessaire pour la rendre effective pour l’ayant-droit.”

autonomía, reconocidas igualmente por el derecho internacional, para regir su existencia política y social”.

Por otra parte, la nota A.4.a, relativa a la toma de bienes en forma directa, señala que el artículo 3 hace referencia “a todas las medidas adoptadas con miras a privar injustamente al extranjero de sus derechos y que conlleven a su pérdida efectiva”. Finalmente, la nota A.4.b precisa que la disposición en estudio tiene también por objeto proteger a los extranjeros contra la llamada “nacionalización indirecta (MANCIAUX, 2004, p. 457; LEBEN, p. 164; HIGGINS, 1982/III, p. 376, note 2)”<sup>12</sup>.

Del análisis del artículo 3 ya citado y de las notas que se refieren a él, podemos entonces deducir que, a pesar de que la Convención no haya llegado a ser abierta a firma (UNCTAD, 2008), en el marco de la OCDE el poder reglamentario de los Estados es un principio reconocido, con tal que no sea ejercido en forma arbitraria; cumpliendo con tal requisito, ningún tipo de indemnización deberá acordarse al particular que se vea en la obligación de soportarlo.

### **1.2.2. El 3er Restatement of Foreign Relations Law of the United States del American Law Institute de 1987**

La idea central entonces, es que el Estado no es responsable de su acción normativa general, a pesar de causar perjuicio a los intereses

---

<sup>12</sup> Diferencias sutiles pueden, en efecto, ser encontradas entre las nociones de expropiación indirecta y de nacionalización indirecta; sin embargo, en la medida que dichas diferencias carecen de relevancia en materia de inversión internacional, podemos sostener que los autores del proyecto quisieron abarcar toda forma de, sin interesarse en la motivación subyacente ni en el poder del Estado detrás de la medida adoptada.

de los particulares “si ésta se lleva a cabo de buena fe (LEBEN, p. 177)”.

En este sentido puede ser justamente interpretado el 3er Restatement of Foreign Relations Law of the United States del American Law Institute de 1987, en el cual se señaló que un Estado “no es responsable por la pérdida de propiedad u otro perjuicio económico que sean resultado de impuestos generales, regulación, confiscaciones por delitos adoptados de buena fe, u otra acción del tipo comúnmente aceptado como formando parte del poder de policía de los Estados, con tal de no ser discriminatorio [...]”(AGUIRRE, 2008, p. 147; SORNARAJAH, 2004, p. 381 y nota n° 96)<sup>13</sup>.

### **1.2.3. El TLCAN**

El tercer texto que, a nuestro juicio, amerita ser citado, es el TLCAN, que en su artículo 1114 §1 dispone que “[n]ada de lo dispuesto en este capítulo se interpretará como impedimento para que una Parte adopte, mantenga o ponga en ejecución cualquier medida, por lo demás compatible con este capítulo, que considere apropiada para asegurar que las inversiones en su territorio se efectúen tomando en cuenta inquietudes en materia ambiental”

---

<sup>13</sup> Traducido del original en inglés por el autor. “A State is not responsible for loss of property or for other economic disadvantage resulting from bona fide general taxation, regulation, forfeiture for crime or other action of the kind that is commonly accepted as within the police power of States if it is not discriminatory [...]”. American Law Institute, vol. 1, 1987, section 712, comentario “g”.

Uno de los casos más interesantes y conocidos en el marco del TLCAN, en relación con los poderes de policía de los Estados, fue el caso *Methanex c. Estados Unidos* (ST, 07 de agosto de 2005); el inversionista le reprochaba al Estado de California (y por tanto, al gobierno de los Estados Unidos) el haber prohibido la comercialización de un aditivo para la gasolina, el cual según este último, contaminaba las fuentes de agua potable con los concomitantes riesgos para la salud de la población (EL BOUDOUHI, 2005, p. 551-552).

A este respecto, el tribunal esgrimió un principio según el cual, en derecho internacional genetal “una regulación no discriminatoria destinada a un fin público, que se promulga de conformidad con las reglas legales y que afecta, entre otras cosas a un inversionista o una inversión extranjera, no se considera expropiatoria e indemnizable (ST, 07 de agosto de 2005)”<sup>14</sup>, y decidió que “la prohibición de California se realizó con un fin público, no fue discriminatoria y se llevó a cabo de conformidad a las reglas legales. Por tanto, carece de sustento el reclamo central de Methanex bajo el artículo 111081) en relación a la expropiación bajo una de las formas de acción contenidas en la norma. Desde un punto de vista del derecho internacional, la prohibición de California se trató de una regulación legal y no de una expropiación”. (EL BOUDOUHI, 2005, pp. 551-552. *Ibíd.*, §15).

---

<sup>14</sup> Traducido del original en inglés por el autor: “a non-discriminatory regulation for a public purpose, which is enacted in accordance with due process and, which affects, inter alios, a foreign investor or investment is not deemed expropriatory and compensable”. *Methanex Corporation c. Estados Unidos de América*, Parte IV, Capítulo D §7.

### **1.2.3. El AMI.**

Finalmente, estimamos procedente traer a colación el período de negociación del AMI<sup>15</sup>, y con mayor precisión, el informe del Presidente del Grupo de Negociación (OCDE). En su anexo 3, titulado “Trato de los inversionistas y de las inversiones”, dos disposiciones merecen nuestra especial atención: en primer lugar, el artículo 3, el cual prevé el derecho de reglamentar de los Estados, al señalar que “una Parte contratante puede adoptar, mantener o aplicar toda medida que estime necesaria para que la actividad sea emprendida tomando en consideración las preocupaciones en materia de salud, seguridad y medioambiente, siempre que dichas medidas se adopten en conformidad al presente acuerdo”.

En seguida, el artículo 5 hace referencia a la expropiación y su correlativa indemnización. Esta disposición, a pesar de contener una regla “clásica” respecto de esta materia, se acompañó, no obstante, de una nota interpretativa muy interesante; al establecer que dicho artículo 5 “tiene por objeto incorporar al AMI las normas jurídicas internacionales existentes [en que la] referencia a la expropiación o nacionalización y las "medidas de efecto equivalente" reflejan el hecho de que el derecho internacional exige una indemnización para una medida de expropiación sea cual sea el título de esa medida, a pesar de que no se confisque el título de propiedad; [pero que] no establece

---

<sup>15</sup> Nos parece adecuado hacer referencia al período de negociación y no al acuerdo propiamente tal; por un lado, puesto que el Acuerdo Multilateral sobre Inversiones se trata de un texto que jamás vio la luz como consecuencia de la falta de acuerdo entre las Partes, y por otro, ya que fue justamente en dicho periodo de negociación (específicamente en el informe del Presidente del Grupo de Negociación) que nuestro tema de estudio fue analizado.

ninguna regla destinada a que las partes paguen una indemnización por las pérdidas que un inversionista o una inversión pueda sufrir como resultado de la regulación, deducción obligatoria u otra actividad normal de interés general por parte de un país”.

El derecho a reglamentar de los Estados se reconoce en Derecho Internacional desde hace bastante tiempo. Lo que se ha reconocido por la jurisprudencia arbitral, como por ejemplo, en el caso *S.D. Myers c. Canadá* (ST 40 ILM 1408, 13 de noviembre de 2000), en que una sociedad estadounidense había atacado una medida canadiense relativa a la prohibición temporal de exportación de un desperdicio considerado tóxico (EL BOUDOUHI, 2005, p.551). Una vez analizados los hechos, el tribunal estimó que no había existido expropiación indirecta, señalado que de acuerdo a la regla del presente “no puede considerarse una acción reguladora como equivalente a una expropiación. Es improbable que la conducta reglamentaria de las autoridades públicas pueda ser objeto de una queja legítima en virtud del Artículo 1110 del TLCAN (ST 40 ILM 1408, 13 noviembre de 2000; ST, 07 de agosto 2005, §281) Methanex Corporation”. Pero más importante aún, estableció la diferencia entre las nociones de expropiación y de reglamentación al agregar que “[las] expropiación tienden a involucrar la privación de los derechos de propiedad; las regulaciones implican una menor interferencia. La distinción entre expropiación y regulación descarta la mayoría de los potenciales reclamos concernientes a la intervención económica de un Estado y reduce el riesgo de que los gobiernos resulten afectados a reclamaciones como consecuencia de su actuar en lo tocante a la gestión de asuntos

públicos (ST 40 ILM 1408, 13 noviembre de 2000; ST, 07 de agosto 2005, §282)”.

Asimismo, en el caso, *Feldman c. México* (ST ARB/99/1, 16 de diciembre de 2002), en que el tribunal hizo en más de una oportunidad, la distinción entre expropiación y reglamentación; la más importante para los efectos de nuestro análisis dice relación con la obligación de acordar una justa indemnización como consecuencia de la primera, pero no de la segunda. A este respecto, el tribunal fue sumamente claro señalando que “reconocer la expropiación directa es relativamente fácil: las autoridades gubernamentales se hacen de la propiedad de una mina o fábrica, privando al inversionista de todos los beneficios significativos de la propiedad y del control. Sin embargo, es mucho menos claro cuando la acción gubernamental que interfiere con los derechos de propiedad definidos en sentido amplio -una "inversión" en virtud del artículo 1139 del TLCAN- cruza la línea desde una regulación válida a una toma de propiedad resarcible (ST ARB/99/1, 16 de diciembre de 2002)”.

Del análisis efectuado en virtud de los textos analizados y la jurisprudencia estudiada, podemos concluir que el derecho a reglamentar de los Estados no constituye una justificación que les permita excluir su obligación de indemnizar a la víctima en caso de expropiación. Hay que ser claros, las actuaciones legítimas (ST 55-129-3, 28 octubre de 1985, 275)<sup>16</sup> de los Estados en virtud de su derecho soberano a reglamentar simplemente impiden que una expropiación pueda tener lugar, y como

---

<sup>16</sup> La noción de buena fe parece ser la piedra angular de la legitimidad de las actuaciones de los Estados; se trata, de hecho, de un principio reconocido hace ya bastante tiempo por el Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, en el caso *Sedco* donde se señaló que “se trata de un principio aceptado de derecho internacional, el que un Estado no es responsable por el daño económico que sea consecuencia de una ‘regulación’ genuina dentro del poder de policía aceptado de los Estados”.

consecuencia de ello, ninguna indemnización es susceptible de ser acordada.

## **2. LOS CRITERIOS DE DETERMINACIÓN DEL PODER REGLAMENTARIO DE LOS ESTADOS**

Determinar cuáles son los criterios que permiten establecer que nos encontramos frente a una reglamentación legítima de un Estado es fundamental, puesto que, a diferencia de la expropiación indirecta, dichas actuaciones no son indemnizables. La línea que separa ambas nociones resulta tan estrecha que nos parece pertinente proceder a un análisis que nos permita determinar con claridad cuándo estaremos frente a una u otra.

Siguiendo el plan elaborado en esta materia por la OCDE, podemos identificar tres criterios: el grado de infracción al derecho de propiedad del inversionista, el fundamento de las medidas gubernamentales, y el incumplimiento a las expectativas legítimas del inversionista.

### **2.1. El grado de infracción al derecho de propiedad del inversionista**

Aunque los Estados son soberanos de dictar su propio ordenamiento jurídico y modificarlo a su antojo, no podrían hacerlo lícitamente si al mismo tiempo se traduce en la privación para el inversionista de los elementos esenciales del derecho de propiedad respecto de su inversión. En tal caso, ya no sería un mero acto de



reglamentación, sino que derechamente una expropiación (directa o indirecta según el caso) y daría origen al derecho a exigir una justa indemnización.

Sin embargo, no toda infracción al derecho de propiedad del inversionista puede ser considerada como una medida equivalente a una expropiación; en general, se ha establecido que “la infracción debe ser importante para constituir una expropiación, es decir, privar al inversionista extranjero de sus los elementos esenciales de su propiedad u obstaculizar la inversión por un largo tiempo (OCDE, 2004; AMERICAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW, 1961, p. 11 y ss.).”.

### **2.1.1. La magnitud del impacto económico**

El impacto económico que debe afectar al inversionista debe ser considerable; sólo pequeñas interferencias contra su derecho de propiedad no parecen ser suficientes para constituir una verdadera expropiación ni para la doctrina ni para la jurisprudencia. Tal como se ha afirmado por reconocidos juristas, el análisis de los efectos producidos por el ejercicio del poder normativo de los Estados, es indispensable para poder determinar si nos enfrentamos o no a una expropiación indirecta (DOLZER y STEVENS, 1995, p. 100).

Se trata de un tema trascendental en nuestra materia, que ha sido de hecho, objeto de vastos análisis tanto por parte de las

jurisdicciones internas<sup>17</sup> como de las internacionales. Así por ejemplo, la CEDH (ST 7151/75 y 7152/75, 23 de septiembre de 1982)<sup>18</sup> en el caso *Matos e Silva c. Portugal* estimó que “no existió expropiación formal ni de facto [...]. Los efectos de las medidas no son tales que puedan equipararse con la privación de propiedad. Como afirmó el delegado de la Comisión, la situación no era irreversible [...]. Aunque el derecho en cuestión había perdido parte de su sustancia, no había desaparecido. La Corte observa, por ejemplo, que toda forma razonable de explotación de la propiedad no había desaparecido, ya que los solicitantes continuaron trabajando la tierra (ST 15777/89, 16 de septiembre 1999)”.

Asimismo, en el caso *Sea-Land c. Irán*, el Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos estimó que la prueba rendida resultaba insuficiente para considerar que una expropiación había tenido lugar “dado que para determinar la existencia de una expropiación se requeriría, al menos, que el Tribunal quedase convencido de que había una deliberada interferencia gubernamental

---

<sup>17</sup> V. por ejemplo, el fallo de la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso *Lucas c. S.C. Coastal*, donde se decidió que “para que exista una compensación en el caso de una privación regulatoria, debe haber una privación de todos los beneficios económicos de la propiedad; [...] si hubiere aún algún uso disponible para la propiedad, no sería una privación compensable”, *Lucas v. S.C. Coastal* 505 U.S. 1003 (1992).

<sup>18</sup> Otro caso interesante ante esta jurisdicción fue *Sporrong & Lönnroth c. Suecia*, donde la Corte señaló que “En opinión del Tribunal, todos los efectos denunciados (véase el párrafo 58 supra) se debieron a la reducción de la posibilidad de disponer de las propiedades afectadas. Esos efectos fueron ocasionados por las limitaciones impuestas al derecho de propiedad, volviéndose precario, incidiendo esas limitaciones en el valor de los locales. Sin embargo, aunque el derecho en cuestión perdió parte de su sustancia, no desapareció. Los efectos de las medidas involucradas no son tales como para que puedan asimilarse a una privación de propiedad. La Corte observa a este respecto que los solicitantes podrían continuar utilizando sus propiedades y que, a pesar de que se hizo más difícil vender propiedades en Estocolmo, afectadas por los permisos de expropiación y las prohibiciones de construcción, la posibilidad de vender subsistió”.

en la operación de Sea-Land, cuyo efecto fuese privar a Sea-Land del uso y beneficio de su inversión; [...] nada logró ser demostrado [...] en lo que podría haber sido un curso de acción intencional dirigido contra Sea-Land. Un reclamo fundado esencialmente en omisiones e inacción en un caso en que la evidencia sugiere un deterioro generalizado e indiscriminado en la administración, interrumpiendo el funcionamiento del puerto de Bandar Abbas, difícilmente podría justificar la determinación de una expropiación (REISMAN y SLOANE, 2004; RIPINSKY y WILLIAMS, 2008, p. 131; ST 135-33-1, 20 de junio de 1984)”.

En el marco del Ciadi, ciertas decisiones también se pronunciaron sobre este tema. Es el caso de la sentencia dictada en el caso *Tecmed c. México*, donde el tribunal señaló que para distinguir una expropiación indirecta del poder reglamentario de los Estados, es necesario analizar los efectos producidos por la medida adoptada por la autoridad, en otras palabras, si ella priva de toda sustancia “real” el derecho de propiedad del inversionista, o si en cambio, importa una simple disminución de su bienes o derechos; en este último caso, la privación de los derechos sufrida por el inversionista no sería susceptible de indemnización (LEBEN, 2006, p. 173; ST ARB(AF)/00/2, 29 de mayo de 2003, §115)<sup>19</sup>.

---

<sup>19</sup> “Para establecer si la Resolución constituye medida equivalente a una expropiación bajo los términos del artículo 5(1) del Acuerdo, es necesario determinar, en primer término, si en razón de la Resolución la Demandante se vio privada, de manera radical, de la utilidad económica de su inversión, como si los derechos relativos a ésta—por ejemplo, la percepción o goce de los beneficios asociados con el Confinamiento o su explotación—hubiesen cesado. Es decir, si a raíz de actuación atribuible a la Demandada, los bienes en cuestión han perdido

Por su parte, en el caso *Feldman c. México*, el tribunal entendió que el país norteamericano había legítimamente hecho uso de su poder reglamentario, y que, en consecuencia, el efecto de la medida adoptada por el Gobierno no podía ser considerada como equivalente a una expropiación. En efecto, que el inversionista haya perdido ciertas ventajas en materia de devolución de impuestos a los exportadores no se trata de una medida suficiente para poder asimilarla a una expropiación indirecta, en especial considerando que jamás perdió el control de la sociedad ni tampoco se vio obstaculizado en lo concerniente a las operaciones directas de la misma<sup>20</sup>.

En el marco de la CNUDMI, la situación no resulta diferente; así, en el caso *Pope & Talbot c. Canadá*, el tribunal confirma nuestra postura al señalar que para encontrarnos frente a una medida equivalente a una expropiación, es necesario que la interferencia sufrida por el inversionista en relación a su derecho de propiedad, sea

---

valor o utilidad para quien se beneficia de los mismos, y en qué medida. Esta determinación es importante, pues es una de las bases para distinguir, desde la perspectiva de un tribunal internacional, entre una medida regulatoria, expresión normal de la autoridad estatal en ejercicio del poder de policía, que trae consigo una disminución de los bienes o derechos del particular, y una expropiación de facto, que priva de toda sustancia real a tales bienes o derechos. Al determinar el grado en que el inversor es privado de sus bienes o derechos, se determina también si esa privación es indemnizable o no; y al concluirse sobre este último punto, se concluye igualmente si la medida en cuestión constituyó o no una expropiación de facto. Los efectos del acto o conducta bajo análisis no son pues indiferentes para determinar si tal acto o conducta configura o no una expropiación [...]”, *Técnicas Medioambientales TECMED S.A. c. Estados Unidos Mexicanos*.

<sup>20</sup> “[...] the Claimant’s “investment,” the exporting business known as CEMSA, as far as this Tribunal can determine, remains under the complete control of the Claimant, in business with the apparent right to engage in the exportation of alcoholic beverages, photographic supplies, contact lenses, powdered milk and other Mexican products—any product that it can purchase upon receipt of invoices stating the tax amounts— and to receive rebates of any applicable taxes under the IEPS law [...]”, *Marvin Roy Feldman Karpa c. Estados Unidos Mexicanos*.

sustancial<sup>21</sup>. Lo anterior nos lleva a concluir que la expresión sustancial no puede sino entenderse como una infracción de tal magnitud que el derecho de propiedad se vea, de facto o de iure, vaciado de su contenido.

### **2.1.2. La duración de la reglamentación**

Otro aspecto no menos importante que resulta necesario ser examinado para determinar el grado de infracción al derecho de propiedad del inversionista, es la duración de la reglamentación (WAGNER, 1999, p. 465 y ss). De este modo, una simple perturbación transitoria no basta para ser considerada una medida equivalente a una expropiación. La noción de “permanencia” será, por consiguiente, el criterio a considerar.

Sin embargo, del análisis de la jurisprudencia, veremos que este solo criterio no resulta suficiente y debe, por tanto, confrontarse siempre a las circunstancias fácticas existentes al momento en que se produzca el diferendo. Tal fue, en efecto, la postura del tribunal en el

---

<sup>21</sup> “However, the Tribunal does not believe that those regulatory measures constitute an interference with the investment’s business activities substantial enough to be characterized as an expropriation under international law. [...] While it may sometimes be uncertain whether a particular interference with business activities amounts to an expropriation, the test is whether that interference is sufficiently restrictive to support a conclusion that the property has been ‘taken’ from the owner”, *Pope & Talbot Inc. c. Gouvernement du Canada*, caso CNUDMI, laudo interino de 26 de junio de 2000, § 96 y 102. En el mismo sentido se pronunció el tribunal UNCITRAL en el caso *Lauder c. The Czech Republic*, al señalar que la expropiación indirecta “es una medida que no implica una desposesión evidente, sino que neutraliza el disfrute de la propiedad de una forma efectiva”, *Ronald S. Lauder c. The Czech Republic*, caso UNCITRAL, sentencia de 03 de septiembre de 2001.

caso *Katte Kitsche de la Grange c. Italia*, dentro del marco de la CEDH, al señalar que “si, como resultado de un acto administrativo relativo a una propiedad en particular, el interesado conserva la propiedad, pero con restricciones tales que el valor económico, de uso o de cambio de ésta se reduce prácticamente a cero, debe hablarse de expropiación de valor, la cual da derecho a compensación. [Sin embargo], esta hipótesis tiene lugar cuando la limitación es muy grave -prohibición absoluta- y se planea por un período indefinido o se extiende más allá de los límites razonables. Por otro lado, no hay daños resarcibles cuando la restricción es de duración ilimitada pero no tiene un impacto tan profundo en el derecho en cuestión, o es probable que desaparezca dentro de un tiempo razonable, incluso si es cualitativamente muy severo (ST 12539/86, 27 de octubre de 1994)”.

En el mismo sentido se pronunció el Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos en los casos *Tippetts* (ST 141-7-2, 29 de junio de 1984), *Phelps Dodge* (ST 217-99-2, 19 de marzo de 1986) y *Saghi* (ST ITL 66-298-2, 12 de enero de 1987), en los que reconociendo la importancia del criterio de “permanencia”, sostuvo que “el nombramiento de directores interinos podría constituir una verdadera toma de posesión de una propiedad, cuando la privación resultante de los derechos de propiedad no fuere meramente efímera OCDE, 2004, p. 16”.

A la luz de los fallos analizados, la duración de la reglamentación, si bien tiene incidencia al momento de determinar si las actuaciones de los Estados deben ser consideradas como medidas

legítimas enmarcadas dentro de su poder de reglamentación o bien como medidas equivalente a una expropiación, no es menos cierto que no se trata de un criterio autónomo. Será necesario complementar el análisis con diversas circunstancias fácticas, a menudo relativas a la magnitud del impacto económico de dichas medidas.

## **2.2. El fundamento de las medidas gubernamentales**

A primera vista, parece evidente que los motivos en virtud de los cuales los Estados ejercen su poder reglamentario, constituyen el principal criterio a considerar para determinar la legitimidad de las medidas gubernamentales, y por consiguiente, para descartar su calificación como expropiación. Del análisis de la jurisprudencia, sin embargo, podremos ver que no existe unanimidad a este respecto; el objeto y el contexto de las medidas gubernamentales parecen ser un criterio determinante para ciertos tribunales, mientras que para otros, se trata de una situación que ni siquiera vale la pena estudiar.

### **2.2.1. La consideración de las medidas gubernamentales**

Para ciertos tribunales, como lo hemos avanzado, el fundamento de las medidas gubernamentales es un criterio fundamental y que resulta necesario ser analizado. Por ejemplo, dentro del marco de la CEDH y más precisamente del artículo 1 del Protocolo

nº1, tal como lo mencionáramos<sup>22</sup>, los Estados pueden afectar ciertos derechos de los particulares e incluso hacerse con los bienes de éstos sin que ello signifique necesariamente un acto expropiatorio. La opinión de la Corte a este respecto parece ser la de aceptar estas decisiones estatales en tanto resulten razonables y proporcionales a las necesidades del país (OCDE, 2004, p. 18).

Así, en el caso *James c. Reine Unido*, la Corte resolvió estar “de acuerdo con los solicitantes en que una privación de propiedad efectuada sin otro motivo que conferir un beneficio privado a una particular no puede considerarse como "de interés público". No obstante, la transferencia obligatoria de propiedad de un individuo a otro puede, según las circunstancias, constituir un medio legítimo para promover el interés público (ST 8793/79, 21 de febrero de 1986, § 40).

Siguiendo la jurisprudencia emanada de la Corte Europea, el tribunal Ciadi, en el caso *Tecmed c. México*, estimó que para determinar si las medidas estatales que habían sido adoptadas debían ser consideradas como una expropiación, resultaba necesario proceder a un estudio tendiente a establecer la existencia de una proporcionalidad entre el accionar del Estado y el interés público (ST ARB(AF)/00/2, 29 de mayo de 2003, 122)<sup>23</sup>. En este sentido, señaló

---

<sup>22</sup> Ver 1.1.1. del presente texto.

<sup>23</sup> “[...] el Tribunal Arbitral estima apropiado considerar, para determinar si dicho encuadramiento procede, la proporcionalidad de dichos actos o medidas con las exigencias del interés público presuntamente tutelado a través de los mismos y la protección legalmente debida al inversor en relación con su inversión, sin olvidar que la magnitud de dicho impacto juega un rol de peso al juzgar acerca de dicha proporcionalidad. Si bien ese análisis tiene como punto de partida la necesaria deferencia debida al Estado al definir las razones de interés o utilidad pública en que funda su actuación y las formas bajo las que ésta habrá de



que una “relación razonable de proporcionalidad entre la servidumbre o gravamen impuesto al inversionista y el objetivo buscado por una medida de carácter expropiatorio” resulta necesario (ST ARB(AF)/00/2, 29 de mayo de 2003, 116)<sup>24</sup>.

En el mismo sentido, ahora en el marco del TLCAN, en el caso *S.D. Myers c. Canadá*, el tribunal señaló que “un tribunal no debe verse disuadido por consideraciones técnicas o fácticas de llegar a la conclusión de que ha ocurrido una expropiación o conducta equivalente a una expropiación. Debe considerar los intereses reales involucrados y el propósito y efecto de la medida gubernamental”<sup>25</sup>.

De los distintos casos podemos extraer que el criterio de “proporcionalidad” de las medidas adoptadas para lograr el objetivo perseguido por el Estado, parece entonces erigirse para algunos como un factor determinante para decidir si una expropiación tuvo o no lugar. Esta solución, hay que decirlo en todo caso, no constituye en ningún caso una jurisprudencia de carácter constante en sede arbitral.

---

concretarse, ello no impide, sin negar tal definición o poner en tela de juicio tal deferencia, juzgar la actuación del Estado a los efectos del artículo 5(1) del Acuerdo sobre la base de su razonabilidad en relación con el fin perseguido, la privación económica causada, y las expectativas legítimas de quién lo sufrió”, *Técnicas Medioambientales TECMED S.A. c. Estados Unidos Mexicanos*.

<sup>24</sup> “« L'expropriation indirecte » et le « droit de réglementer » dans le droit international de l'investissement”, Documento de trabajo OCDE acerca de la inversión internacional, cit. supra nº 7 pp. 19-20. Debemos en todo caso reconocer, que a pesar de haber estimado el tribunal como importante abocarse al análisis de los fundamentos subyacentes de las medidas gubernamentales, no es menos cierto que al momento de resolver, estimó que 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”. *TECMED S.A. c. Estados Unidos Mexicanos*.

<sup>25</sup> *S.D. Myers Inc. c. Gouvernement du Canada*, cit. supra nº 23 §285.

### **2.2.2. La irrelevancia de las medidas gubernamentales**

Como lo hemos avanzado, si bien algunas sentencias se pronunciaron sobre la cuestión del fundamento de las medidas gubernamentales, ello no constituye una regla general; varios son los autores y los laudos arbitrales que afirman, de defienden, con razón a nuestro entender, la tesis contraria. El motivo: “la protección del inversionista contra las medidas equivalentes a una expropiación se volvería ilusoria, si la legitimidad de la medida en cuestión tuviese el efecto de impedir tal calificación (NOUVEL, 2002, p.96; MANCIAUX, 2006, p.81)”.

Por ejemplo, en el caso *Metalclad c. México*, el tribunal decidió que las motivaciones del Estado Mexicano carecían de interés en cuanto a su análisis para decidir si una expropiación había o no tenido lugar. En palabras del tribunal: “El Tribunal no necesita decidir o considerar la motivación o la intención subyacente a la adopción del Decreto Ecológico. De hecho, una determinación de expropiación basada en el Decreto Ecológico no es esencial para la constatación por parte del Tribunal de una violación del Artículo 1110 del TLCAN. Sin embargo, el Tribunal considera que la implementación del Decreto Ecológico constituiría, por sí misma, un acto equivalente a una expropiación (ST ARB(AF)/97/1, 30 de agosto de 2000, § 111)”.

Otro caso donde la decisión del tribunal fue bastante similar, fue aquel que opuso a la Compañía del Desarrollo de Santan Elena y Costa Rica. El tribunal arbitral consideró que no se ve ningún interés

en analizar el fundamento de las medidas gubernamentales si uno está en presencia de una medida expropiatoria, la cual debe siempre ser indemnizada. En este sentido, sostuvo que “mientras que una expropiación por razones ambientales puede clasificarse como una toma de propiedad con un fin público, y por lo tanto puede ser legítima, el hecho de que la Propiedad fuese tomada por este motivo no afecta ni la naturaleza ni la medida de la compensación a pagar. Es decir, el propósito de proteger el medio ambiente por el cual se tomó la propiedad no altera el carácter legal del actuar del Estado, y debe pagar una compensación adecuada. La fuente internacional de la obligación de proteger el medio ambiente no hace ninguna diferencia (ST ARB/96/1, 17 de febrero de 2000, 71 § 71)”.

Lo anterior ¿quiere decir entonces que el objeto perseguido por el Estado, en otras palabras, el fundamento de las medidas gubernamentales carece de todo interés en materia de inversión internacional? Para nada. La consideración de los fundamentos de dichas medidas resulta importante, puesto que por una parte, la finalidad de utilidad pública o de interés general es una condición para la licitud de toda expropiación (MANCIAUX, 2004, p.81)<sup>26</sup>; y por otra parte, ya que si llegase a tratarse de una medida estatal adoptada como sanción a infracciones cometidas por el propio inversionista, ella no podría evidentemente, ser considerada como expropiatoria ni como equivalente a una expropiación.

---

<sup>26</sup> Por otra parte, sería perfectamente esperable que si se trata de una expropiación que no responde a las necesidades de utilidad pública o interés general, el monto de la indemnización a pagar fuese más alto, como consecuencia de la agravación de la responsabilidad por dolo. Para un análisis en profundidad sobre el tema, v. C. HECKER (2009, p. 139 y ss.).

Es más, hoy en día queda claro que tanto los Estados como la jurisprudencia moderna han comenzado a inclinarse por un rechazo a la llamada teoría *sole effects*<sup>27</sup>, puesto que evidentemente tratándose de entidades soberanas “no resulta razonable presumir que los Estados, al incluir disciplinas de expropiación indirecta en sus tratados, aceptan ceder una parte de su espacio de política pública (FAYA, 2013)”. Por lo que si bien la magnitud del impacto económico es fundamental para determinar la existencia o no de una expropiación indirecta, no podría llegarse al extremo de entenderlo como el único factor en juego (ST ARB/02/01, 3 de octubre de 2006, 194)<sup>28</sup>.

### **2.3. El incumplimiento a las expectativas legítimas del inversionista.**

El tercer criterio que nos convoca es el del incumplimiento que las medidas gubernamentales podrían ocasionar a las expectativas legítimas de los inversionistas. Por expectativa legítima debemos entender las expectativas objetivamente razonables y no puramente subjetivas de los inversionistas; en otras palabras, éstos deberán “probar que [su] inversión se basaba en un estado de las cosas que no incluía el esquema reglamentario en discusión (OCDE, 2004, p. 21)”.

---

<sup>27</sup> Tesis que propone que la magnitud del impacto económico de la medida estatal sobre el derecho de propiedad debe ser el único factor para determinar la existencia de una expropiación.

<sup>28</sup> Tal fue, de hecho, la postura del tribunal en el caso *LG&E c. Argentina* al señalar que “la opinión de este Tribunal es que debe haber un equilibrio en el análisis, es decir, ha de tratarse de un análisis que alcance tanto a las causas como a los efectos de una medida, a los fines de calificarla como expropiatoria”, *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. and LG&E International Inc. c. República Argentina*.

La importancia de las expectativas de los inversionistas se puso de manifiesto en el caso *Tecmed c. México*, ya que el tribunal condicionó la violación del acuerdo a la legitimidad de las expectativas (ST ARB(AF)/00/2, 29 de mayo de 2003, 122)<sup>29</sup>. Se trata, en efecto, de un criterio que ha sido frecuentemente considerado por los tribunales, precisando en todo caso, que no toda actuación estatal que pueda provocar un efecto negativo a un inversionista, podrá ser considerado como equivalente a una expropiación.

Por ejemplo, en el caso *Starrett Housing Corp. c. Iran*, el Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos señaló que “aquellos que invierten en Irán, como aquellos que invierten en cualquier otro país, deben soportar el riesgo de verlo golpeado por huelgas, lock-out. Cambios de sistema económico y político, e incluso una revolución. Si alguno de dichos riesgos llegase a materializarse, no significa necesariamente que los derechos de propiedad que se vean afectados por este tipo de sucesos puedan ser considerados como usurpados (ST 314-24-1, 14 de agosto de 1987)”.

Asimismo, en el caso *Azinian c. México*, el tribunal sostuvo que “un inversionista extranjero investido del principio de protección en virtud del TLCAN puede entablar relaciones contractuales con una autoridad pública, y puede sufrir una infracción por parte de esa autoridad, y aún así no encontrarse en condiciones de iniciar una

---

<sup>29</sup> El tribunal se interrogó acerca de si el accionar de México había sido razonable en relación a los objetivos perseguidos, a la privación de los derechos económicos y a las expectativas legítimas del inversionistas. *Técnicas Medioambientales TECMED S.A. c. Estados Unidos Mexicanos*.

*reclamación en virtud del TLCAN*. Es propio de la vida, en todas partes, que los individuos puedan sentirse decepcionados en sus tratos con las autoridades públicas, y decepcionados una vez más cuando los tribunales nacionales rechazan sus quejas. Es posible asumir con seguridad que se pueden encontrar muchos particulares mexicanos que mantuvieron relaciones comerciales con entidades gubernamentales, sin obtener satisfacción a su respecto; México improbablemente actuará en forma distinta a otros países a este respecto. El TLCAN no tiene la intención de proporcionar a los inversionistas extranjeros una protección general contra este tipo de decepción, y nada en sus términos así lo establece (ST ARB(AF)/97/2, 1 de noviembre de 1999, 83)”.

Posteriormente, en el caso *Feldman c. México*, bajo el epígrafe *Many Business Problems Are Not Expropriations* de la sentencia, el tribunal confirmó la regla que venimos indicando, al señalar que “no toda actividad regulatoria gubernamental que dificulte o imposibilite que un inversionista lleve a cabo un negocio en particular, ni todo cambio en la ley o cambio en la aplicación de las leyes existentes que lo vuelva antieconómico para continuar un negocio en particular, es una expropiación bajo el Artículo 1110. Los gobiernos, en el ejercicio de su poder regulador, alteran con frecuencia sus leyes y reglamentos en respuesta a circunstancias económicas cambiantes o modificaciones en las consideraciones políticas, económicas o sociales. Esos cambios bien pueden hacer que ciertas actividades sean menos rentables o incluso antieconómicas para continuar (MANCIAUX, 2006, p. 88 y ss;

Marvin Roy Feldman Karpa c. Estados Unidos Mexicanos, Cít. supra nº 27 §112; ST ARB/01/8, 12 de mayo de 2005, 263.)”.

### **3. CONCLUSIONES**

Los Estados tienen entonces, gracias a su poder soberano, en búsqueda del bienestar general, un legítimo derecho a modificar sus legislaciones (FAYA, 2013, p. 244)<sup>30</sup>, sin embargo, no deber perderse de vista que “la línea divisoria entre el concepto de expropiación indirecta y las medidas reglamentarias gubernamentales no indemnizables no se encuentra [aún] establecida con la rigurosidad deseada (OCDE, 2005; FAYA, 2013, p. 244)”. Así las cosas, los tribunales se verán obligados a seguir recurriendo a diversos criterios, a menudo ambiguos, destinados a distinguirlos.

Se trata entonces de una situación compleja en que la mejor solución, al día de hoy, parece ser el análisis separado de cada caso concreto por los tribunales; lo anterior como consecuencia de la infinita cantidad de circunstancias fácticas que deben ser tomadas en consideración, impidiendo aceptar o excluir *a priori* en forma excluyente cualquiera de los distintos criterios de distinción ya evocados. A nuestro entender, en todo caso, la verdadera solución pasará por la integración convencional de las reglas relativas al interés

---

<sup>30</sup> No debe olvidarse, como dice Faya, que el poder reglamentario de los Estados no parece estar en peligro frente a la expropiación indirecta, dado que se trata de un componente esencial de su soberanía y parte de su razón de ser.

general en los distintos instrumentos destinados a la promoción de las inversiones; si bien esta idea puede parecer irrealizable, no debe olvidarse que lo que proponemos ya viene teniendo lugar desde hace bastante tiempo, aunque en forma bastante más restringida: nos referimos la gran cantidad de TPPI existentes en que los Estados señalan expresamente cuáles actuaciones susceptibles de afectar las inversiones y por qué motivos, no podrán ser consideradas como equivalentes a una expropiación (HECKER, 2010, p. 61-64) <sup>31</sup>.

## REFERENCIAS

- AGUIRRE, Daniel. 2008. **The human right to development in a globalized world**. Ashgate, Hampshire.
- AMERICAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW. 1961. vol. 55, nº3.
- AZINIAN, Robert; DAVITIAN, Kenneth y BACA, Ellen C. Estados Unidos Mexicanos, caso CIADI nº ARB(AF)/97/2, sentencia de 1 de noviembre de 1999.
- CAMBRIDGE UNIVERSITY. 1961. “American Journal of International Law”. **Cambridge University Press**. Vol. 55, No.3.
- COMPAÑÍA DEL DESARROLLO DE SANTA ELENA c. República du Costa Rica, caso CIADI nº ARB/96/1, sentencia de 17 de febrero de 2000.
- DOLZER, Rudolf. 1986. “Indirect expropriation of alien property”. **ICSID Review - Foreign Investment Law Journal**. Vol. 1: 41.
- DOLZER, Rudolf y STEVENS, Margrete. 1995. **Bilateral Investment Treaties**. Nijhoff, La Haya.

---

<sup>31</sup> Para el análisis de casos concretos v. “la protección de las inversiones en los TBI. La consideración de valores no económicos”.



- EL BOUDOUHI, Saïda. 2005. "L'intérêt général et les règles de protection des investissements". **AFDI**. Vol. 51: 551-552.
- FAYA, Alejandro. 2013. "¿Cómo se determina una expropiación indirecta bajo tratados internacionales en materia de inversión? Un análisis contemporáneo" en S. Rodríguez y H. Wöss. Foro de Arbitraje en materia de inversión México, **Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas**.
- FERNÁNDEZ, Enrique. 2007. "Expropiación indirecta y arbitraje en inversiones extranjeras", **Revista Internacional de Arbitraje**. No. 7: 11-65.
- HECKER, Carlos. 2009. El estado de necesidad en el Derecho francés y el Derecho Comparado", **Revista Actualidad Jurídica**, Tomo I. No. 19.
- HECKER, Carlos. 2010. "La propiedad y la inversión extranjera". **Revista de Derecho y Ciencias Penales**. No. 14: 59.
- HIGGINS Rosalyn. 1982. "The Taking of Property by the State: Recent Developments in International Law". **RCADI**. Vol. 176: 259-389.
- JAMES & otros c. Reino Unido, caso CEDH n° 8793/79, sentencia de 21 de febrero de 1986.
- KATTE KITSCHKE DE LA GRANGE c. Italia, caso CEDH n° 12539/86, sentencia de 27 de octubre de 1994.
- LEBEN, Charles. 2006. **La liberté normative de l'Etat et la question de l'expropriation indirecte**. En C. LEBEN, Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement, Anthemis. Louvain-La-Neuve.
- LG&E ENERGY CORP., LG Y E CAPITAL CORP. AND LG&E INTERNATIONAL INC. c. República Argentina, caso CIADI n° ARB/02/01. sentencia de 3 de octubre de 2006.
- MANCIAUX, Sébastien. 2004. "Investissements étrangers et arbitrage entre Etats et ressortissants d'autres Etats". Trente années d'activité du CIRDI, **Litec**, Dijon.
- MANCIAUX, Sébastien. 2006. "Les mesures équivalentes à une expropriation dans l'arbitrage international relatif aux

investissements” en F. HORCHANI, Où va le droit de l’investissement ?. **Pedone**, Túnez.

MARCKX c. Bélgica, caso CEDH n° 6833/74, sentencia de 13 de junio de 1979.

MATOS E SILVA, LDA. & OTROS c. Portugal, caso CEDH n° 15777/89, sentencia de 16 de septiembre 1999.

METALCLAD CORPORATION c. Estados Unidos Mexicanos, caso CIADI n° ARB(AF)/97/1, sentencia de 30 de agosto de 2000.

METHANEX CORPORATION c. Estados Unidos de América, caso CNUDMI, sentencia de 07 de agosto de 2005.

M.-E. SPORRONG y I.-M. LÖNNROTH c. Suecia, caso CEDH n° 7151/75 y 7152/75, sentencia de 23 de septiembre de 1982.

NOUVEL, Yves. 2002. “Les mesures équivalent à une expropriation dans la pratique récente des tribunaux arbitraux”. **RGDIP**.

OCDE. Disponible en sus originales en francés e inglés el sitio web de la OCDE <http://www.oecd.org/>

OCDE. 2004. “L’expropriation indirecte » et le « droit de réglementer » dans le droit international de l’investissement”. **Documento de trabajo OCDE acerca de la inversión internacional**. No. 4.

OCDE. 2005. Droit International de l’investissement: un domaine en mouvement. Complément aux perspectives de l’investissement international OCDE.

PHELPS DODGE c. Iran, Iran-US CTR n° 217-99-2, sentencia de 19 de marzo de 1986.

REISMAN, Michael y SLOANE, Robert. 2004. “Indirect expropriation and its valuation in the BIT generation”. **British Year Book of International Law**. Vol. 74: 121.

RICHARD HANDYSIDE c. Reino Unido, caso CEDH n° 5493/72, sentencia de 7 de diciembre de 1976.

RIPINSKY, Sergey y WILLIAMS, Kevin 2008. **Damages in International Investment Law**. British Institute of Comparative Law.

- SAGHI, James c. Iran, Iran-US CTR n° ITL 66-298-2, sentencia de 12 de enero de 1987.
- SEA-LAND SERVICE INC. c. Iran, Iran-US CTR n°135-33-1, sentencia de 20 de junio de 1984.
- SEDCO INC. c. National Iranian Oil Co., Iran-US CTR n° 55-129-3, sentencia de 28 octubre de 1985.
- S.D. MYERS INC. c. Gouvernement du Canada, caso CNUDMI 40 ILM 1408, sentencia parcial du 13 de noviembre de 2000.
- SORNARAJAH, Muthucumaraswamy. 2004. **The international law of foreign investment**, 2da ed. Cambridge University Press, Cambridge.
- SPORRONG, M.-E. y I.-M. Lönnroth c. Suecia, caso CEDH n° 7151/75 y 7152/75, sentencia de 23 de septiembre de 1982.
- STARRETT HOUSING CORP. c. Iran, Iran-US CTR n° 314-24-1, sentencia de 14 de agosto de 1987.
- TIPPETTS, ABBETT, MCCARTHY, STRATTON y TAMS-AFFA CONSULTING ENGINEERS c. Iran, Iran-US CTR n° 141-7-2, sentencia de 29 de junio de 1984.
- TOTAL S.A. c. República Argentina, caso CIADI n° ARB/04/1, decisión relativa a la responsabilidad, de 27 de diciembre de 2010.
- UNCTAD. 2008. **Regulación internacional de la Inversión: Balance, retos y camino a seguir**. Colección de publicaciones de la UNCTAD sobre temas relacionados con las políticas internacionales de inversión para el desarrollo. Nueva York / Ginebra. Disponible en el sitio web de la UNCTAD: <http://www.unctad.org/>
- WAGNER, J. Martin. 1999. "International Investment, Expropriation and Environmental Protection". **Golden Gate University Law Review**. Vol. 29, No. 3 n°3.





**UNIVERSIDAD  
DEL ZULIA**

---

# **opción**

Revista de Ciencias Humanas y Sociales  
Año 35, Especial No. 25 (2019)

Esta revista fue editada en formato digital por el personal de la Oficina de Publicaciones Científicas de la Facultad Experimental de Ciencias, Universidad del Zulia.  
Maracaibo - Venezuela

**[www.luz.edu.ve](http://www.luz.edu.ve)**

**[www.serbi.luz.edu.ve](http://www.serbi.luz.edu.ve)**

**[produccioncientifica.luz.edu.ve](http://produccioncientifica.luz.edu.ve)**