

La protección contra la expropiación indirecta: El camino hacia su clarificación en los tratados de inversión modernos

**Protection against indirect expropriation:
The road to clarification in modern investment treaties**

JOSÉ GERMÁN SALCEDO MACHADO

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Maestría en Derecho Internacional Económico por la Universidad de Warwick.



SUMARIO:

- I. Introducción.**
- II. Contextualizando el problema.**
- III. La tensión entre la protección de la inversión extranjera y del interés público.**
- IV. Las razones por las cuales delimitar la expropiación indirecta no ha sido tarea fácil.**
- V. Los criterios desarrollados por la casuística arbitral.**
 - a. La Doctrina de los Efectos.**
 - b. La Doctrina de los Poderes de Policía.**
 - c. El Análisis de Proporcionalidad.**
- VI. Hacia la clarificación de las cláusulas de protección contra la expropiación indirecta.**
- VII. Conclusiones.**

RESUMEN:

En el presente artículo, el autor repasa los esfuerzos emprendidos durante décadas por la doctrina y los tribunales de inversión para interpretar cuándo ocurre una expropiación indirecta, y expone la actual tendencia hacia la clarificación textual de esta protección en los tratados de protección de inversiones modernos.

Palabras clave: Expropiación indirecta, tratados de protección de inversiones, derecho internacional.

ABSTRACT:

In this article, the author reviews the efforts undertaken for decades by investment doctrine and tribunals to interpret when an indirect expropriation occurs, and discusses the current trend towards textual clarification of this protection in modern investment protection treaties.

Keywords: Indirect expropriation, investment protection treaties, international law.

I. INTRODUCCIÓN

En los más de 3,200 acuerdos internacionales de inversión —All— en vigor,¹ una disposición se repite con uniformidad: la obligación de los Estados de indemnizar la expropiación de la inversión extranjera. Pese a la universalidad de esta protección y a la habitualidad con la que genera controversias de inversión, en el derecho internacional de las inversiones no se ha absuelto de forma definitiva la pregunta de ¿cuándo una medida estatal de efecto expropiatorio configura una expropiación *indirecta* compensable y cuándo constituye una conducta regulatoria legítima no compensable? Una de las causas de esta pendencia es que las cláusulas de expropiación tradicionales no contemplaban definiciones ni parámetros precisos para su aplicación. Por ello, muchos All recientes buscan establecer criterios específicos para que los tribunales arbitrales puedan responder esa pregunta con mayor deferencia hacia el espacio regulatorio de los Estados.

Y es que las expropiaciones de inversión extranjera ya no ocurren de forma directa y deliberada como en el pasado, cuando una incautación violenta o la promulgación de un decreto de confiscación eran modalidades frecuentes. Hoy, ocurren de forma *indirecta*, generalmente

como consecuencia de actos regulatorios que tienen legítimos objetivos de interés público, pero que, involuntariamente, generan daño colateral en negocios de inversionistas protegidos, anulando sustancialmente los beneficios de dicha propiedad. Una cuestión problemática de esta coyuntura es que, dependiendo de qué tan expansivamente sea interpretada la protección contra la expropiación indirecta, puede producirse un peligroso desbalance entre la protección de la inversión extranjera particular y del interés público general.

Este artículo explora el camino sinuoso que han transitado la doctrina y los tribunales de inversión al interpretar las cláusulas de protección contra la expropiación de los All de primera generación y la actual tendencia hacia la clarificación de las cláusulas de expropiación indirecta en los tratados más recientes.

II. CONTEXTUALIZANDO EL PROBLEMA

En agosto de 1922, preparándose para su ingreso a la Primera Guerra Mundial y ante una inminente escasez de material de guerra, Estados Unidos confiscó numerosos navíos que estaban en plena construcción en astilleros en su territorio. Quince compañías navieras noruegas vieron automáticamente truncados los

1. Al momento de redacción de este artículo, se estiman vigentes 3,265 tratados internacionales de inversión. UNCTAD, *World Investment Report 2023: Investing in sustainable energy for all* (Ginebra: UNCTAD, 2023), 71.

contratos que habían suscrito con estos astilleros para la construcción de barcos cuyo destino comercial debía ser Europa. Si bien el gobierno de los Estados Unidos honró los pagos a los astilleros norteamericanos para que culminen la construcción de los barcos confiscados, no compensó a las compañías que habían encargado su construcción, pese a que estas habían sufrido la pérdida de los anticipos pagados a los constructores, además de algunos bienes intangibles asociados a esos proyectos —diseños, planos y especificaciones técnicas para la fabricación de las naves—.

En representación de sus nacionales afectados, el gobierno noruego demandó a los Estados Unidos ante la Corte Permanente de Arbitraje para el pago de compensaciones. El tribunal arbitral a cargo del caso falló en favor de Noruega y determinó que, mientras que Estados Unidos había formalmente expropiado y compensado a los astilleros norteamericanos por las embarcaciones requisadas en sus instalaciones, esta misma medida había involucrado, en simultáneo, una desposesión de facto de los derechos contractuales de los mandantes noruegos, sin que estos hubieran sido compensados por tales pérdidas.²

Este es conocido como el caso *Norwegian Shipowners* y fue uno de los primeros pronunciamientos sobre expropiación indirecta por un tribunal internacional. Diversos autores atribuyen a esta decisión, además, la inepción de la que, luego, tribunales de inversión acuñarían como la *Sole Effects doctrine*.³ Según esta doctri-

na, para determinar si un acto gubernamental constituye una expropiación indirecta, deben analizarse únicamente sus efectos sobre los derechos de propiedad del inversionista, sin entrar a ponderar las motivaciones del Estado que la dictó.⁴ De acuerdo con esta corriente, un acto estatal califica como expropiatorio y compensable si interfiere sustancialmente en el uso o disfrute de la propiedad del inversionista, aun cuando detrás de tal medida hubiera existido un objetivo de interés público.⁵

Cien años después de *Norwegian Shipowners*, el mundo afrontó otra amenaza global: la pandemia de la Covid-19. En el apogeo de esta crisis, en octubre de 2020, los gobiernos de India y Sudáfrica pidieron a la Organización Mundial del Comercio —OMC— que suspendiera temporalmente las patentes de las vacunas contra el virus.⁶ Esta iniciativa prosperó recién en junio de 2022, cuando la OMC acordó una moratoria de la exclusividad de las patentes de las vacunas contra la Covid-19 por cinco años y autorizó a los países en vía de desarrollo a producir estas dosis sin el consentimiento del titular de los derechos.⁷

Para aquel momento, cientos de millones de dosis de vacunas habían sido producidas por sus titulares y estaban siendo rápidamente distribuidas, por lo que los gobiernos no necesitaron implementar la autorización de la OMC para fabricarlas sin el consentimiento de aquellos. Sin embargo, es razonable pensar que, de haberse valido de dicha moratoria, algunos Es-

2. *Noruega c. EE.UU. —Norwegian Shipowners Claims—*, caso PCA 1921-01, laudo del 13 de octubre de 1922, 28.
3. Michael Reisman y Robert D. Sloane, «Indirect expropriation and its valuation in the BIT generation», *British Yearbook of International Law* 74, (2004): 119; G. C. Christie, «What constitutes a taking of property under International Law», *British Yearbook of International Law* 38, (1962): 310; UNCTAD, *Expropriation. UNCTAD series on issues in International Investment Agreements II*, (2008): 7.
4. Yves Fortier y Stephen L. Drymer, «Indirect expropriation in the Law of International Investment: I know it when I see it, or Caveat Investor», *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal* 19, no. 2 (2004): 308.
5. Ben Mostafa, «The Sole Effects doctrine, police powers and indirect expropriation under International Law», *Australian International Law Journal* 15, (2008): 267.
6. Consejo de los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio, *Exención de determinadas disposiciones del Acuerdo Sobre los ADPIC para la prevención, contención y tratamiento de la Covid-19, Comunicación de la India y Sudáfrica*, OMC IP/C/W/669 (2 de octubre de 2020).
7. Conferencia Ministerial, duodécimo período de sesiones, *Decisión Ministerial relativa al Acuerdo sobre los ADPIC*, OMC WT/MIN(22)/30 (22 de junio de 2022).

tados habrían tenido que afrontar demandas de las farmacéuticas dueñas de las patentes por la expropiación indirecta de sus derechos de propiedad intelectual. Creemos que una aplicación estricta de la *Sole Effects doctrine* en estos casos habría resultado en la determinación de que existió una expropiación indirecta compensable,⁸ aun cuando la medida estatal controvertida hubiera tenido por finalidad proteger la salud pública en medio de una grave emergencia sanitaria.

Es también razonable imaginar que incluso la sola perspectiva de ser demandado internacionalmente por expropiación podría haber disuadido a más de un gobierno que, pese a estar urgido de vacunas para su población, habría preferido no implementar la moratoria de la OMC, intimidado por el riesgo de enervar responsabilidad internacional.

III. LA TENSIÓN ENTRE LA PROTECCIÓN DE LA INVERSIÓN EXTRANJERA Y DEL INTERÉS PÚBLICO

El caso hipotético que acabamos de señalar sirve para ilustrar las constantes tensiones entre el régimen de protección de inversiones y el ejercicio de la autonomía regulatoria gubernamental. Estas tensiones son más patentes en aquellas áreas donde la protección contra la expropiación indirecta reduce el espacio de maniobra que necesitan los gobiernos para poder regular aspectos de interés público, tales como la protección medioambiental, la seguridad interna y la salud pública.

Cuando los Estados suscriben tratados de inversión, entran en una compleja situación de búsqueda

de equilibrio. Por un lado, deben respetar las protecciones concedidas a los inversionistas cubiertos por el tratado, al mismo tiempo que deben preservar y ejercer su poder regulatorio para proteger el interés público. Esto coloca a los Estados en un dilema permanente pues, como bien señala la UNCTAD, “casi cualquier medida gubernamental puede ser interpretada como un acto de interferencia en el negocio de algún inversionista extranjero”.⁹ Así, cuando un gobierno decide regular para atender alguna de las siempre cambiantes necesidades del interés público, puede resultar causando daño colateral en alguna inversión protegida. Pero, si dicho gobierno decide no practicar su autoridad regulatoria, estará desatendiendo su deber de velar por el interés público. Cualquiera de estas opciones le puede traer serias consecuencias negativas. Por ello, los Estados pueden sentir que su legítimo accionar está incómodamente condicionado por un régimen de protección de inversiones poco claro al que están sujetos.

En la actualidad, numerosos AIIs de primera generación están vigentes,¹⁰ y seguirán estándolo por mucho tiempo más. Como más adelante veremos, estos acuerdos se caracterizan por contener cláusulas de expropiación sumamente escuetas y por no definir qué es una expropiación indirecta. Esta escasa precisión textual obligó a muchos tribunales de inversión a interpretar dicha protección y a intentar establecer fórmulas para identificar cuándo ocurre una expropiación indirecta compensable. Sin embargo, estos emprendimientos autónomos, al haber sido conducidos por tribunales culturalmente diversos y que operaron bajo el lenguaje de distintos AIIs, generaron interpretaciones disímiles, de las cuales surgieron fórmulas como

-
8. Para fines didácticos, asumimos que las cláusulas sobre expropiación en el hipotético tratado de protección de inversiones aplicable no impiden la aplicación de la *sole effects doctrine*.
 9. UNCTAD, «*Taking of Property: UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements*» (Nueva York y Ginebra: UNCTAD, 2000), 6.
 10. Se conoce como AII de primera generación a aquellos tratados celebrados antes de la década de los 2000. Esta fecha marcó un punto de inflexión en la práctica de tratados pues, a consecuencia de la proliferación de demandas de inversión en la década previa, los Estados empezaron a producir modelos de AII de redacción más sofisticada, con estándares de protección más precisos y que buscaban un mejor balance entre la protección de la inversión extranjera y la preservación del interés público. Ver UNCTAD, «*Investor-State Dispute Settlement and Impact on Investment Rulemaking*» (UNCTAD, 2007).

la *Sole Effects doctrine* y otros criterios alternativos cuya coexistencia agudizó las tensiones.

Esa falta de predictibilidad de cuándo ocurre una expropiación indirecta compensable impide a los Estados tener suficiente claridad respecto del régimen de protección de inversiones que deben respetar. Lógicamente, esto reduce su capacidad de tomar decisiones razonadas al momento de adoptar medidas regulatorias que puedan tener algún impacto sobre la propiedad extranjera. La ausencia de certeza y consistencia en este campo puede llevar a los Estados a cometer errores y tener que afrontar el pago de cuantiosas compensaciones. Puede también infundirles suficiente aprensión como para generar enfriamiento normativo – fenómeno también conocido como *regulatory chill*, que ocurre cuando un Estado se abstiene de promulgar legislación o ejecutar acciones regulatorias por aversión al riesgo de afrontar demandas de inversión.¹¹

En ese contexto, es comprensible que uno de los desarrollos contemporáneos más notables en el derecho internacional de las inversiones sea la clarificación de las cláusulas de protección contra la expropiación indirecta en los AI más recientes.¹² La mayor precisión con la que estas cláusulas vienen siendo redactadas en los AI de moderna generación demuestra el gran interés de los Estados por restringir la discreción con la que cuentan los tribunales de inversión para interpretar cuándo una medida gubernamental califica como una expropiación indirecta compensable.

IV. LAS RAZONES POR LAS CUALES DELIMITAR LA EXPROPIACIÓN INDIRECTA NO HA SIDO TAREA FÁCIL

Para el derecho internacional, la expropiación es la forma más severa de interferencia estatal contra la propiedad.¹³ Claro que esto no significa que la propiedad privada sea inviolable pues, según el principio de soberanía territorial, los Estados tienen el derecho de regular y gravar la propiedad ubicada dentro de su área de poder, así como de expropiarla. Sin embargo, para que el ejercicio de este derecho no enerve responsabilidad, el derecho internacional clásico establece ciertas condiciones mínimas que son: que la expropiación tenga un propósito público, se ajuste al debido proceso, no sea discriminatoria y esté acompañada de una compensación justa.¹⁴

Si bien la legalidad de la expropiación de propiedad extranjera depende fundamentalmente del cumplimiento cumulativo de esas condiciones, cuando se trata de una expropiación indirecta, esta verificación puede resultar bastante difícil. De hecho, autores muy acreditados reconocen que el delimitar cuándo una conducta estatal equivale a una expropiación indirecta ilícita y cuándo se trata de una medida regulatoria legítima, ha sido una de las labores más arduas en el derecho internacional de las inversiones.¹⁵

Mucho trabajo en doctrina y casuística arbitral ha sido dedicado a intentar fijar criterios que sirvan para distinguir una medida expropiato-

11. Begoña Pérez B., «Límites a la autonomía legislative en materia tributaria derivados del TTIP: el «regulatory chill effect», *Revista Jurídica Universidad Autónoma De Madrid* 34 (2017): 216.
12. Ying Zhu, «Do clarified indirect expropriation clauses in International Investment Treaties preserve environmental regulatory space?», *Harvard International Law Journal* 60, no. 2, (2019): 377.
13. Rudolf Dolzer, Ursula Kriebaum y Christoph Schreuer, *Principles of international investment law* (3ra ed.) (Oxford University Press, 2022), 146.
14. Andrew Newcombe y Luis Paradell, *Law and practice of investment treaties. Standards of treatment* (Wolters Kluwer, 2009), 369.
15. Rudolf Dolzer, «Indirect expropriation of alien property», *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal* 1, no. 1 (1986): 41. Más de quince años después de hacer esta afirmación, el Profesor Dolzer reiteraría la vigencia de la cuestión. Ver Rudolf Dolzer, «Indirect expropriations: New developments?», *NYU Environmental Law Journal* 11, no. 1 (2002): 66 —“it is not unreasonable to assume that the legal issues in the foreign investment context may, for the time being, be dominated by the definition of expropriation.”—

ria compensable de una legítima medida regulatoria no compensable. Creemos que la dificultad de esta labor obedece, en gran medida, a dos motivos. El primero es que la expropiación indirecta puede adoptar diversas formas, intensidades y matices,¹⁶ lo cual hace muy difícil determinar si una medida de efecto expropiatorio ha siquiera ocurrido.

Y es que, a diferencia de una expropiación directa, donde el Estado abierta y deliberadamente se hace de la propiedad privada, una expropiación indirecta involucra una medida estatal que en apariencia no conlleva una transferencia de propiedad, pero resulta en la privación sustancial de los derechos de propiedad del inversionista o de sus beneficios. Esta privación puede llegar a ocurrir como consecuencia de uno o varios actos estatales que interfieren en el uso o control de la propiedad del inversionista a tal punto que la tornan inservible, aun cuando éste conserve el título de su propiedad y el Estado no haya tenido un ánimo expropiatorio. Debido a este amplio espectro y a la variedad de posibles matices resultantes, no es casualidad que en doctrina y casuística la expropiación indirecta se describa empleando diversas adjetivaciones, tales como de facto, equivalente, encubierta, consecuencial, cumulativa, virtual o regulatoria.¹⁷

El segundo obstáculo es la escasa precisión textual que caracteriza a los AIIs de primera generación.¹⁸ Debido a esta particularidad, las cláusulas de expropiación contempladas en estos instrumentos no contienen una definición clara de lo que constituye una expropiación

indirecta y tampoco establecen exenciones específicas ni materias respecto de las cuales los Estados contratantes se hayan reservado el derecho de regular sin enervar su responsabilidad internacional. Para ilustrar este obstáculo, revisemos las cláusulas de expropiación de un par de AIIs de primera generación suscritos por el Perú, que continúan en vigor y que han sido invocados en diversos arbitrajes de inversión entablados contra el país, lo cual demuestra su relevancia y plena vigencia práctica.

El AII entre Perú y España data de 1994 y ha sido invocado en, al menos, cinco arbitrajes de inversión contra el Perú.¹⁹ La cláusula de expropiación de este tratado señala únicamente lo siguiente:²⁰

Artículo 5 - Nacionalización y expropiación
La nacionalización, expropiación, o cualquier otra medida de características o efectos similares que pueda ser adoptada por las autoridades de una parte contratante contra las inversiones de inversores de la otra parte contratante en su territorio, deberá aplicarse exclusivamente por razones de necesidad o utilidad pública conforme a las disposiciones legales y en ningún caso será discriminatoria. La parte contratante que adoptara estas medidas pagará al inversor o a su derecho-habiente, sin demora injustificada, una indemnización adecuada, en moneda convertible y libremente transferible.

De otro lado, el AII entre Francia y Perú de 1996 ha sido invocado en tres arbitrajes de inversión

-
16. Para un repaso amplio sobre la expropiación indirecta en el derecho internacional y las formas como que puede ocurrir, ver OECD, «“Indirect Expropriation” and the “Right to Regulate” in International Investment Law», *OECD Working Papers on International Investment*, 2004/04 (OECD Publishing, 2004).
 17. Andrew Newcombe y Luis Paradell, *Law and practice of investment treaties. Standards of treatment* (Wolters Kluwer, 2009), 325.
 18. Sobre la falta de claridad textual de las protecciones contenidas en los tratados de inversión, ver Bernard Hanotiau, «Are bilateral investment treaties and free trade agreements drafted with sufficient clarity to give guidance to tribunals?», *American University Business Law Review* 5, no. 3 (2015): 313.
 19. *Exeteco International Company S.L. c. Perú*, caso PCA No. AA535; *Isolux Corsán Concesiones S.A. c. Perú*, caso CIADI No. ARB/12/5; *Lidercón S.L. c. Perú*, caso CIADI No. ARB/17/9; *Telefónica S.A. c. Perú*, caso CIADI No. ARB/21/10; *Enagás Internacional S.L.U. c. Perú*, caso CIADI No. ARB/21/65.
 20. Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre la República del Perú y el Reino de España, suscrito en Madrid el 17 de noviembre de 1994 y en vigor desde el 16 de febrero de 1996.

contra el Perú,²¹ y su cláusula de expropiación dispone así en su parte relevante:²²

Artículo 5

(2) Las Partes Contratantes no adoptarán medidas de expropiación o de nacionalización o cualquier otra medida cuyo efecto sea privar, directa o indirectamente, a los nacionales y sociedades de la otra Parte Contratante de las inversiones que les pertenecen en su territorio y área marítima, a menos que sea por causa de utilidad pública y a condición que estas medidas no sean discriminatorias, ni contrarias a un compromiso particular de una de las partes contratantes con los nacionales o sociedades de la otra parte contratante.

Las medidas de expropiación que podrían ser adoptadas darán lugar al pago de una indemnización pronta y adecuada cuyo monto, equivalente al valor real de las inversiones afectadas, será determinado en base a una situación económica normal y anterior a toda amenaza de expropiación. (...)

Estos son solo dos ejemplos de los 20 AI de primera generación suscritos por el Perú durante la década de los 90. Vistos en retrospectiva, resulta sorprendente que un estándar de protección tan frecuentemente invocado en controversias de inversión fuera redactado con tanta austeridad. Por ejemplo, el lector habrá podido apreciar que ninguna de las cláusulas transcritas define qué es una expropiación indirecta. Tampoco se ocupan de definir cuál es el grado de interferencia en la propiedad idóneo para configurar una expropiación compensable; mucho menos establecen situacio-

nes especiales fuera del alcance de la cláusula para escenarios específicos relacionados con el interés público. Por el contrario, nótese que ambas cláusulas citadas disponen que, incluso tratándose de medidas adoptadas por razones de *utilidad pública*, habrá lugar al pago de una *compensación pronta y adecuada*.

Esta es una característica transversal de los AI de previa generación: cláusulas de expropiación carentes de límites y ausencia de definición de la expropiación indirecta, lo cual generó un vacío legal que numerosos tribunales de inversión intentaron autónomamente llenar.

V. LOS CRITERIOS DESARROLLADOS POR LA CAUSTICA ARBITRAL

De la vasta red de más de 3,200 AI vigentes, un gran número corresponde a acuerdos de primera generación, los cuales, como ya vimos, contienen cláusulas de expropiación genéricas y de escueta redacción. Esta falencia impide delinear con nitidez la frontera entre lo que constituye una medida estatal que interfiere lícitamente con la propiedad extranjera y una expropiación indirecta compensable. Esta ambigüedad ha demostrado ser particularmente problemática para los Estados al momento de regular en asuntos de interés público, pues la falta de linderos claros de su espacio de autonomía regulatoria genera incertidumbre y puede dar lugar al ya mencionado *regulatory chill*.²⁴

En este escenario, los tribunales de inversión emergieron como una pieza fundamental para el ecosistema de protección de inversiones y, por medio de sus decisiones, ejercieron un rol

21. *Compagnie Minière Internationale Or S.A. c. Perú*, caso CIADI No. ARB/98/6; *Renée Rose Levy c. Perú*, caso CIADI No. ARB/10/17; *Renée Rose Levy & Gremcitel S.A. c. Perú*, caso CIADI No. ARB/11/17.
22. Convenio entre el Gobierno de la República del Perú y el Gobierno de la República Francesa sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, en vigor desde el 30 de mayo de 1996.
23. Al momento de redacción de este artículo, se estiman vigentes 3,265 tratados internacionales de inversión. UNCTAD, *World Investment Report 2023: Investing in sustainable energy for all*, (Ginebra: UNCTAD, 2023), 71.
24. Los tratados de inversión han sido descritos como “armas de doble filo” pues, si bien constituyen instrumentos útiles para atraer la inversión extranjera, al mismo tiempo pueden constreñir el espacio seguro dentro del cual los Estados pueden adoptar medidas regulatorias legítimas. Ver Wolfgang Alschner y Elizabeth Tuerk, “The Role of International Investment Agreements in Fostering Sustainable Development”, en Freya Baetens (ed.), *Investment Law Within International Law: Integrationist Perspectives* (Cambridge University Press, 2013), 221.

de gobernanza para este régimen mediante la interpretación normativa.²⁵ Estos tribunales han formulado ciertas doctrinas para intentar superar la ambigüedad normativa y resolver reclamos de inversión por expropiación indirecta. De esta labor emergieron tres corrientes principales: (i) la doctrina de los efectos, (ii) la de los poderes de policía y (iii) el principio de proporcionalidad.

a. La Doctrina de los Efectos

Según la *Sole Effects doctrine*, para determinar la existencia de una expropiación indirecta compensable, un tribunal debe valorar únicamente el efecto de la medida estatal denunciada sobre los derechos de propiedad del inversionista. Bajo esta óptica las motivaciones gubernamentales que pudieran existir detrás de la medida estatal no afectan tal determinación.

Como vimos al inicio, el origen de esta doctrina puede rastrearse hasta el caso *Norwegian Shipowners*, donde el tribunal explícitamente desestimó el digno propósito gubernamental detrás de la confiscación de las naves y resolvió que Estados Unidos se apropió fáctica y jurídicamente de los contratos de los navieros noruegos bajo los cuales dichas embarcaciones se encontraban en construcción, siendo el efecto de dicha medida la privación completa y permanentemente de su propiedad.²⁶

Diversos otros tribunales perflaron esta corriente. Por ejemplo, el del caso *Metalclad* determinó que una expropiación ocurre cuando una interferencia “tenga el efecto de privar, totalmente o en parte significativa, al propietario del uso o del beneficio económico que razonablemente se esperaría de la propiedad, aunque no necesariamente en beneficio obvio del Estado receptor”.²⁷ El tribunal en *Saipem* fue incluso más explícito pues enfatizó que el criterio más importante para determinar la existencia de una expropiación es el impacto de la medida.²⁸ Similares determinaciones fueron hechas por los tribunales en *Biwater Gauff*²⁹ y *Siemens*,³⁰ entre otros.

Como se ha visto, la doctrina de los efectos privilegia la determinación del impacto real de la medida sobre los derechos de propiedad del inversionista, por encima de las motivaciones gubernamentales. Si bien algunos autores sostienen que el altísimo grado de interferencia que esta doctrina exige para que una medida califique como expropiatoria preservaría adecuadamente el espacio regulatorio de los Estados,³¹ en nuestra opinión, mientras la determinación de cuál es ese grado de interferencia quede en manos de los tribunales, subsistirá la impredecibilidad, el riesgo de decisiones inconsistentes y la percepción por parte de los Estados del acortamiento de su potestad regulatoria.

-
25. Diversos autores coinciden en que, debido a la ambigüedad de las protecciones conferidas en los AIIs, el arbitraje de inversiones se ha convertido en una fuente de gobernanza global. Ver, por ejemplo, Benedict Kingsbury & Stephan Schill, «Investor-State Arbitration as Governance: Fair and Equitable Treatment, Proportionality and the Emerging Global Administrative Law», *NYU School of Law, Public Law Research Paper No. 09-46* (2019).
 26. *Norwegian Shipowners' Claims* (Noruega c. EE.UU.), laudo del 13 de octubre de 1922, 18 —“whatever the intentions may have been, the United States took, both in fact and in law, the contracts under which the ships in question were being or were to be constructed. (...) in fact the claimants were fully and for ever deprived of their property (...) this amounts to a requisitioning by the exercise of the power of eminent domain within the meaning of American municipal law.”—.
 27. *Metalclad c. México*, Caso CIADI No. ARB(AF)/97/1, laudo del 30 de agosto de 2000, 103.
 28. *Saipem c. Bangladesh*, Caso CIADI No. ARB/05/7, laudo del 30 de junio de 2009, 133 —“(...) the most significant criterion to determine whether the disputed actions amount to indirect expropriation or are tantamount to expropriation is the impact of the measure.”—
 29. *Biwater Gauff c. Tanzania*, Caso CIADI No. ARB/05/22, laudo del 24 de julio de 2008, 463-64.
 30. *Siemens AG c. Argentina*, Caso CIADI No. ARB/02/8, Laudo del 6 de febrero de 2007, 270.
 31. Ben Mostafa, «The Sole Effects Doctrine, Police Powers and Indirect Expropriation under International Law», *Australian International Law Journal* 15 (2008): 295.

b. La Doctrina de los Poderes de Policía

Bajo el derecho internacional consuetudinario, los Estados tienen el derecho, y en muchos casos el deber, de regular para proteger el interés público.³² La doctrina de los poderes de policía privilegia esta potestad regulatoria y determina que los Estados son inmunes cuando adoptan medidas que persiguen objetivos de interés público, si es que lo hacen de buena fe, según el debido proceso y de una manera no discriminatoria.³³ Según esta teoría, donde ocurra una interferencia en los derechos de propiedad de un inversionista con ocasión de una medida estatal orientada a proteger el interés público, no existe expropiación. Por lo tanto, el Estado no estará obligado a pagar compensación alguna, incluso si la interferencia fuera total.

Diversas decisiones arbitrales se inclinaron por esta doctrina. Por ejemplo, en el caso *Burlington*, para determinar si la medida estatal impugnada configuró una expropiación, el tribunal se propuso analizar copulativamente si la privación del valor de la inversión había sido sustancial y permanente, y si se justificaba en alguna manifestación del poder policial.³⁴ Similarmente, en *Methanex*, el tribunal determinó que “regulación no discriminatoria con propósito público, que sea promulgada de acuerdo al debido proceso y afecte a un inversionista o inversión extranjera, no es considerada expropiatoria y compensable”.³⁵ Varios otros tribunales

se adhirieron a esta doctrina, tales como los de los casos *Saluka*³⁶ y *Phillip Morris*.³⁷

Esta teoría no está exenta de objeciones, pues no parece lograr un balance sostenible entre la protección de los intereses público y privado. Al respecto, es relevante citar al tribunal del caso *Vivendi*, que criticó frontalmente esta doctrina apuntando que “[s]i la finalidad pública automáticamente previniera a la medida de tener carácter expropiatorio, en ese caso nunca habría una confiscación indemnizable por razones de utilidad pública.”³⁸

En nuestra opinión, esta crítica es válida pues cualquier medida estatal puede de algún modo asociarse a algún objetivo de interés público, por lo que resulta muy difícil imaginar una medida regulatoria que carezca por completo de algún arraigo en el interés público. Por ello, de prevalecer la doctrina de los poderes de policía, los Estados podrían siempre encontrar cómo justificarse alegando que su accionar busca preservar alguna de las diversas manifestaciones del interés público: protección medioambiental, salud pública, seguridad nacional, derechos humanos, orden público, etc.

c. El Análisis de Proporcionalidad

Las doctrinas de los efectos y de los poderes de policía han sido consistentemente criticadas por situarse en posiciones antípodas, lo cual

32. Rudolf Dolzer y Felix Bloch «Indirect Expropriation: Conceptual Realignments?», *International Law Forum du Droit International* 5, no. 3 (2003): 161.

33. Maryam Malakotipur, «The Chilling Effect of Indirect Expropriation Clauses on Host States’ Public Policies: a Call for a Legislative Response», *International Community Law Review* 22 (2020): 239.

34. *Burlington Resources Inc. c. Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/08/5, laudo del 14 de diciembre de 2012, 473.

35. *Methanex Corporation c. EE.UU.*, laudo del 3 de agosto de 2005, 7.

36. *Saluka Investments BV c. República Checa*, laudo parcial del 17 de marzo de 2006, 255 —“It is now established in international law that States are not liable to pay compensation to a foreign investor when, in the normal exercise of their regulatory powers, they adopt in a non-discriminatory manner bona fide regulations that are aimed at the general welfare.”—

37. *Phillip Morris c. Uruguay*, Caso CIADI No. ARB/10/7, laudo del 8 de julio de 2016, 295 —“Después del año 2000 surgió una tendencia congruente a favor de la diferenciación del ejercicio del poder de policía de la expropiación indirecta. (...) que una medida se pueda caracterizar como expropiatoria depende de la naturaleza y el fin de la acción del Estado.”—

38. *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal S.A. c. Argentina*, Caso CIADI No. ARB/97/3, laudo del 20 de agosto de 2007, 7.5.21.

obliga a adoptar una fórmula del “todo o nada”, que impide acomodar la protección del interés público y de la propiedad privada de una forma equitativa y predecible.³⁹

El método de análisis de proporcionalidad emergió como una fórmula más equilibrada para identificar expropiaciones compensables, y ha sido empleado por los tribunales de los casos *Tecmed*⁴⁰ y *SD Myers*,⁴¹ entre otros. Este método aplica un análisis de proporcionalidad que sopesa el interés público detrás del accionar del Estado y el interés del inversionista en proteger su propiedad. Para ello, en cada caso en concreto se valoran no solo el propósito de la medida estatal y su impacto sobre la propiedad protegida, sino también la necesidad e idoneidad de la interferencia para alcanzar el propósito público perseguido, la autenticidad del interés público alegado, las legítimas expectativas del inversionista respecto de la ocurrencia de una interferencia de esa naturaleza y la diligencia del Estado al adoptar la medida.⁴²

Pese a que este método busca encontrar un saludable punto de equilibrio entre los intereses privado y público, no es ajeno a las críticas por parte de la doctrina especializada. Algunos autores sostienen que asigna demasiada discreción a los tribunales de inversión y que, para una correcta identificación de la idoneidad de la medida para proteger el interés público, el análisis de proporcionalidad exige un alto nivel de conocimiento del contexto político y eco-

nómico del Estado receptor, lo cual no siempre puede ser asegurado por un tribunal de inversión.⁴³

VI. HACIA LA CLARIFICACIÓN DE LAS CLÁUSULAS DE PROTECCIÓN CONTRA LA EXPROPIACIÓN INDIRECTA

Los esfuerzos desplegados para establecer una fórmula universal para la identificación de una expropiación indirecta compensable parecen haber sido infructuosos. Como hemos repasado, las diversas doctrinas desarrolladas hacen énfasis en distintos intereses y, si bien la del análisis de proporcionalidad pareciera haber ganado mayor popularidad en la última década y media,⁴⁴ lo cierto es que no logramos identificar en la casuística arbitral un patrón de aplicación consistente y claro. Esto porque, si bien es una práctica común que los tribunales de inversión se apoyen en decisiones previas, el derecho internacional de inversiones no contempla un sistema de jurisprudencia vinculante, lo cual impide dotar de certeza jurídica y predictibilidad a los pronunciamientos arbitrales, en particular, y al régimen, en general. Por ello, la coexistencia de estas doctrinas ha ocasionado una casuística vacilante y se podría decir que incluso ha agravado el problema, pues sigue sin poderse predecir con certeza cuál método será aplicado en un caso en particular.

Es improbable que la intrincada arquitectura de All de primera generación sea desmantelada en

39. Ursula Kriebaum, «Regulatory Takings: Balancing the Interests of the Investor and the State», *The Journal of World Investment & Trade* 8, no. 5 (2007): 729.

40. *Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. c México*, Caso CIADI No. ARB (AF)/00/2, laudo del 29 de mayo de 2003, 122 —“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”—.

41. *S.D. Myers c. Canada*, laudo parcial del 13 de noviembre de 2000, 255, 261 y 263.

42. Ursula Kriebaum, n.º 39, 732.

43. M. Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment* (4ta. ed.) (Cambridge University Press, 2017), 462.

44. Ver, por ejemplo, Alec Stone Sweet, «Investor-State Arbitration: Proportionality's New Frontier», *Law and Ethics of Human Rights* 4 (2010): 47; Erlend Leonhardsen, «Looking for Legitimacy: Exploring Proportionality Analysis in Investment Treaty Arbitration», *Journal of International Dispute Settlement* 1 (2011): 1; Caroline Henckels, «Indirect Expropriation and the Right to Regulate: Revisiting Proportionality Analysis and the Standard of Review in Investor-State Arbitration», *Journal of International Economic Law* 15, nro. 1, (2012): 224.

un futuro cercano, pues el proceso de terminación de estos instrumentos es una compleja tarea de diplomacia comercial y de política doméstica. Involucraría, además, la negociación de nuevos All que reemplacen los acuerdos terminados y que eviten la percepción de desprotección por parte de los inversionistas. Por esta razón, los tribunales de inversión seguirán teniendo que resolver controversias sobre expropiación indirecta que derivan de All de primera generación que contienen cláusulas de expropiación poco claras. Para ello, deberán seguir echando mano de las doctrinas disponibles o las que decidan crear. Por ello, creemos que los tribunales seguirán conservando amplia discreción para resolver, caso por caso, cuándo un acto estatal configura una expropiación compensable, y terminarán adoptando decisiones que posiblemente no representen la intención de los Estados contratantes del All aplicable a dichas controversias.

Para remediar en algo este escenario, los All de moderna generación muestran una clara tendencia hacia la clarificación textual de la protección contra la expropiación indirecta. En efecto, en las últimas dos décadas, los Estados han venido negociando y suscribiendo instrumentos que contemplan novedosas cláusulas complementarias, anexos explicativos separados e incluso declaraciones interpretativas que reflejan sus reales intenciones al conceder esta protección. En estas nuevas disposiciones, los Estados vienen plasmando con mayor precisión una serie de exenciones, reservas y otros aspectos que los tribunales de inversión deben tomar en cuenta al analizar una medida gubernamental de efecto expropiatorio.

Un ejemplo de esta tendencia hacia una más precisa calibración de la protección contra la expropiación indirecta es el tratado de libre comercio entre Estados Unidos y Perú —TLC Perú EE.UU.—,⁴⁵ el cual se basó en el tratado modelo de inversiones de Estados Unidos de 2004 (2004 U.S. BIT Model). Para comenzar, este instrumento

contempla expresamente la figura de la expropiación indirecta en su Capítulo 10, Anexo 10-B, en cuya sección 3(a) aclara que la determinación por parte de un tribunal de inversión de si un acto o una serie de actos estatales constituye una expropiación indirecta, requiere un análisis fáctico del caso en concreto que considere, entre otros factores, el impacto económico del acto, la medida en la cual el acto interfiere con las expectativas razonables e inequívocas de la inversión, y la naturaleza del acto; es decir, su propósito, intensidad y contexto. Consideramos que, al tener que analizar una medida gubernamental impugnada, a la luz de estos factores, reduce la discrecionalidad de los tribunales de inversión y le inserta predictibilidad al sistema.

En ese mismo Anexo 10-B, sección 3(a)(i), además, se establece que “aunque el hecho de que un acto o serie de actos de una Parte tenga un efecto adverso sobre el valor económico de una inversión, por sí solo, no establece que una expropiación indirecta haya ocurrido”. Asimismo, en la sección 3(b) establece que, salvo en circunstancias excepcionales, “no constituyen expropiaciones indirectas los actos regulatorios no discriminatorios de una Parte que son diseñados y aplicados para proteger objetivos legítimos de bienestar público, tales como la salud pública, la seguridad y el medioambiente.” Consideramos que estas disposiciones son bastante potentes para equilibrar y reacomodar la autoridad regulatoria estatal, pues erradican de plano la aplicabilidad de la *Sole Effects doctrine* en las controversias que surjan bajo este All.

En cuanto a la específica protección del espacio regulatorio para la protección del medioambiente, el artículo 10.11 del TLC Perú-EEUU dispone que nada en dicho capítulo debe interpretarse en el sentido de impedir que alguno de los Estados contratantes adopte, mantenga o haga cumplir una medida “que considere apropiada para asegurar que las inversiones en su territorio se efectúen tomando en cuenta inquietudes en materia ambiental”.

45. Acuerdo de Promoción Comercial Perú – Estados Unidos, suscrito el 12 de abril de 2006.

Estas disposiciones hacen evidente que, a diferencia de los All de antigua generación, el TLC Perú-EEUU —así como todos los tratados basados en el 2004 U.S. BIT Model y en sus versiones subsecuentes— se ocupa directamente de excluir situaciones específicas del alcance de las protecciones conferidas. Este método de composición de protecciones responde a una relativamente moderna técnica de redacción de tratados mediante la estipulación de *carve-outs*.⁴⁶ Esta técnica consiste en reservar determinadas manifestaciones de la regulación estatal como, por ejemplo, las medidas adoptadas para proteger el medioambiente, las cuales, de producirse, no darán lugar a la vulneración del tratado, pues están fuera de su cobertura.

En similar sentido, el tratado de libre comercio entre Perú y Canadá también preserva el espacio regulatorio estatal empleando esa misma técnica de estipulación de *carve-outs*.⁴⁷ Así, el Anexo 812.1, literal c, dispone que las medidas adoptadas para proteger legítimos objetivos de bienestar público, como salud, seguridad y medio ambiente, no constituyen una expropiación indirecta, “[s]alvo en raras circunstancias, como cuando una medida o serie de medidas son demasiado severas a la luz de su objetivo que no pueden ser consideradas de manera razonable como que fueron adoptadas y aplicadas de buena fe”.

Además, su Capítulo 22 contiene un listado de excepciones concretas que ambos Estados contratantes reservaron y que no podrán configurar una expropiación compensable. Así, el artículo 2201, lista *carve-outs* específicos, los cuales excluyen de la aplicación del tratado a las medidas que sean necesarias para proteger la vida o salud humana, animal y vegetal; el medioambiente; y la conservación de recursos naturales

agotables. El lenguaje empleado establece con claridad la intención de los contratantes de preservar un amplio espacio donde puedan ejercer su autoridad regulatoria sin enervar responsabilidad internacional.

Los dos All suscritos por Perú que acabamos de referir se basaron en los respectivos modelos de acuerdos de inversión bilaterales que Estados Unidos y Canadá tuvieron entonces vigentes y que emplearon durante varios años para la negociación de acuerdos de inversión con otros Estados. Esto quiere decir que similar redacción fue adoptada en otros All contemporáneamente concluidos por esos países, lo cual implica que estos textos incluyen una definición de expropiación indirecta y contienen presupuestos para la activación de esta protección, así como reservas y situaciones excluidas entre otras cuestiones relacionadas con la salvaguarda del espacio regulatorio estatal.⁴⁸

Asimismo, numerosos países han venido adoptando tratados bilaterales modelo que siguen esas mismas pautas, los cuales han servido para la suscripción de una serie de All hoy vigentes.⁴⁹ Por lo tanto, la clarificación textual de la expropiación ha pasado de ser un esfuerzo aislado de algunos Estados, a convertirse en una tendencia de política de tratados. De hecho, un análisis empírico de cerca de 2,200 All efectuado en 2019 determinó que, al menos, 118 tratados contenían cláusulas de clarificación de la protección contra la expropiación indirecta.⁵⁰ Asimismo, según una más reciente encuesta conducida por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo —UNCTAD—, el 75 por ciento de los All concluidos entre 2020 y 2023 contiene salvaguardas en favor del espacio regulatorio de los Estados contratantes, entre las cuales figuran la

45. Acuerdo de Promoción Comercial Perú – Estados Unidos, suscrito el 12 de abril de 2006.

46. Ying Zhu, n.º 12, 403-404.

47. Tratado de Libre Comercio entre Perú y Canadá, suscrito el 29 de mayo de 2008.

48. Por ejemplo, el Tratado de Libre Comercio —TLC— entre Estados Unidos con Colombia del 2006 y el TLC entre República Dominicana, Centroamérica —Costa Rica, El Salvador, Honduras y Nicaragua— y Estados Unidos del 2004.

49. Por ejemplo, los modelos de Tratado Bilateral de Protección de Inversiones de Colombia de 2007 y de Noruega de 2015, y el Tratado de Libre Comercio entre China y Nueva Zelanda del 2008.

50. Ying Zhu, n.º 12, 416.

incorporación de definiciones precisas de qué constituye una expropiación y la exclusión de determinadas conductas estatales del alcance de dicha protección.⁵¹ Las cifras son, por lo tanto, reveladoras: la clarificación de las protecciones otorgadas a la inversión extranjera con relación a la expropiación es ya una corriente instalada.

VII. CONCLUSIONES

El debate acerca de cuándo una medida estatal de efectos expropiatorios constituye una expropiación indirecta compensable ha sido intenso, prolongado y vacilante. Debido a la carencia de precisión textual de los AI que debían aplicar, los tribunales de inversión tuvieron que interpretar dicha protección caso por caso, asumiendo así un activo rol de gobernanza en el régimen internacional de protección de inversiones. Desafortunadamente, estos emprendimientos autónomos, adoptados por tribunales de distintas tradiciones jurídicas, generaron fórmulas dispares que no resolvieron el problema. Por el contrario, resultaron en aproximaciones discordantes respecto de la definición y parámetros de una expropiación internacionalmente ilícita.

En la actualidad, la incorporación de cláusulas de clarificación de la protección contra la expropiación indirecta y el uso de lenguaje más específico en los nuevos textos convencionales es una tendencia. Estando numerosos de estos AI en vigor, los tribunales que deban resolver controversias a la luz de estos instrumentos, por fin cuentan con criterios predefinidos y con más información acerca de cuál fue la verdadera intención de los Estados que los suscribieron, lo cual permite insertar certeza en el sistema y predictibilidad respecto de sus pronunciamientos.

No obstante, queda pendiente una cuestión. Mientras continúen en vigor varios centenares de AI de primera generación, seguirán surgiendo controversias de inversión que deban resolverse aplicando las cláusulas de expropiación

de antigua redacción que estos tratados contienen. Para estos casos, los tribunales volverán a contar con amplia discreción para definir el alcance y los presupuestos de dicha protección. Si bien creemos que estos tribunales podrían sentirse inclinados a interpretar esas antiguas cláusulas de expropiación en sintonía con la corriente actual que busca preservar el espacio regulatorio de los Estados y que trata con deferencia las medidas gubernamentales adoptadas en buena fe y sin discriminación, aun cuando causen daño colateral en alguna inversión protegida, no podemos asegurar que esa vaya a ser una tendencia infalible y constante.

Consideramos que habría un camino más por explorar. En la actualidad, diversas controversias sobre expropiación, derivadas de AI de moderna generación, vienen siendo resueltas en la vía arbitral; y estos pronunciamientos ya reflejan los nuevos criterios y estándares contenidos en dichos tratados. Ello sugiere que podría estar surgiendo una línea jurisprudencial consistente en cuanto a la definición y los límites de la expropiación indirecta.

Entonces, queda por analizar si, tanto las reglas más homogéneas que los Estados contratantes están acordando para esta protección en los nuevos AI, así como la línea jurisprudencial que está surgiendo de estos instrumentos, calificarían como una práctica consistente de los Estados y que la comunidad internacional considere como vinculante en cuestión de derecho. De ser así, estaríamos ante la gestación de nuevas reglas de naturaleza consuetudinaria que los futuros tribunales de inversión deberán aplicar para llenar las lagunas del derecho convencional. Al respecto, cabe tener en cuenta que el derecho internacional consuetudinario está compuesto por normas que resultan de una práctica general aceptada como derecho, con independencia del derecho convencional.⁵² La exploración de este camino, sin embargo, excede los alcances de este artículo.

51. UNCTAD, *World Investment Report 2023: Investing in sustainable energy for all* (5 de julio de 2023), 73-74.

52. James Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law* (8va. Edición) (Oxford University Press, 2012), 25.