LA EXPROPIACIÓN INDIRECTA EN EL ARBITRAJE DE INVERSIONES

Quintero Quiaro María Gabriela[1]

Resumen

Cuando hablamos de la Expropiación Indirecta en el Arbitraje de Inversiones, entramos en la esfera de la Responsabilidad Internacional del Estado. Vemos pues, que los Estados son soberanos al momento de celebrar Tratados y/o Acuerdos con otros Estados a fin de atraer inversión extranjera a su país y así generar ingresos, empleos, entre otras cosas, pero esos poderes de Estado traen consecuencias, ya que al momento de realizar actos o tomar decisiones, pueden afectar las inversiones de nacionales de otro Estado Parte, configurándose la expropiación indirecta, justamente uno de los Estándares protegidos y consensuados en esos Acuerdos y/o Tratados, por lo que se abre la puerta al Arbitraje de Inversión. En estos casos, generalmente, el Tribunal Arbitral aplicará principalmente el Tratado como la norma de derecho internacional aplicable, puesto que las reclamaciones se basan en las disposiciones del Tratado, las cuales constituyen la *lex specialis*. Las normas de interpretación pertinentes están establecidas en los Artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Asimismo, el Tribunal también tomará en cuenta las normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables, de conformidad con el Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, que habitualmente se

[1] Egresada como Abogada en la Universidad Católica Andrés Bello de Caracas – Venezuela (año 2002); con dos (2) maestrías, una en Mediación, Negociación y Arbitraje en la Universidad Ulacit de Panamá (graduada Magna Cum Laude) y otra en Derecho Comercial en la Universidad Interamericana de Panamá; y un postgrado en Métodos Alternos de Resolución de Conflictos en la Universidad Ulacit de Panamá (graduada Magna Cum Laude). Doctorante en Derecho Internacional Público en la Universidad Latinoamericana y del Caribe (ULAC). Desde el año 2014, forma parte de la Firma especializada en Arbitraje Internacional González Revilla y Asociados (Panamá); miembro de la Comisión de Ambiente y Energía de ICC-Panamá, de la Comisión de Arbitraje de ICC-Panamá, de la Comisión de Propiedad Intelectual de ICC-Panamá, del Club Español de Arbitraje (CEA), miembro del *Dispute Resolution Board Foundation* (DRBF), miembro de la Asociación Latinoamericana del Derecho de la Construcción (ALDEC) y del YAG - CESCON de Panamá. Forma parte de la Lista de Árbitros del Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas (CACC) y del Centro de Conciliación y Arbitraje de Venezuela (CEDCA). Miembro del Colegio de Abogados de Venezuela. mariagquinterog@hotmail.com | mgquintero@gralaw.com

entiende codifican la costumbre internacional como fuente del derecho internacional.

Sin embargo, el Poder de Policía que tienen los Estados, será el límite a la compensación y/o reparación, es decir, las medidas no discriminatorias de aplicación general que los gobiernos normalmente toman para regular la actividad económica en sus territorios.

Como práctica relativamente reciente, muchos países comienzan a incluir en sus tratados de inversión una serie de disposiciones que tienen por objeto aclarar el alcance de la expropiación indirecta.

El objetivo de esta investigación será identificar esa línea delgada que determina la configuración de la expropiación indirecta en el arbitraje de inversión por medidas, actos y/o decisiones adoptadas por los Estados.

Palabras clave:

Acuerdos Internacionales de Inversión, Arbitraje de Inversiones, Expropiación Indirecta, Inversionistas, Poder de Policía de los Estados, Responsabilidad Internacional del Estado.

INDIRECT EXPROPRIATION IN INVESTMENT ARBITRATION

Summary

When we talk about Indirect Expropriation in Investment Arbitration, we enter the sphere of the International Responsibility of the State. We see, then, that the States are sovereign when entering into Treaties and/or Agreements with other States in order to attract foreign investment to their country and thus generate income, jobs, among other things, but these State powers have consequences, since at the moment of carrying out acts or making decisions, they can affect the investments of nationals of another State Party, configuring indirect expropriation, precisely one of the Standards protected and agreed upon in those Agreements and/or Treaties, thus opening the door to Investment Arbitration. In these cases,

generally, the Arbitral Tribunal will mainly apply the Treaty as the applicable rule of international law, since the claims are based on the provisions of the Treaty, which constitute the *lex specialis*. The relevant rules of interpretation are established in Articles 31 and 32 of the Vienna Convention on the Law of Treaties. Likewise, the Tribunal will also take into account the norms of international law that may be applicable, in accordance with Article 38 of the Statute of the International Court of Justice, which is usually understood to codify international custom as a source of international law.

However, the Police Power that States have will be the limit to compensation and/or reparation, that is, the non-discriminatory measures of general application that governments normally take to regulate economic activity in their territories.

As a relatively recent practice, many countries are beginning to include in their investment treaties a series of provisions that are intended to clarify the scope of indirect expropriation.

The objective of this investigation will be to identify that fine line that determines the configuration of indirect expropriation in investment arbitration by measures, acts and/or decisions adopted by the States.

Keywords:

International Investment Agreements, Investment Arbitration, Indirect Expropriation, Investors, State Police Power, International State Responsibility.

I. Introducción

El Arbitraje de Inversión es un mecanismo de solución de conflictos creado para tratar las controversias entre inversionistas extranjeros y Estados receptores. Este mecanismo es incluido en las cláusulas de Acuerdos Internacionales de Inversión (AII), como lo son los Tratados Bilaterales de Inversión (TBI), Tratados de Libre Comercio (TLC), entre otros. Protege a los inversores que son nacionales del otro Estado Parte que ha suscrito el Acuerdo, de la arbitrariedad de los Estados receptores. Si bien existen diferentes estándares de protección en dichos Acuerdos, la unidad de análisis se centra en el estándar de protección "La Expropiación Indirecta", y se desarrolla desde el punto de vista de la Responsabilidad del Estado.

Recordemos que la Responsabilidad Internacional descansa en la ilicitud de un comportamiento, sea por acción u omisión atribuible al Estado, se desencadena por la violación de una norma del Derecho Internacional. El Estado responsable está obligado a reparar el ilícito causado internacionalmente sea material y/o moral (como la restitución, indemnización y garantías de no repetición).

La jurisprudencia sobre Expropiación Indirecta, forma parte del derecho consuetudinario, reconocida internacionalmente de conformidad con el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

A lo largo de esta investigación, se delinearon los presupuestos establecidos en el derecho consuetudinario y la jurisprudencia arbitral sobre la Expropiación Indirecta en atención a las violaciones de los estándares de protección recogidos en Acuerdos Internacionales de Inversión suscrito por Estados.

II. La Expropiación Indirecta

La Expropiación Indirecta se refiere a **"medidas equivalentes a expropiación"** (llamadas también expropiaciones de facto) tal y como es señalado por múltiples Tratados. Puede involucrar la privación de la propiedad de la inversión, o actos que tengan un resultado equiparable, como la pérdida de control (aun cuando la propiedad la siga teniendo el inversor) o hacer que los activos dejen de generar beneficios económicos acostumbrados o anticipados.

A su vez, el resultado puede producirse mediante una multitud de medidas, y no solo una aislada, considerándose entonces como una expropiación constructiva y/o progresiva (*creeping)*. La intención del Estado (o sus autoridades) es irrelevante para llegar a una determinación de la existencia de una medida equivalente a expropiación, la cual trae como consecuencia la Responsabilidad Internacional del Estado.

La expropiación indirecta es por tanto un acto atribuible al Estado, de naturaleza extraordinaria o irregular, que interfiere sobre derechos de propiedad a una magnitud tal que deja dichos derechos inservibles, independientemente de que el dueño permanezca con la propiedad legal o posesión del bien.

El derecho internacional reconoce que los Estados tiene un *poder de policía* que, de ser ejercido legítimamente, no genera responsabilidad internacional.

En esta afirmación, el caso *Starret Housing v. Irán* propició una de las reglas más citadas con respecto a la expropiación indirecta, al decir: “Es un principio general de derecho internacional público que incluso en caso de una nacionalización lícita, el anterior propietario de los bienes nacionalizados tiene generalmente el derecho a recibir una indemnización por el valor de los bienes tomados”.

En este caso el *Tribunal de Reclamaciones Irán-E.U.* ventiló un caso en el que el inversionista extranjero no había sido expropiado, sino que se le impuso un "administrador temporal" a cargo del proyecto. El Tribunal sostuvo que ello era el equivalente de una expropiación ya que: "es reconocido en el derecho internacional que cuando las medidas que un Estado adopta hechos inútiles interfieren con derechos de propiedad a tal grado que los derechos son inutilizados, pueden considerarse expropiados, aún y cuando el Estado no haya buscado expropiarlos y la titularidad de los bienes formalmente permanezca con el propietario original"[2].

Harlan, Ministro de la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos, expresó: Existen pocos, si es que existen, temas en derecho internacional actual en el que la opinión esté tan dividida como el límite del poder de los Estados a expropiar bienes de extranjeros[3].

Por lo tanto, hay quienes consideran que las medidas que tienen el efecto de expropiar están revestidas de motivos legítimos, pero un criterio diferenciador para determinar su existencia será el efecto de la medida *(sole effects)* y no su forma, la medida puede consistir en un hacer o un no hacer. "El elemento decisivo de una expropiación indirecta es la merma de control o valor económico de una inversión extranjera sin que sea necesario la existencia de una apropiación física de activos"[4].

Por su parte, la tendencia en jurisprudencia nos muestra un reconocimiento, explícito o implícito, de que la naturaleza de la medida, conjuntamente con sus efectos, son los elementos necesarios para determinar la existencia de una expropiación indirecta. Por ello, los tribunales normalmente se alejan de versiones extremas y consideran tanto el carácter como el impacto práctico de la medida[5].

---

[2] Citado por González de Cossío Francisco, *Arbitraje de Inversión*. Editorial Porrúa, 2009, página 202 y 224.
[3] *US v. Sabatino, 374 US 398, 1964*, citado por González de Cossío Francisco, *Arbitraje de Inversión*, Editorial Porrúa, 2009, página XXI.
[4] Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, Oxford University Press, Fifth Edition, 1998, p. 534.
[5] Fortier y Drymer, 2004.

El primer paso del análisis debe considerar la severidad en el impacto de la medida sobre el derecho de propiedad. Para tal efecto, debe existir una pérdida total o cuasi total de valor y/o control. La mayoría de los reclamos, tal y como sucede en la práctica, serían desechados en este primer filtro. No cualquier acto atribuible al Estado alcanza esta magnitud.

Si el primer paso queda superado, debe entonces analizarse el contexto y naturaleza de la medida, a efecto de identificar si se trata de una medida regulatoria legítima no compensable o de un acto expropiatorio que, independientemente de su fin o propósito, debe ser compensado. Un acto no discriminatorio de carácter general adoptado o aplicado por un interés general, normalmente forma parte del ejercicio normal del poder regulatorio y de policía de los Estados (no expropiación - no compensación); mientras que un acto extraordinario o irregular (discriminatorio o arbitrario) que causa una privación irreversible cae en la esfera expropiatoria[6].

Por un lado, la Expropiación Indirecta es: a) Un acto atribuible al Estado, b) Que implica una interferencia sobre derechos de propiedad, de tal magnitud que deja dichos derechos inútiles, evitando su uso, goce o disposición, c) A pesar de que el dueño permanezca con la propiedad legal o posesión del bien, por lo que son, d) Medidas equivalentes a Expropiación, donde hay una, e) Pérdida de control de la inversión.

Igualmente, la jurisprudencia ha arrojado varios principios sobre expropiación indirecta: 1. La forma no es determinativa; 2. La intención del Estado no es determinativa; 3. La medida debe resultar en expropiación sustancial; 4. El carácter de las medidas expropiatorias debe ser tomado en cuenta para determinar si la excepción de "poderes de policía" es aplicable; 5. La existencia de una inversión basada en expectativas legítimas; 6. El análisis es contextual y altamente casuista[7].

---

[6] Faya Rodríguez, Alejandro. *¿Cómo se determina una Expropiación Indirecta bajo Tratados Internacionales en materia de Inversión? Un Análisis Contemporáneo.* Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Pág. 232 y 243.

[7] González de Cossío Francisco, *Arbitraje de Inversión*, Editorial Porrúa, 2009, página 229.

Brunetti ha indicado que los factores que normalmente son tomados en cuenta para determinar si existe expropiación indirecta son los siguientes: (i) las legítimas expectativas del inversionista extranjero y la interferencia con los derechos de propiedad; (ii) la gravedad del impacto de la medida adoptada por el Estado en el inversionista; (iii) la duración de la medida; (iv) la relación entre la medida y el objetivo público que el Estado alegue pretender alcanzar; y (v) la real intención del Estado al implementar la medida supuestamente violatoria de la garantía contra la expropiación indirecta[8].

Los tribunales internacionales, parecen estar orientados por dos enfoques diferentes: la doctrina del *poder de policía*, con la cual si la medida gubernamental es promulgada en interés público, y es razonable, no hay lugar a indemnización por expropiación indirecta; y, la doctrina del *solo efecto* según la cual si la medida priva al inversionista de la utilidad derivada de la inversión y priva a los inversionistas de los beneficios que hubiesen obtenido como consecuencia de su inversión, es una medida expropiatoria, resultando irrelevante establecer si a través de la medida, el Estado tiene o no la intención de privar al inversionista de la utilidad de la inversión.

En esta idea, el problema radica en lo complejo que resulta la línea divisoria entre las medidas reguladoras legítimas y los actos que se consideran interferencias ilegitimas en los derechos e intereses de un inversionista extranjero y que dan como resultado una expropiación indirecta[9].

De modo tal que el Estado puede ser declarado responsable patrimonialmente por la expedición de leyes, o por el ejercicio legítimo y legal de funciones regulatorias por parte de las autoridades administrativas[10].

---

[8] BRUNETTI, Maurizio. *"Recurring Themes: Indirect Expropriation in International Law"*. En: INT'L L. F. 5. 2003. p. 151.

[9] Páez, Marisol. *La expropiación indirecta frente al CIADI: consideraciones para la autorregulación de los actos administrativos de los Estados*. Revista de Estudios Internacionales, pág 5.

[10] https://www.portafolio.co/economia/finanzas/alza-de-la-divisa-afecta-viajes-estudios-y-compras-al-exterior-568311

Los municipios, ministerios u otras entidades tienen mucha interacción con los inversionistas extranjeros en lo que se refiere a la autorización o prórroga de permisos y licencias para llevar a cabo su proyecto. Por tanto, una decisión u acto ilegal o arbitrario de alguna de las reparticiones del Estado puede implicar el riesgo de tener que pagar cuantiosas indemnizaciones a inversionistas extranjeros y a desembolsar grandes sumas para la defensa jurídica ante un tribunal internacional[11].

Según se afirma, las expropiaciones indirectas raramente están acompañadas de un aumento de riqueza por parte del Estado[12]. Por ello, los tribunales tienden a ver las expropiaciones indirectas como actos de privación y no de apropiación (*En Tippets, el Tribunal Mixto US-Irán* trazó una distinción entre una "toma" (*taking*) y una "deprivación", en la medida que la primera implica que "el Gobierno ha adquirido un valor". *En Metalclad v Mexico,* el tribunal explicó que una expropiación indirecta ocurre aunque no exista "un beneficio obvio para el Estado"[13].

En la misma idea, el concepto de expropiación indirecta es cada vez más relevante hoy dada la reciente proliferación de tratados bilaterales de inversión (TBI), así como acuerdos regionales y multilaterales como el Acuerdo OIC (1981), el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (1992) (el TLCAN), el Tratado sobre la Carta de la Energía (1994) (el TCE), el Tratado de Libre Comercio entre la República Dominicana, Centroamérica y los Estados Unidos (2004) (el CAFTA-DR) y el Acuerdo Integral de Inversiones de la ASEAN (2009) donde los inversionistas extranjeros calificados pueden recurrir directamente contra los Estados por la violación de las obligaciones de los tratados con respecto a sus inversiones.

El primer TBI se firmó entre la República Federal de Alemania y Pakistán en 1959. Durante las siguientes dos décadas, el número aumentó a 385 TBI. Luego, en la

[11] Páez, Marisol. *La expropiación indirecta frente al CIADI: consideraciones para la autorregulación de los actos administrativos de los Estados*. Revista de Estudios Internacionales, pág 32.
[12] Nouvel, 2002.
[13] Tippets, op. cit., 7. *Metalclad Corporation v. The United Mexican States.* ICSID Case No. ARB(AF)/97/1. *Award* of August 30, 2000. Para 103).

década de 1990, marcando un cambio dramático en la elaboración de políticas globales, el número de tratados se quintuplicó, llegando a 1.857 al final de la década. Hoy en día, hay más de 3.000 TBI entre más de 184 países diferentes elevando el número total de acuerdos internacionales de inversión a 3.322 de los cuales 2.638 están vigentes al año 2019.

Casi todos los tratados de inversión incluyen una protección para los inversionistas extranjeros contra la expropiación no compensada por parte del Estado anfitrión, lo cual es importante dado que las inversiones extranjeras valen muchos millones de dólares, y a menudo miles de millones. Los ejemplos obvios incluyen inversiones en proyectos de infraestructura, construcción, telecomunicaciones, minería, petróleo y gas, energía renovable y hospitalidad (...) es una de las principales protecciones en las que confían los inversionistas extranjeros en reclamos de tratados de inversión[14].

Por ello, **la expropiación indirecta no ha tomado relevancia práctica sino hasta la era de tratados de inversión, que casi unánimemente reconocen la figura.** Antiguamente, los casos surgían de condiciones extraordinarias (los pocos precedentes se dieron en el contexto de acciones de protección diplomática y disputas entre Estados dirimidas ante órganos jurisdiccionales internacionales cuya competencia se establecía por acuerdo de los propios Estados en conflicto) en un contexto donde los Estados se ocupaban de tomas directas de propiedad. En la actualidad, un inversionista protegido por un tratado puede, de forma relativamente sencilla, someter un reclamo de expropiación indirecta, en un contexto donde la actividad regulatoria a menudo interfiere, de una forma u otra, parcial o totalmente, con los derechos de propiedad de los particulares.

Los tratados de inversión han fomentado la presentación de reclamos que no podrían haberse sometido en el pasado (por razones procesales) o que hubiesen sido resueltos bajo criterios mucho más restrictivos[15].

---

[14] Cox, Johanne M. *Expropiation in Investment Treaty Arbitration.* Oxford University Press, 2019, pag 42 ss.
[15] Faya Rodríguez, Alejandro. *¿Cómo se determina una Expropiación Indirecta bajo Tratados Internacionales en materia de Inversión? Un Análisis Contemporáneo.* Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Pág. 222.

Resulta interesante identificar y analizar las consecuencias del poder de los Estados al momento de realizar actos o tomar decisiones que traigan como consecuencia la expropiación indirecta al inversionista aun cuando no haya perdido la propiedad de su inversión, sin embargo, el ***Poder de Policía*** que tienen los Estados, será el límite a la compensación y/o reparación, es decir, las **"medidas no discriminatorias de aplicación general que los gobiernos normalmente toman para regular la actividad económica en sus territorios".**

Como práctica relativamente reciente, muchos países comienzan a incluir en sus tratados de inversión una serie de disposiciones que tienen por objeto aclarar el alcance de la expropiación indirecta. Por sólo citar un ejemplo, el anexo 812.1 del Tratado de Libre Comercio entre Perú y Canadá, entre otras cosas, establece que:

> "El solo hecho de que una medida o una serie de medidas de una Parte tenga un efecto adverso en el valor económico de la inversión, no determina que ha ocurrido una expropiación indirecta. Salvo 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, las medidas no discriminatorias de una Parte que son diseñadas y aplicadas para proteger los legítimos objetivos de bienestar público, como salud, seguridad y ambiente, no constituyen una expropiación indirecta".

Debemos identificar esa línea delgada que determina la configuración de la expropiación indirecta en el arbitraje de inversión por medidas, actos y/o decisiones adoptadas por los Estados.

El punto crítico radica en identificar la línea que divide la regulación que cae dentro del ejercicio legítimo del *poder de policía* o regulatorio de los Estados (no compensable) de las expropiaciones (siempre compensables).

El ejercicio implica un análisis particular de los hechos, pero guiado por un marco conceptual; el punto delgado es verificar si la medida presuntamente

expropiatoria deriva de una regulación o actividad "normal" del Estado o, si por el contrario, es extraordinaria o ilegal.

Evidentemente, las regulaciones generales discriminatorias que adopta el Estado para satisfacer fines de interés público serán siempre un ejercicio "normal" y "legítimo" de poderes. No hay necesidad de compensar simple y sencillamente porque no estamos en presencia de una expropiación. Muchas de las causas que justifican la regulación, por ejemplo, obedecen a instancias de "falla de mercado", e. g. monopolios y abusos de poder dominante, continuidad y disposición de servicios, externalidades, asimetrías de información y bienes públicos. En estos casos, la intervención es necesaria porque el mercado sin control genera efectos adversos al interés público *(Baldwin, 1999)*. Otros casos legítimos incluyen aspectos más allá de la eficiencia de mercado, por ejemplo; fines sociales, ambientales o de salud pública.

Las expropiaciones en cambio son medidas extraordinarias que se ordenan en contextos particulares y en circunstancias especiales. No son una herramienta del quehacer ordinario de los Estados. Por ello, una medida tiende a ser expropiatoria si, independientemente de su fin o propósito, focaliza desde el origen sus efectos en un individuo o empresa.

Por otro lado, la medida puede ser *prima facie* una regulación de carácter general para disfrazar objetivos encubiertos, ser creada o aplicada de mala fe o ser arbitraria. En estas circunstancias, la máscara de legalidad puede ser levantada para descubrir una medida expropiatoria[16].

Los Estados tienen el derecho soberano de expropiar cualquier derecho de propiedad. Sin embargo, dicho derecho no es irrestricto. En derecho internacional es generalmente aceptado que la expropiación procede únicamente (i) por causa de interés público, (ii) sobre bases no discriminatorias, (iii) bajo debido proceso, y (iv) mediante el pago de una compensación. La legalidad de la expropiación

[16] Faya Rodríguez, Alejandro. *¿Cómo se determina una Expropiación Indirecta bajo Tratados Internacionales en materia de Inversión? Un Análisis Contemporáneo.* Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Pág. 236-237.

depende del cumplimiento de esos requisitos. Es entonces común encontrar que los tratados de inversión refieren que una inversión expropiada tendrá que ser compensada "a valor justo de mercado", esto es, lo que un comprador estaría dispuesto a pagar a un vendedor en el curso de una transacción normal de mercado. Sin embargo, este estándar se refiere únicamente a las expropiaciones legales. Los tratados no establecen la regla aplicable cuando se trata de expropiaciones ilegales (que no cumplen alguno de los requisitos); **el derecho internacional consuetudinario es entonces aplicable**. En este contexto, los tribunales han establecido que una expropiación ilegal constituye un ilícito internacional que exige "reparación".

La diferencia es importante. La "compensación" implica pagar el valor de la propiedad, mientras que la "reparación" exige pagar cualquier tipo de daño ocasionado, lo que incluye como mínimo el valor de la propiedad y probablemente otros conceptos adicionales.

Para el caso de las expropiaciones ilegales, los tribunales de inversión se han apoyado en el caso *"Chorzow",* que cristaliza la fórmula clásica de reparación en caso de ilícitos internacionales. La regla establece un estándar bastante amplio de reparación: exige eliminar todas las consecuencias del acto ilegal y restablecer la situación que habría prevalecido de no haberse cometido el ilícito. Algunos autores sostienen que las expropiaciones legales requieren únicamente del pago de "daños directos" y que la pérdida de ingresos futuros no debe formar parte del análisis[17]. No obstante, el criterio es incompatible con la idea, ahora generalmente aceptada, de que cierto tipo de inversiones se valúan según su capacidad para generar riqueza *(ongoing concern)*. En estos casos, el valor presente se determina mediante métodos prospectivos, por ejemplo el método *discounted cash flow*[18].[19]

[17] *Bowett, 1980; Brownlie, 1998, y Sornarajah, 2004.*
[18] *Reisman and Sloane, 2004; Wälde and Sabahi, 2007, y Marboe, 2007.*
[19] Faya Rodríguez, Alejandro. *¿Cómo se determina una Expropiación Indirecta bajo Tratados Internacionales en materia de Inversión? Un Análisis Contemporáneo.* Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Pág. 240-242.

En esta focalización, la pregunta principal que plantea la figura de la expropiación indirecta es ¿en qué momento pasa una regulación estatal a ser expropiatoria y, como tal indemnizable?

Este es un problema que se puede presentar cuando un Estado anfitrión adopte medidas ambientales, laborales, de libre competencia, de planificación urbana, de protección al consumidor, tributarias entre otras.

Las expropiaciones indirectas suelen derivar de una amplia gama de medidas de muy distinta naturaleza. De la jurisprudencia podemos encontrar, por ejemplo, la intervención de compañías mediante administradores nombrados por el Estado *(Starrett Housing v Irán (1983), CME v República Checa (2003))*, arresto o expulsión de funcionarios clave *(Biloune etal v Ghana (1989); Benvenuti & Bonfant v Congo (1980))*, revocaciones de concesiones, licencias o permisos *(Goetzetal v Burundi (1998); Middle East Cement Shipping v Egipto (2002); Metalclad v México (2000); Tecmed v México (2003), Vivendi II v Argentina (2007); Siemens v Argentina (2007))*, impuestos desproporcionados *(Revere Copper v OPIC (1978)),* daño sufrido en cortes locales y diversos tipos de regulación *(Saipem v Bangladesh (2009), Rumeli v Kazajist (2008))*, desde decretos ambientales hasta medidas financieras *(Eureko v Polonia (2005))*, entre otros.

Por lo tanto, la solución a dicha interrogante sólo puede darse caso a caso, sin embargo, la doctrina ha distinguido dos respuestas posibles, que han sido agrupadas en dos teorías distintas: la del efecto *(sole effects),* y la del poder de policía *(police powers)* o de la potestad regulatoria. A estas se suma hoy una tercera alternativa: *la doctrina de la proporcionalidad*.

Para la *doctrina del efecto*, el factor central para establecer la existencia de una expropiación indirecta es la consecuencia o el resultado de la/s medida/s respectiva/s en la propiedad afectada. La intención del Estado anfitrión no es esencial al hacer esta determinación. La teoría del efecto favorece los intereses del inversionista extranjero (acogida por el *Tribunal de Reclamaciones entre Irán y EE. UU.*, de gran influencia en el desarrollo del derecho internacional de la expropiación, quizás el antecedente judicial más ilustrativo de esta doctrina se

encuentre en su jurisprudencia). Esta teoría puede encontrarse en uno que otro Tratado Bilateral de Inversión (TBI) o Acuerdo de Integración Económica (AIE). Por ejemplo, el artículo 5.2 del Tratado Bilateral entre Chile y Francia (1992). La *doctrina del poder de policía* o de la potestad regulatoria, por su parte, no solo atiende al efecto de las medidas, sino que considera la intención del Estado anfitrión y el contexto en el cual estas fueron adoptadas. Según esta teoría, las medidas no discriminatorias adoptadas en virtud de un interés público legítimo, conforme a un debido proceso, no son expropiatorias y no dan lugar a indemnización bajo el derecho internacional. La doctrina del poder de policía favorece los intereses del Estado anfitrión. Los TLC celebrados en los años recientes por EE.UU., así como su último modelo de TBI, recogen esta teoría. El Anexo 10-C del capítulo de inversiones del CAFTA (2004), lo aborda en el artículo 10.7.1. *La teoría de la proporcionalidad* proviene de la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos (TEDH). De acuerdo con esta doctrina, el panel arbitral llamado a resolver una disputa de inversión deberá aplicar un test de balanceo entre los correspondientes intereses de la comunidad y del individuo. Y es que los principales sistemas regionales de derechos humanos protegen a la propiedad contra las interferencias a esta, las que por cierto incluyen a las expropiaciones directas e indirectas[20].

Independiente de la teoría que se siga, el respeto de las expectativas legítimas del inversionista extranjero por el Estado anfitrión es un elemento importante al momento de determinar si una medida o grupo de medidas regulatorias constituyen una expropiación indirecta. La jurisprudencia y la doctrina han señalado que la aplicación de este principio requiere que las expectativas del inversionista se basen en compromisos o declaraciones hechas explícita o implícitamente por el Estado correspondiente, y que existan al momento de la inversión. Estas expectativas pueden tener una naturaleza legal, nacional o internacional, o bien una naturaleza no legal, pudiendo por tanto encontrarse los

[20] López Escarcena, Sebastián. Artículo *"La expropiación condicionada en los Tratados de Inversión"* publicado en "El Derecho Internacional de las Inversiones", Universidad Externado de Colombia, 2021, páginas 381-385.

mencionados compromisos o declaraciones en un tratado, una ley, una licencia o permiso, o incluso un folleto de inversión.

Para ser legítimas, las expectativas del inversionista deben ser razonables. Esperar que el Estado anfitrión no altere en forma alguna su ordenamiento jurídico, no cumpliría con esta condición. Como lo ha señalado la jurisprudencia internacional, los tratados de inversión no son pólizas de seguro contra el riesgo comercial, que debe ser asumido por los extranjeros que deseen invertir en el exterior. Como sea, el incumplimiento de las expectativas legítimas no basta por sí mismo para establecer que un Estado expropió a un inversionista, pues necesariamente se requiere que haya una privación de su propiedad para que pueda concluirse que la/s medida/s respectiva/s tiene/n un carácter expropiatorio[21].

III. El Arbitraje de Inversiones

Teóricamente, **el Arbitraje de Inversiones** es un mecanismo de solución de conflictos creado para tratar las controversias entre inversionistas extranjeros y Estados receptores. Este mecanismo es incluido en las cláusulas de Acuerdos Internacionales de Inversión (AII), como lo son los Tratados Bilaterales de Inversión (TBI) o Tratados de Libre Comercio (TLC), entre otros. Protege a los inversores que son nacionales del otro Estado Parte que ha suscrito el Acuerdo, de la arbitrariedad de los Estados receptores, además de generar imparcialidad en la solución de conflictos, ya que la controversia no es sometida a la jurisdicción del Estado receptor, quien tiene intereses de por medio. Esta cualidad genera en los inversores una confianza que en consecuencia puede llegar a promover la inversión en los Estados que suscriban los Acuerdos Internacionales de Inversión (AII).

Hay que tener presente que el artículo 26 de la Convención de Viena de 1969 establece que "Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por

[21] (López Escarcena, Sebastián. Artículo *"La expropiación condicionada en los Tratados de Inversión"* publicado en "El Derecho Internacional de las Inversiones", Universidad Externado de Colombia, 2021, páginas 381-387).

ellas de buena fe" (*Pacta sunt servanda*), mientras que, el artículo 27 preceptúa "Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46" (El derecho interno y la observancia de los tratados).

Esto remarca que, el arbitraje es un mecanismo idóneo de protección y defensa de derechos en el contexto nacional y especialmente transnacional. Su dinámica moderna, carente de excesivos formalismos, permite a los actores internacionales adelantar los procedimientos de conformidad con las normas que más se ajustan a sus necesidades, tomando en consideración factores de tradición jurídica, cultura, lengua, religión, etc. De igual manera, las partes pueden escoger árbitros expertos en temas puntuales que satisfagan la plena imparcialidad y transparencia que, en ocasiones, los jueces locales no pueden garantizar. El arbitraje de inversión se encuentra contenido en los tratados de protección de inversiones que surgen como respuesta a la necesidad de dos estados soberanos de crear condiciones de seguridad y estabilidad para sus nacionales, cuando deciden establecer inversiones en el otro estado Parte (...) buscando intensificar la cooperación económica, en beneficio recíproco, mediante la creación de condiciones favorables que permitan promover y proteger la realización de inversiones bajo estipulaciones claras, de obligatorio cumplimiento[22].

Quiere decir que el consentimiento para recurrir a este tipo de arbitraje lo otorga el Estado receptor de la inversión al firmar el Tratado Bilateral de Inversión (BIT´s), un Tratado Multilateral de Inversión, un capítulo de un Tratado de Libre Comercio, o bien a través de la promulgación de una legislación interna (ejemplo: Una Ley de Inversiones). En cambio, el inversionista otorga su consentimiento al activar el mecanismo, al recurrir al arbitraje, así se perfecciona el convenio arbitral en virtud del cual se confiere competencia a un Tribunal Arbitral para que conozca de las diferencias entre las partes.

[22] Rey Vallejo, Pablo. *El arbitraje de inversiones y los retos de la globalización*. Revista de Derecho Privado, núm. 38, junio, 2007, pp. 3-23, Universidad de Los Andes, Bogotá, Colombia.

Las protecciones sustantivas proporcionadas a los inversores extranjeros dependen del acuerdo de inversión internacional sobre el que se presenten sus reclamaciones. Son diferentes de las protecciones otorgadas por la ley interna del Estado anfitrión, y a veces la protección que brindan puede ser mayor.

Las protecciones más comunes otorgadas a los inversores extranjeros con respecto a la cual hay un volumen significativo de jurisprudencia arbitral son: (i) Protección contra la expropiación; (ii) Trato justo y equitativo; (iii) Trato no discriminatorio; (iv) Trato nacional; (v) Trato de nación más favorecida; (vi)
Cláusula paraguas (no es un estándar porque no todos los tratados la incluyen); (vii) Libertad para transferir fondos; y (viii) Protección y seguridades plenas.

La función del arbitraje de inversión será administrar las controversias surgidas en base a dichos estándares de protección que generalmente tienen los acuerdos de inversión internacional. La intención investigativa se enfoca en la protección contra la expropiación, específicamente la expropiación indirecta.

En todo caso, en la mayoría de los acuerdos de arbitraje de inversiones prevén un período de reflexión, generalmente de 6 meses, donde el inversor y el Estado anfitrión están invitados a entablar negociaciones para encontrar una solución amigable. El punto de partida del período de enfriamiento *(cooling-off period)* es típicamente una Notificación de Intención para iniciar un procedimiento de arbitraje contra el Estado anfitrión. En caso de que no se resuelva la disputa durante el período de enfriamiento, como es común (muchos estados prefieren esperar y ver si un inversor extranjero está realmente dispuesto a pagar los altos costos que se requieren para iniciar un arbitraje de inversión), el inversor extranjero debe presentar una Solicitud de arbitraje de acuerdo con las reglas de arbitraje aplicables. Lo cierto es que la gran mayoría de las disputas no se resuelven en esta etapa.

En algunos casos, el inversionista puede estar obligado por el acuerdo de arbitraje sobre el cual se basa su reclamo a agotar todos los recursos legales internos efectivos antes de iniciar un reclamo en arbitraje.

De lo contrario, otros acuerdos de arbitraje obligan al inversionista a elegir demandar al estado ante tribunales nacionales o ante un tribunal arbitral internacional. Es muy importante que un inversor extranjero revise en detalle el instrumento que contiene el consentimiento del Estado anfitrión para el arbitraje antes de iniciar el procedimiento[23].

De esta manera, las disposiciones de bifurcación de caminos *(fork in the road)* son un tipo diferente de condición sobre el consentimiento para arbitrar. Estas disposiciones ofrecen al inversor la posibilidad de elegir entre varios foros, normalmente entre la revisión judicial nacional y el arbitraje internacional. Dicha elección, una vez hecha por el inversionista, es final y exclusiva. Un ejemplo de una disposición de bifurcación es el Artículo VII 3(a) del TBI EE.UU. - Egipto, que dice: "En caso de que la disputa legal sobre inversiones no se resuelva conforme a los procedimientos especificados anteriormente, el nacional o la empresa en cuestión puede optar por someter la disputa al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones ("Centro") para su solución mediante conciliación o arbitraje vinculante si, ... (ii) la disputa no ha sido presentada, por cualquier motivo de buena fe, para su resolución de acuerdo con los procedimientos de resolución de disputas aplicables previamente acordados por las Partes en la disputa; o (iii) el nacional o la empresa en cuestión no ha llevado la disputa ante los tribunales de justicia o tribunales administrativos o agencias de jurisdicción competente de la Parte que es Parte en la disputa". Por lo tanto, esta disposición de bifurcación no se activa si el procedimiento de arbitraje se inicia antes de que el tribunal nacional competente haya dictado una decisión sobre el fondo en primera instancia[24].

El Arbitraje de Inversión establecido para solucionar controversias, busca que el derecho internacional atribuya al Estado responsable, un conjunto de obligaciones por haber incurrido en ilícito internacional, siendo las dos consecuencias generales que se derivan: la cesación y la reparación, a saber:

---

[23] https://www.international-arbitration-attorney.com/es/investment-arbitration/

[24] Ferrari, Franco y King, D. Brian. *International Investment Arbitration.* West Academic Publishing, 2019, páginas 190-192.

a) Cesación: El Estado tiene la obligación de cesar el incumplimiento (de ser continuado) y ofrecer garantías y seguridades apropiadas de que no se repetirá. De hecho, con frecuencia el enfoque más importante consiste en cesación. El objetivo de la cesación es poner fin a la violación al derecho internacional y resguardar la validez y efectividad continuada de la regla primaria.

b) Reparación: El Estado responsable está obligado a reparar el daño causado por el ilícito internacional. Ello incluye cualquier daño, sea material o moral. Este es el corolario de la responsabilidad internacional del Estado.

Los Artículos de Responsabilidad aprobados por la Comisión de Derecho Internacional creada en 1948 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, contemplan tres formas de Reparación que pueden ser empleadas individual o pluralmente: (i) Restitución, (ii) Compensación, y, (iii) Satisfacción[25].

Como referencia tenemos que, en *Certain German Interests in Polish Upper Silesia*, la Corte Permanente de Justicia Internacional concluyó que Polonia no sólo había expropiado ilegalmente una fábrica, sino también los derechos contractuales, patentes y licencias de una tercera compañía[26]. En *Norwegian Shipowners' Claims*, la Corte Permanente de Arbitraje concluyó que Estados Unidos no únicamente debía compensar por los astilleros y navíos tomados en el contexto de la Segunda Guerra Mundial, sino también por la cancelación de los contratos y órdenes existentes. En *Phillips Petroleum Co.* el Tribunal Mixto concluyó que la obligación de compensar nace "independientemente de si la propiedad es tangible, como bienes raíces, o intangible, como derechos contractuales"[27]. La literatura también apoya la idea de que tanto derechos contractuales como intangibles pueden ser expropiados *(Jennings, 1969; Sacerdoti, 1997, Waelde and Kolo, 2001, y Alexandrov, 2004).*

Como se dijo en el Caso sobre la *Fábrica de Chorzów en Alemania vs. Polonia (1928):*

[25] González de Cossío Francisco, *Arbitraje de Inversión.* Editorial Porrúa, 2009, páginas 75-77.
[26] Certain German Interests, op. cit., 5, para. 33.
[27] *Phillips Petroleum Co. v. Iran. Award* No. 310-56-3 of 14 July 1987. 15 Iran-US Cl. Trib. Rep. 189, 226-29.

> "Es un principio de derecho internacional (...) que cualquier violación de un compromiso implica la obligación de hacer una reparación (...) la reparación es un complemento indispensable al incumplimiento de una convención y no hay necesidad de que se declare en la convención misma".

Además, la reparación debe ser total. Es decir, debe eliminar todas las consecuencias del ilícito y restablecer la situación que con toda probabilidad existiría de no haberse cometido el ilícito. Otro párrafo de *Chorzów* es ilustrativo:

> "El principio esencial contenido en la verdadera noción de un acto ilegal -un principio que parece haber sido establecido por la práctica internacional y en particular por las decisiones de los tribunales arbitrales- es que la reparación debe, en la medida de lo posible, acabar con las consecuencias del acto ilegal y restablecer la situación que hubiera probablemente existido si el acto no se hubiera cometido. Restitución en especie, o, si eso no es posible, el pago de una suma que corresponda al valor de la restitución en especie; la condena, en su caso, de daños por pérdidas sufridas que no estarían amparadas por la restitución en especie o pago en su lugar, dichos son los principios que deben servir para determinar la cantidad de compensación debida por un acto contrario al derecho internacional"[28].

Relativo a esto, el arbitraje de inversión es el mecanismo al cual los Estados que buscan atraer inversión extranjera han acudido con la finalidad de darle credibilidad a la promesa que mediante los tratados de inversión han realizado a la comunidad internacional. En ausencia de dicho mecanismo, la duda que siempre subsistiría en las mentes de inversionistas potenciales es ¿cómo puedo confiar en que el Estado cumplirá con las promesas realizadas mediante el tratado de inversión? (...) Sin el instrumento de arbitraje, las promesas, los pactos serían vacíos. Desaparecería el mecanismo que permite buscar escenarios ganar-ganar.

[28] González de Cossío Francisco, *Arbitraje de Inversión.* Editorial Porrúa, 2009, página 76.

Existen tres métodos diferentes para perfeccionar el consentimiento para arbitrar en el arbitraje de inversiones. Primero, el consentimiento puede basarse en una oferta de arbitraje en un tratado de inversión que sea aceptado por el inversionista (tienen una naturaleza dual, por lo general, i) contienen el compromiso vinculante de los Estados contratantes de resolver las controversias entre inversores y Estados mediante arbitraje; y ii) proporcionar una oferta permanente a los inversionistas de los otros Estados contratantes para arbitrar disputas que surjan de inversiones protegidas por el tratado). En segundo lugar, el consentimiento puede basarse en una oferta de arbitraje en la legislación nacional, que es aceptada por el inversor (los tribunales deben interpretar las leyes nacionales de inversión para evaluar si contienen una oferta real de arbitraje. Las reglas de interpretación que deben aplicarse para este propósito no son solo reglas de interpretación nacionales, sino también reglas de interpretación del derecho internacional. Eso porque lo que está en juego son los efectos de la legislación interna en el plano internacional). En tercer lugar, el consentimiento se puede formar a través de acuerdo entre el Estado anfitrión y el inversionista en un contrato o algún otro instrumento que contenga una cláusula compromisoria (presupone la privacidad del contrato entre las dos partes. En la práctica, la mayoría de los contratos de inversión se celebran entre inversores y subdivisiones o agencias constituyentes del Estado receptor)[29].

Entonces el arbitraje de inversión es un acto soberano. Es producto de soberanía simplemente puesto que deriva de un acto de Estado (…) Es el ejercicio de la facultad soberana de entablar relaciones jurídicas internacionales. Los tratados de inversión son mecanismos para atraer inversión. Para lograr dicha finalidad, los Estados Parte de los mismos hacen una serie de promesas a la comunidad de inversionistas internacionales que tienen por objetivo incrementar el atractivo de una jurisdicción como posible lugar de negocios[30].

[29] Ferrari, Franco y King, D. Brian. *International Investment Arbitration.* West Academic Publishing, 2019, páginas 170-180.
[30] González de Cossío Francisco, *Arbitraje de Inversión.* Editorial Porrúa, 2009, página 279.

En el arbitraje de inversión no se discuten aspectos meramente de incumplimientos contractuales entre el inversionista y el Estado; sino situaciones que han configurado violaciones a los derechos del inversionista de un Estado Parte, por lo que entramos en la esfera de la Responsabilidad Internacional del Estado.

Se podría afirmar que la Responsabilidad Internacional del Estado hasta hace poco era abstracto y, si bien había mucha doctrina, el derecho tenía carácter de *lege ferenda* y estaba abierto a debate. El 9 de agosto de 2001, la Comisión de Derecho Internacional (la cual fue creada en 1948 por la Asamblea General de las Naciones Unidas con la finalidad de fomentar el desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación) aprobó el Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad Internacional del Estado por Hechos Ilícitos. El principio general desarrollado en el artículo 1 señala "Todo ilícito de un Estado genera responsabilidad internacional", y, el artículo 2 establece "Existe responsabilidad internacional del Estado cuando a) existe una violación a una obligación internacional que sea b) atribuible al Estado bajo el derecho internacional. La conducta que puede generar responsabilidad puede ser activa o pasiva. De hacer u omitir, siempre que el resultado sea una violación a una norma de derecho sustantivo internacional[31].

Las reglas e instituciones de la responsabilidad internacional son importantes en que mantienen el respeto del derecho internacional y propician la consecución de los objetivos que los Estados buscan a través de la creación de derecho en el plano internacional. Las consecuencias que derivan del ilícito son sin perjuicio de la obligación continuada del Estado responsable de cumplir con la obligación violada. No la substituyen. Las dos consecuencias generales que derivan del ilícito son cesación y reparación[32].

Con la ola de crecimiento de los Tratados Bilaterales de Inversión (TBI), en los años 90 ocurrió un significativo incremento de las reclamaciones a través del

[31] González de Cossío Francisco, *Arbitraje de Inversión*. Editorial Porrúa, 2009, páginas 70-71.
[32] González de Cossío Francisco, *Arbitraje de Inversión*. Editorial Porrúa, 2009, páginas 75.

arbitraje de inversión, siendo el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) del Banco Mundial el que ha tenido mayor éxito. El crecimiento y normalización del arbitraje de entre inversionistas y Estados, dio oportunidad a la expansión de otras alternativas arbitrales, tales como: La Corte Permanente de Arbitraje (CPA), la Cámara de Comercio Internacional (CCI), el Tribunal de Arbitraje Internacional de Londres (LCIA), y, la Cámara de Comercio de Estocolmo.

El arbitraje de inversiones puede ser institucional o *Ad Hoc* (generalmente se rigen por las Reglas de arbitraje de la CNUDMI-Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional).

Por mencionar, la Convención de Washington de 1966, estableció el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), que es una institución del grupo del Banco Mundial; siendo uno de sus principales promotores Aron Broches de nacionalidad holandesa. Dentro de estos mecanismos de arreglo se consagró el arbitraje mediante el cual el inversionista extranjero puede reclamar la violación a sus derechos por parte del Estado receptor de la inversión[33].

De acuerdo con la sistemática del CIADI, la parte privada no depende de la protección de su Estado de origen para someter una controversia al arbitraje, bastando el consentimiento del Estado receptor en un Tratado o un Contrato, siempre que el Estado de nacionalidad y el Estado receptor sean partes del Convenio de Washington. El arbitraje tiene como objetivo la solución del caso por un tribunal que dicta un laudo definitivo y obligatorio, que pueda reconocerse y ejecutarse en cualquier Estado miembro del CIADI. El artículo 25 del Convenio de Washington, limita la jurisdicción del CIADI en razón de criterios materiales y subjetivos; siendo estos, *ratione materiae* (la diferencia legal debe surgir de una

[33] SABATER, Aníbal; Prólogo *"El Arbitraje y la Solución de Controversias en los Tratados de Libre Comercio";* Editorial Tecnoimpresos Universidad Tecnológica; 2006.

inversión), y, *ratione personae* (se basa en la nacionalidad de las partes involucradas en la controversia que sean miembros del Convenio)[34].

IV. Conclusiones

A lo largo de esta investigación, vimos como los Acuerdos Bilaterales de Inversión recogen estándares de protección entre ellas las expropiaciones legales, sin embargo, los tratados no establecen la regla aplicable cuando se trata de expropiaciones ilegales por lo que el derecho internacional consuetudinario es entonces aplicable, siendo delineado por la jurisprudencia como Expropiación Indirecta o Medidas Equivalentes a Expropiación, por ello, la expropiación indirecta vino a tomar relevancia práctica hasta la era de tratados de inversión, que casi unánimemente reconocen la figura.

Por su parte, el Arbitraje de Inversiones es la jurisdicción reconocida en dichos instrumentos como un método de solución de conflictos, el cual analiza los hallazgos que normalmente son tomados en cuenta para determinar si existe expropiación indirecta: (i) las legítimas expectativas del inversionista extranjero y

[34] Fontoura Costa, José Augusto y otros. Artículo *"Las instituciones y reglas del arbitraje de inversiones"* publicado en "El Derecho Internacional de las Inversiones", Universidad Externado de Colombia, 2021, páginas 321 y 322.

la interferencia con los derechos de propiedad; (ii) la gravedad del impacto de la medida adoptada por el Estado en el inversionista; (iii) la duración de la medida; (iv) la relación entre la medida y el objetivo público que el Estado alegue pretender alcanzar; y (v) la real intención del Estado al implementar la medida supuestamente violatoria de la garantía contra la expropiación indirecta.

La expropiación indirecta es por tanto un acto atribuible al Estado, de naturaleza extraordinaria o irregular, que interfiere sobre derechos de propiedad a una magnitud tal que deja dichos derechos inservibles, independientemente de que el dueño permanezca con la propiedad legal o posesión del bien.

En atención a la Responsabilidad Internacional de los Estados, las consecuencias generales que derivan de la Expropiación Indirecta son la cesación y la reparación.

El mecanismo jurídico que puede poner límite a la Responsabilidad Internacional del Estado al momento de que este tome decisiones, adopte medidas o dicte actos, serán los Poderes de Policía el cual se refiere a que las medidas no discriminatorias adoptadas en virtud de un interés público legítimo, conforme a un debido proceso, no son expropiatorias y no dan lugar a indemnización bajo el derecho internacional.

El ejercicio implica un análisis particular de los hechos, pero guiado por un marco conceptual; el punto delgado es verificar si la medida presuntamente expropiatoria deriva de una regulación o actividad “normal” del Estado o, si por el contrario, es extraordinaria o ilegal.

Recordemos que son los Estados quienes buscan atraer inversión extranjera promoviendo su jurisdicción como posible lugar de negocios, por lo que, en atención a su soberanía, acuden a la celebración de Acuerdos Internacionales de Inversión con la finalidad de darle credibilidad a la promesa que han realizado a la comunidad internacional.

V. **Lista de referencia**

Artículos de Responsabilidad aprobados por la Comisión de Derecho Internacional creada en 1948 por la Asamblea General de las Naciones Unidas.

BRUNETTI, Maurizio. “Recurring Themes: Indirect Expropriation in International Law”. En: INT’L L. F. 5. 2003.

Carrillo De La Rosa, Yezid y Ariza Orozco, Oscar Manuel. *Teorías Aplicables al Derecho Internacional e Interamericano de Derechos Humanos.* Revista Jurídica Mario Alario D´Filippo. Vol. 11. No. 21: 110-122, 2019.

Caso *Certain German Interests in Polish Upper Silesia v. Poland.*

Caso *Fábrica de Chorzów en Alemania vs. Polonia* (1928).

Caso *Metalclad Corporation v. The United Mexican States. ICSID Case No. ARB(AF)/97/1.*

Caso *Norwegian Shipowners' Claims.*

Caso *Phillips Petroleum Co. v. Iran. Award* No. 310-56-3 of 14 July 1987.

Caso *Starret Housing v. Irán* (1983).

Caso *Tippets v. Irán* (1984).

Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados.

Convenio de Washington de 1966.

Cox, Johanne M. Expropiation in Investment Treaty Arbitration. Oxford University Press, 2019.

Diez de Velasco, Manuel. *Instituciones de Derecho Internacional Público.* Editorial Tecnos, Decimoctava Edición. Madrid, 2013.

Faya Rodríguez, Alejandro. ¿Cómo se determina una Expropiación Indirecta bajo Tratados Internacionales en materia de Inversión? Un Análisis Contemporáneo. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

Ferrari, Franco y King, D. Brian. International Investment Arbitration. West Academic Publishing, 2019.

Fontoura Costa, José Augusto y otros. Artículo "Las instituciones y reglas del arbitraje de inversiones" publicado en "El Derecho Internacional de las Inversiones", Universidad Externado de Colombia, 2021.

González de Cossío Francisco, Arbitraje de Inversión, Editorial Porrúa, 2009.

https://www.international-arbitration-attorney.com/es/investment-arbitration/

https://www.portafolio.co/economia/finanzas/alza-de-la-divisa-afecta-viajes-estudios-y-compras-al-exterior-568311

Ian Brownlie, Principles of Public International Law, Oxford University Press, Fifth Edition, 1998.

López Escarcena, Sebastián. Artículo "La expropiación condicionada en los Tratados de Inversión" publicado en "El Derecho Internacional de las Inversiones", Universidad Externado de Colombia, 2021.

Páez, Marisol. La expropiación indirecta frente al CIADI: consideraciones para la autorregulación de los actos administrativos de los Estados. Revista de Estudios Internacionales.

Páramo, Pablo – Compilador. *La Investigación en Ciencias Sociales: Estrategias de Investigación.* Universidad Piloto de Colombia. Primera Edición, año 2011. Bogotá, Colombia.

Reglas de arbitraje de la CNUDMI-Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.

Rey Vallejo, Pablo. El arbitraje de inversiones y los retos de la globalización. Revista de Derecho Privado, núm. 38, junio, 2007, Universidad de Los Andes, Bogotá, Colombia.

SABATER, Aníbal; Prólogo “El Arbitraje y la Solución de Controversias en los Tratados de Libre Comercio”; Editorial Tecnoimpresos Universidad Tecnológica; 2006.

Tratado Bilateral entre Chile y Francia (1992).

Tratado Bilateral de Inversión EE.UU.-Egipto.

Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica y los Estados Unidos CAFTA-2004.

Tratado de Libre Comercio entre Perú y Canadá.