

# LA EXPROPIACIÓN INDIRECTA EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LAS INVERSIONES Y EL DERECHO A LA PROPIEDAD EN LA CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS

Ricardo De Urioste Samanamud\*

*El artículo explora la relación entre el derecho internacional de las inversiones y el derecho internacional de los derechos humanos. En este contexto, escoge específicamente analizar la recepción de las consideraciones de la Corte Europea de Derechos Humanos en materia de propiedad por parte de la jurisprudencia del arbitraje internacional de las inversiones en materia de expropiación indirecta. Encuentra que no existe una razón jurídica de carácter técnico aparente que explique la falta de diálogo y ensaya algunas explicaciones alternativas que den cuenta de la particularidad.*

## Introducción

La estelaridad del tema expropiatorio resulta fundacional en la relación entre derecho internacional e inversión extranjera. Actualmente, el foco de atención se concentra en la expropiación indirecta, pero ¿qué constituye una expropiación indirecta?

Ya en 1962 el profesor Christie delimitó el problema y sentenciaba que la cuestión de la expropiación indirecta requería la identificación

---

*Revista de Economía y Derecho*, vol. 10, nro. 39 (invierno de 2013). Copyright © Sociedad de Economía y Derecho UPC. Todos los derechos reservados.

\* Máster en Derecho por la Universidad de Chicago y máster en Economía Política Internacional por la London School of Economics & Political Science. Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Diploma Internacional de Administración Pública (Relaciones Internacionales) por la École Nationale d'Administration (ENA), París.

de un nivel de interferencia por parte del Estado que, si bien no llegaba a la configuración categórica de una expropiación, constituía en términos prácticos una deprivación de la propiedad y que únicamente el análisis caso por caso se prestaba para su análisis<sup>1</sup>.

Este artículo nace de la constatación preliminar de un hecho que llama la atención y es que en el mencionado análisis sobre la configuración de una expropiación indirecta efectuada tanto por los tribunales arbitrales internacionales como por los inversionistas reclamantes, e incluso por los Estados demandados, brilla por su ausencia la referencia a las argumentaciones que sobre el derecho de propiedad han sido decididas por la rica jurisprudencia de las Cortes internacionales en materia de derechos humanos.

Después de todo, tanto el derecho internacional de las inversiones como la protección internacional de los derechos humanos comparten un proceso de separación de la concepción estado-céntrica del derecho internacional, permitiendo a los individuos el acceso directo a mecanismos internacionales de protección frente a los Estados.

Los ejemplos en los que los tribunales arbitrales de inversión se han apoyado en decisiones de tribunales internacionales de derechos humanos se pueden contar con la mano y pueden citarse en tal sentido a los laudos *Tecmed vs. México*<sup>2</sup> y *Saipem vs. Bangladesh*<sup>3</sup>.

Es cierto que no existe el precedente obligatorio en el arbitraje, por lo que, menos aún, tendrían estos tribunales arbitrales que aplicar o seguir el razonamiento de las Cortes de derechos humanos que han debido analizar la defensa del derecho de propiedad frente a determinadas actuaciones gubernamentales. Sin embargo, esta constatación no nos permite saltar a la conclusión de que la comparación entre ambos sistemas jurídicos resulta inútil o que estén condenados a vivir de manera aislada.

De hecho, varios tribunales arbitrales de inversión han decidido (y, sin duda, decidirán) casos en los que las medidas gubernamentales recurridas como violaciones de estándares de tratamiento debido a inversionistas extranjeros (incluida la protección en materia de expropiaciones) constituyen también violaciones del derecho de propiedad<sup>4</sup>. Más aún, muchos tratados bilaterales de inversión (BITs)<sup>5</sup> y capítulos de inversión en tratados de libre comercio incluyen al derecho internacional como ley aplicable en caso de controversias y cualquier tribunal arbitral que lidie con estas materias sabe que los principios generales del derecho que sean aplicables y la jurisprudencia internacional en

materia de derechos humanos resultan relevantes en tanto fuentes principal y auxiliar, respectivamente, conforme ha sido recogido por el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (CIJ).

El objetivo de este artículo es ahondar en la explicación de esta falta de recepción de las consideraciones de la jurisprudencia internacional en materia de derechos humanos en cuanto al derecho de propiedad por parte del arbitraje internacional de inversiones.

El análisis de laudos y sentencias en que se centra este artículo ha privilegiado laudos arbitrales emitidos en el marco del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) y sentencias de la Corte Europea de Derechos Humanos. Esta decisión se justifica por la mayor publicidad que caracteriza a los laudos del Ciadi y en el mayor número, desarrollo y sofisticación de la jurisprudencia sobre el derecho de propiedad de la Corte de Estrasburgo.

La primera sección se ocupa del concepto de expropiación indirecta y cómo se ha visto reflejado en el arbitraje internacional de las inversiones.

La sección II brindará los fundamentos y conceptos básicos de la protección del derecho de propiedad a través del artículo 1 del Primer Protocolo de la Convención Europea de Derechos Humanos. Se tratará cómo juega el concepto de expropiación indirecta en esta jurisprudencia y, a partir de esta definición, se analizará su compatibilidad con el concepto perfilado por el arbitraje internacional de las inversiones. Asimismo, se presentarán los dos elementos a partir de los cuales se hará el análisis comparativo en la manera como ambos sistemas han perfilado la expropiación indirecta: interés público y el estándar de compensación.

Consiguientemente, la sección III analizará la interpretación del concepto de “interés público”, incluido en la segunda oración del artículo 1 del Primer Protocolo de la Corte Europea como justificación que legitima a un gobierno a privar a una persona de su propiedad y su afinidad con el concepto de “propósito público”, que requiere el derecho internacional de las inversiones como presupuesto de legalidad de una expropiación.

Como se adelantó, la sección IV hará una comparación de la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos y del arbitraje de inversión en lo que se refiere al estándar de compensación plena, conforme a los términos “pronta, adecuada y efectiva” de la famosa fórmula Hull.

La sección V explorará una serie de explicaciones a los resultados del análisis comparativo de las secciones precedentes y la última sección presentará las conclusiones.

## **Sección I. El concepto de expropiación indirecta**

A pesar de la última oleada sudamericana de expropiaciones directas que se han apreciado desde el 2006 en Bolivia, Venezuela, Ecuador y Argentina, la literatura especializada mantiene su conclusión de que la expropiación indirecta constituye la forma moderna, y por excelencia, de expropiación de las inversiones extranjeras.

Así, por ejemplo, Anne Hoffmann, desarrollando una idea similar de la UNCTAD, afirma:

“El supuesto tradicional o clásico de expropiación es la expropiación ‘directa’, es decir, la categórica y manifiesta toma de propiedad, frecuentemente lograda a través de la transferencia del título. Sin embargo, dichas expropiaciones directas se han vuelto menos frecuentes. Los Estados han llegado a reconocer la importancia de atraer inversión extranjera directa y no quieren ser percibidos como amenaza de dichas inversiones mediante expropiaciones. Por ende, la típica forma en que ocurren en la actualidad es aquella de la ‘expropiación indirecta’”<sup>6</sup>.

Pero ¿qué constituye una expropiación indirecta? ¿Qué clase de medidas gubernamentales comprende y, consiguientemente, cuál es su alcance?

Un punto de partida útil es recordar que el derecho de propiedad no es absoluto y que existe un derecho internacional consuetudinario que reconoce el derecho de los Estados a expropiar la propiedad de extranjeros siempre y cuando se cumpla con ciertos requerimientos. Tales requerimientos incluyen la ausencia de discriminación en perjuicio del inversionista extranjero, un propósito público, conformidad con el debido proceso legal y, siguiendo la posición mayoritaria de la doctrina, el pago de compensación conforme al estándar de valoración plena<sup>7</sup>.

La dificultad de arribar a una definición universal de expropiación indirecta se revela plenamente al contrastar la ya mencionada regla consuetudinaria, que reconoce el derecho a expropiar de los Estados receptores de inversión (aparejada a la obligación de compensar), con el extendido ámbito de aplicación y profundidad de la actividad regu-

latoria gubernamental. Por ende, la complicación en definir la expropiación indirecta surge no solo de la variedad de medidas estatales que deberían ser incluidas por cualquier pretendida definición o fórmula omnicompreensiva, como acertadamente apuntan Paulsson y Douglas<sup>8</sup>, sino también por la profundidad y fuente de la medida estatal. Potencialmente, cualquier grado de involucramiento, incluso de autoridades a nivel municipal o regional, podría (y con frecuencia lo es) ser denunciado como una expropiación indirecta.

Por ende, la cuestión fundamental en torno a la expropiación indirecta no es su diferenciación respecto a la expropiación directa, sino el de la línea divisoria entre regulación legítima y expropiación compensable.

La mayor contribución en la identificación de ciertas medidas estatales como expropiaciones indirectas ha venido de parte de tribunales arbitrales de inversión que han debido enfrentar esta distinción.

¿Cómo es que las decisiones de estos tribunales arrojan luces sobre la distinción entre legítima regulación y expropiación indirecta? Lo que han hecho es perfilar el concepto de expropiación indirecta mediante el tratamiento de cuatro elementos clave: la doctrina *Sole Effects*, permanencia, legítimas expectativas del inversionista y proporcionalidad de la medida expropiante.

Este artículo únicamente tratará en mayor detalle la doctrina *Sole Effects*, por el interés que reviste su comparación con la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos.

### 1.1. La doctrina *Sole Effects*

Un análisis de los laudos del CIADI y de NAFTA permite concluir rápidamente que este criterio, basado en la severidad del impacto de la medida gubernamental sobre la posibilidad del propietario de usar y disfrutar de su propiedad, juega un rol principal en la identificación de una expropiación indirecta<sup>9</sup>.

Extractos de tres casos, uno de la Corte Permanente de Arbitraje de La Haya, el segundo de un tribunal de NAFTA y el tercero perteneciente a un tribunal del Ciadi ilustrarán esta doctrina a cabalidad.

En *Biloune vs. Ghana*, la Corte Permanente de Arbitraje tuvo que decidir sobre una controversia surgida de ciertas inversiones efectuadas por el demandante, Antoine Biloune, un nacional sirio, en el desarrollo de un complejo hotelero en la ciudad de Accra, en Ghana. El tribunal

privilegió la evidencia de un perjuicio a la inversión de Biloune antes que una investigación de las motivaciones gubernamentales:

“Las motivaciones de las acciones y omisiones de las autoridades del gobierno de Ghana no son claras. Pero el tribunal no necesita establecer tales motivaciones para arribar a su conclusión en el caso. Lo que queda claro es que la conjunción de la paralización de actividades, la demolición, las notificaciones, el arresto, la detención, el requerimiento de llenar formularios sobre la declaración de activos y la deportación de Biloune sin posibilidad de reingreso tuvo el efecto de causar el irreparable cese de trabajo en el proyecto. Dado el papel central de Biloune en la promoción, el financiamiento y la gestión de MDCL, su expulsión del país efectivamente previno que MDCL continuara con su proyecto. En opinión del tribunal, dicha preclusión a MDCL de proseguir con su proyecto aprobado constituiría una expropiación de los derechos contractuales de MDCL en el proyecto y, consiguientemente, la expropiación del valor del interés de Biloune en MDCL, al menos que los demandantes puedan establecer justificación suficiente para estos hechos mediante evidencia persuasiva”<sup>10</sup> (traducción del autor).

Pope & Talbot *vs.* Canadá es un caso NAFTA aplicando las reglas del capítulo 11 (inversión extranjera) al lidiar con el requerimiento de ‘deprivación sustancial’ de una expropiación. Mientras que el demandante, un productor estadounidense de madera blanda mediante una subsidiaria en Canadá, afirmaba que el régimen de control de exportaciones canadienses sobre ese producto equivalía a una expropiación, ya que redujo su posibilidad de exportar, el Tribunal concluyó que el grado de interferencia en este caso no era suficiente para configurar una expropiación:

“Incluso aceptando (para los propósitos de este análisis) las alegaciones del inversionista respecto a la disminución de ganancias, el Tribunal concluye que el grado de interferencia con las operaciones del inversionista debido al regimen de control de exportaciones no equivale a una expropiación (gradual o de cualquier otro tipo) en el sentido del artículo 1110. En ocasiones puede resultar incierto si una interferencia particular con actividades de negocios equivale a una expropiación, el test es si esa interferencia resulta lo suficientemente restrictiva para llegar a la conclusión de que la propiedad ha sido ‘tomada’ del propietario... bajo el derecho internacional, una expropiación requiere una ‘deprivación sustancial’”<sup>11</sup> (traducción del autor).

Este requisito de un cierto nivel “sustantivo” en la interferencia del Gobierno también aparece en *Occidental vs. Ecuador*, un caso ante la Corte de Arbitraje Internacional de Londres (LCIA) en aplicación del BIT entre Ecuador y Estados Unidos. *Occidental*, una compañía estadounidense que participaba en la exploración y la producción de petróleo en Ecuador, denunció que la negativa del gobierno ecuatoriano a proceder con la devolución del IVA a su favor constituía una expropiación de su inversión. Toda vez que la definición de inversión que incluía el BIT comprendía su reclamación a recibir dicho reembolso. El tribunal arbitral de este caso no aceptó el argumento de la expropiación y en su razonamiento se refiere expresamente a *Pope & Talbot*:

“El Tribunal sostiene que el demandado en este caso no adoptó medidas que podrían ser consideradas equivalentes a una expropiación directa o indirecta. En realidad, no ha existido deprivación del uso o del beneficio económico razonablemente esperado de la inversión. El criterio de ‘deprivación sustancial’, bajo el derecho internacional identificado en *Pope & Talbot*, no se encuentra presente en este caso”<sup>12</sup>.

*Antoine Goetz vs. Burundi* es un caso del Ciadi interesante porque se relaciona con el ámbito tributario, el cual ha sido tradicionalmente considerado un bastión del poder soberano de los Estados<sup>13</sup>. En este caso, *Antoine Goetz*, un nacional belga, era accionista en una compañía constituida en Burundi, *AFFIMET*, que había calificado para las exenciones tributarias y aduaneras contempladas por la legislación de zonas francas de Burundi. Este régimen fue luego revocado para las actividades mineras en general. El Tribunal aceptó el argumento de *Goetz*, basándose tanto en la amplitud del concepto de medidas estatales que pueden originar compensaciones como en la estrechez de las excepciones incluidas en el BIT entre Bélgica/Luxemburgo y Burundi:

“Habida cuenta que, conforme a la información presentada al Tribunal por los demandantes, la revocación del certificado de empresa exonerada los ha obligado a paralizar toda actividad desde el 13 de agosto de 1996, fecha de la última exportación realizada, privando de toda utilidad a las inversiones efectuadas y quitando a los inversionistas reclamantes el beneficio que podían esperar de sus inversiones, la medida recurrida puede ser considerada una ‘medida con un efecto similar’ a una medida privativa o restrictiva de la propiedad

en el sentido del artículo 4 del Tratado sobre Inversiones<sup>14</sup> (traducción del autor).

La doctrina *Sole Effects* ha sido perfilada, entonces, por los tribunales arbitrales a fin de identificar la presencia de una expropiación indirecta cuando existe un grado sustancial de interferencia por parte del Estado, con efectos que rayan en la deprivación, con la habilidad de prevalecer sobre las motivaciones o propósito del Estado, incluso en relación con áreas como la tributaria, tradicionalmente consideradas manifestaciones propias del poder regulatorio de los Estados. Por ende, la aplicación de la doctrina requiere un cuidadoso balance entre las funciones regulatorias que todos los Estados deben cumplir y la ilegítima interferencia con los derechos e intereses de los inversionistas extranjeros. Resulta obvia la dificultad inherente en dicho análisis.

## 1.2. Permanencia, intención del Estado, expectativas respaldadas en la inversión y proporcionalidad

El requisito de permanencia se puede reducir al requerimiento que la interferencia del Estado sea permanente e irreversible. Algunos tribunales internacionales han solicitado este elemento, tal como en el caso de Técnicas Medioambientales Tecmed S. A. *vs.* Estados Unidos Mexicanos (2003)<sup>15</sup>. Sin embargo, existe jurisprudencia discordante. Así, por ejemplo, en un arbitraje del NAFTA bajo las reglas de la Uncitral, el Tribunal en el caso S. D. Myers *vs.* Canadá sostuvo que, en principio, una expropiación podía resultar de una deprivación parcial o temporal<sup>16</sup> (aunque en el caso concreto concluyó que la interferencia temporal por 18 meses no equivalía a una expropiación). En la misma línea, el tribunal del Ciadi en el caso Wena Hotels *vs.* Egipto concluyó que la toma de dos hoteles por un periodo de un año aproximadamente era suficiente para configurar una expropiación<sup>17</sup>.

El análisis relativo a la intención del Estado ya fue efectuado líneas arriba al ocuparnos de la doctrina *Sole Effects*.

El factor de legítimas expectativas se refiere a la confianza del inversionista en ciertas circunstancias o representaciones en las que basa, así sea parcialmente, su decisión de efectuar la inversión. También existe jurisprudencia contradictoria relacionada con este requisito<sup>18</sup>.



## **Sección II. Protección del derecho de propiedad bajo la Convención Europea de Derechos Humanos y expropiación indirecta**

El artículo 1 del Primer Protocolo de la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH) establece:

“Toda persona física o jurídica tiene derecho al respeto de sus bienes. Nadie puede ser privado de su propiedad, excepto por causas de utilidad pública y en las condiciones previstas por la ley y por los principios generales del derecho internacional.

Las precedentes disposiciones no afectan al derecho de los Estados de emanar leyes consideradas necesarias para regular el uso de los bienes conforme al interés general o para asegurar el pago de impuestos u otras contribuciones”.

Basándose en la jurisprudencia relevante de la Corte Europea de Derechos Humanos, Matti Pellonpää comenta la arquitectura básica del artículo 1:

“Como ha sostenido repetidamente la Corte Europea de Derechos Humanos, el artículo 1 contiene tres ‘reglas’ distintas: la primera que enuncia el principio de disfrute pacífico de la propiedad (primera oración del para. 1); la segunda cubre la privación de las posesión (segunda oración del para. 1); y la tercera expresa el derecho del Estado, entre otras cosas, a controlar el uso de la propiedad (para. 2). La Corte también ha enfatizado que estas reglas se encuentran estrechamente interconectadas: la segunda y tercera reglas tratan de instancias particulares de interferencia con el disfrute pacífico de la propiedad y, por lo tanto, deben ser interpretadas a la luz del principio general enunciado en la primera regla. Sin embargo, la primera regla tiene un rol adicional ‘independiente’, en el sentido de que una medida que no constituye una ‘privación’ ni puede ser caracterizada como ‘control del derecho de propiedad’, puede no obstante violar el derecho al ‘disfrute pacífico de la posesión’ garantizado en la primera oración”<sup>19</sup>.

Existe un consenso generalizado entre los comentaristas respecto a la estructura de la protección de la propiedad en el artículo 1. En la misma línea está el análisis de Hugo Vandenberghe, quien explica que la interpretación de la Corte Europea incluye tres reglas distintas: la primera, contenida en la primera oración del primer párrafo es de

naturaleza general y enuncia el principio de respeto a la propiedad; la segunda regla, en la segunda oración del mismo párrafo sanciona la privación de la propiedad y condiciona su legalidad al cumplimiento de ciertos requisitos; mientras que la tercera regla, contenida en el segundo párrafo, reconoce el poder de los Estados para regular el uso de la propiedad de acuerdo con el interés general. También puntualiza que el hecho de que las tres reglas sean distintas no significa que no estén relacionadas: la segunda y la tercera reglas son ejemplos de casos específicos de ataques al derecho de propiedad, por lo que deben ser interpretadas conforme al principio consagrado por la primera oración del primer párrafo (disfrute pacífico de la propiedad). Si una pretendida violación no puede ser clasificada del todo en la segunda oración del primer párrafo (privación) o en el segundo párrafo (regulación), la Corte examinará la situación a la luz de la regla general (primera oración del primer párrafo)<sup>20</sup>.

¿Dónde encuentra su lugar el concepto de expropiación indirecta en esta arquitectura?<sup>9</sup> En primer lugar, debe considerarse que la CEDH ha adoptado un estricto estándar de análisis al decidir si está frente a una privación. Esta conclusión se basa en que la CEDH requiere para una privación que la medida estatal haya tocado todos los atributos de la propiedad en un caso determinado:

“La esencia de la privación de bienes es la extensión de los derechos del propietario. Es con cierto rigor que la Corte ha utilizado la noción de ‘privación’, reservándola para los casos de desposesión definitiva y completa, vale decir, para aquellas medidas que toquen todos los atributos del derecho individual concernido, en el sentido de romper totalmente la relación que ligaba al bien objeto del derecho con la persona sujeto de tal derecho”<sup>21</sup> (traducción del autor).

Así, el sistema de la Corte Europea ha interpretado que la privación total es un elemento fundamental de la expropiación, esta conclusión se sostiene también para los casos en que la Corte ha considerado expropiaciones indirectas como ilustra el caso de *Sporrong y Lönnroth vs. Suecia* (1982), considerado fundacional<sup>22</sup>.

En ese caso, los demandantes aducían que los permisos de expropiación a largo plazo (a través de los cuales la propiedad podía ser expropiada en un futuro) junto con las prohibiciones de construcción que instauró la Junta Administrativa del condado de Estocolmo por un periodo de 25 años, en el caso de la propiedad *Sporrong*, y de 12 años, en el caso de *Lönnroth*, impedían el pleno disfrute de los

derechos de propiedad. Además, los demandantes argüían que las limitaciones excesivas (que no daban lugar a compensación alguna) habían despojado de toda sustancia a su derecho de propiedad y, por lo tanto, equivalían a una expropiación. Debe mencionarse que los referidos permisos de expropiación permitían a la autoridad pública proceder con la expropiación en caso de que fuera necesario, dejando intacto el derecho del propietario a vender, arrendar o hipotecar su propiedad y se encontraban sujetos a un límite de tiempo a fin de que la autoridad expropiante iniciara el proceso judicial para fijar la compensación, pasado dicho periodo el permiso en favor del Estado caducaba.

En su sentencia, la Corte aclaró que una expropiación indirecta requiere la privación de la propiedad, aun cuando en ese mismo halló que existía violación de la regla de “derecho al disfrute pacífico de la propiedad” de la primera oración del artículo 1.

¿Acaso el concepto de privación agota la cuestión de la expropiación indirecta en el sistema europeo de derechos humanos? La visión mayoritaria es que sí y los autores recurren a abundante jurisprudencia que abona en el sentido de que la privación actúa como la línea roja que sirve a la CEDH para concluir que se ha configurado una expropiación<sup>23</sup>.

Para este trabajo, entonces, la conclusión es que el asunto de la privación desempeña un rol central en la evaluación de la existencia de una expropiación indirecta tanto en el arbitraje internacional de inversiones como en la jurisprudencia de la CEDH. Por ejemplo, debemos recordar que al analizar la doctrina *Sole Effects* el tribunal en el caso *S. D. Myers* admitió la posibilidad de una expropiación indirecta derivada de una privación parcial<sup>24</sup>.

Por tanto, esta convergencia de ambos sistemas en cuanto a la centralidad del análisis de la privación de la propiedad en la configuración de una expropiación indirecta hace aún más extraña la falta de diálogo entre ambas jurisprudencias.

Además, la privación no es el único elemento fundamental de la expropiación indirecta para el arbitraje de inversiones que también muestra igual centralidad para ese mismo propósito en la jurisprudencia de la CEDH. “Interés público” y la relación entre “proporcionalidad” y estándar de compensación comparten dicha estelaridad en ambos sistemas<sup>25</sup>. Las dos secciones siguientes estarán dedicadas a ese análisis.

Frente a estas evidencias, la pregunta que motiva este artículo sigue en pie y resulta más pertinente que nunca. Si el arbitraje internacional de inversiones y la jurisprudencia de la CEDH comparten variables de análisis que cumplen un rol protagónico en una cuestión, además, tan importante como la evaluación de la expropiación indirecta ¿por qué el arbitraje de inversiones no se ha valido de estas variables en sus consideraciones?

### **Sección III. Proporcionalidad y el requisito del propósito público**

La naturaleza de requisito del propósito público de la expropiación es una materia controvertida, sin duda debido a que los tribunales arbitrales generalmente no han cuestionado las motivaciones del Estado detrás de la expropiación y han mostrado un nivel relativamente alto de deferencia a los móviles y apreciación del Estado expropiante.

En la sección I desarrollamos algunos ejemplos de la aplicación de la doctrina *Sole Effects*. Dos ejemplos adicionales vienen dados por *CMS vs. Argentina*<sup>26</sup>, en que el Tribunal concluyó que los efectos de la medida estatal no constituían una expropiación, y *Siemens vs. Argentina*<sup>27</sup>, en que el tribunal decidió que las medidas en cuestión sí incumplían las disciplinas de expropiación del BIT de 1991 entre Alemania y Argentina.

A pesar de las reverencias hechas por varios tribunales arbitrales a la doctrina *Sole Effects*, la historia del arbitraje internacional de las inversiones no nos permite saltar alegremente a la conclusión de que esta constituye una carta ganadora con todos los tribunales.

Como notaron Dolzer y Schreuer:

“Otras decisiones muestran una aproximación más diferenciada. Toman en cuenta el contexto de la medida, incluyendo el propósito perseguido por el Estado receptor de la inversión. Los casos *Oscar Chinn y Sea-Land Service Inc. vs. Irán* pertenecerían a esta categoría”<sup>28</sup>.

Basados en una extensa revisión de la jurisprudencia pertinente, Fortier y Drymer concluyen que domina la aproximación que favorece el equilibrio de diferentes factores:

“Los tribunales parecen crecientemente indispuestos a adherir a versiones extremas de la doctrina *Sole Effects* y al parecer acostumburan a considerar tanto el carácter como el impacto de las medidas gubernamentales en la práctica”<sup>29</sup>.

Al citar la conclusión de Fortier y Drymer, Dolzer y Schreuer inmediatamente notan que esta aproximación de equilibrio constituye uno de los hitos de la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos: “Fortier concluyó que una aproximación de equilibrio entre diferentes factores parece ser la dominante. Ello resulta ciertamente así en la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos”<sup>30</sup>.

Esta aproximación de equilibrio presenta uno de los escasos ejemplos de recepción explícita de la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos en materia de expropiación por parte de los tribunales arbitrales de inversión. Se manifestó por primera vez en el caso *Tecmed*<sup>31</sup>.

En la sección II se explicó que la primera regla contenida en el artículo 1 del Primer Protocolo a la Convención Europea de Derechos Humanos (“disfrute pacífico” de la propiedad) califica al íntegro del artículo 1. Esta regla contiene implícitamente un principio de proporcionalidad. El resultado es que una de las limitaciones de la potestad de los Estados de interferir con los derechos de los individuos a disfrutar pacíficamente de su propiedad es que dicha interferencia debe estar legitimada por la búsqueda del interés público. Precisamente en esto radica el denominado “test del equilibrio justo”<sup>32</sup>.

Una cuestión muy importante en este test radica en el margen de deferencia que se le acuerde al Estado en su apreciación sobre lo que constituye el interés público. En el caso *James vs. Reino Unido* (1986), la CEDH reconoció que dicho margen a acordarse al Poder Legislativo a fin de implementar políticas sociales y económicas debía ser amplio, toda vez que las autoridades nacionales se encuentran, en principio, mejor situadas que el juez internacional para apreciar qué cabe dentro del “interés público”<sup>33</sup>. No obstante, en el mismo caso la Corte también afirmó que, incluso tomando en consideración dicho margen amplio, las medidas estatales que implementan políticas diseñadas para realzar la justicia social o que persiguen legítimos fines sociales, económicos u otros, siempre están sujetas al test del equilibrio justo<sup>34</sup>.

Estas consideraciones deben resultar atractivas tanto al inversionista como al Estado demandado en el marco de un arbitraje inversionista-Estado a la hora de enfrentar la cuestión del requisito del propósito público de una expropiación indirecta. Ambos hallarían argumentos a su favor en la sentencia *James*. Esta conclusión podría

revestir incluso mayor valor si tomamos como ciertas las conclusiones de Fortier y Drymer y existe un patrón entre los tribunales arbitrales de favorecer la aproximación del test del equilibrio por sobre la aplicación de la doctrina *Sole Effects*.

Este valor potencial del “test del equilibrio justo” de la CEDH para el arbitraje de inversiones, particularmente para aquellos casos que lidian con el requisito de propósito público de las expropiaciones, es lo que permite a Freeman sostener que si el famoso caso *Metalclad*<sup>35</sup> hubiera surgido en Europa la interpretación de la CEDH del artículo 1 del Primer Protocolo a la Convención Europea de Derechos Humanos habría salvado a la actividad regulatoria del gobierno mexicano del calificativo de expropiatoria. Adicionalmente, también sostiene Freeman que es posible interpretar el artículo 1110 del NAFTA (que define a la expropiación indirecta) de manera mucho más cercana a la construcción de la Corte de Estrasburgo<sup>36</sup>.

Sin embargo, igual como sucede con el concepto de expropiación indirecta, la jurisprudencia arbitral en materia de inversiones no refleja esta factibilidad legal y potencial valor jurídico de la importación del “test del equilibrio justo” en las consideraciones de la CEDH sobre el propósito público.

#### **Sección IV. La cuestión de la compensación de la deprivación de propiedad**

Después de mucha discusión y mal humor en el debate Norte-Sur, en la actualidad se puede decir que la obligación de compensar por el Estado expropiante forma parte del derecho internacional consuetudinario. Igualmente enraizado y legitimizado por la costumbre internacional se encuentra el derecho del Estado receptor a expropiar, en consonancia con el principio de soberanía territorial.

Sin embargo, la cuestión del carácter consuetudinario del valor justo de mercado o valor pleno<sup>37</sup> como estándar de compensación aún es materia de debate.

Así, mientras algunos autores consideran que el régimen internacional económico posdécada de 1990 ha entronizado al estándar de compensación plena como consuetudinario<sup>38</sup>; otros se oponen en forma vehemente a esa aproximación, apoyándose en lo que consideran una recepción aún insuficiente del estándar en los tratados de inversión y en la falta de uniformidad y generalización en el recono-

cimiento del derecho a la propiedad y a la compensación en caso de expropiación entre los distintos Estados que conforman la comunidad internacional<sup>39</sup>.

¿Acaso la jurisprudencia arbitral en materia de inversiones ha favorecido el estándar de compensación plena? En realidad sí lo ha hecho, pero sin necesidad de la vía consuetudinaria porque generalmente aplican las disposiciones sobre la materia que contienen los tratados internacionales de inversión, que son también la fuente de jurisdicción de los mismos tribunales.

Probablemente, debido a esta incertidumbre respecto a la existencia de una regla consuetudinaria sobre el estándar de compensación, las partes en los acuerdos internacionales de inversión se han cuidado de especificar expresamente la aplicación de este estándar de compensación.

Al examinar la recurrencia del estándar de compensación plena en instrumentos internacionales, la Conferencia de Naciones Unidas sobre el Comercio y Desarrollo (CNUCDI o UNCTAD, por sus siglas en inglés) concluyó en un informe de 2007 que los acuerdos o tratados internacionales de inversión muestran un alto grado de convergencia:

“La determinación de qué clase de compensación debe ser pagada en caso de una expropiación alguna vez figuraba en los temas más debatidos entre los países desarrollados y los países en desarrollo (Sornarajah, 2004). Los países exportadores de capitales abogaban por la compensación “pronta, adecuada y efectiva”, mientras que algunos países en desarrollo promovían otros estándares existentes en sus legislaciones domésticas.

Hoy, sin embargo, existe un creciente nivel de convergencia de los acuerdos internacionales de inversión respecto al estándar de compensación. Más aún, la mayoría contempla que la compensación debe reflejar el precio real de la inversión. Para este propósito se hace la referencia al valor de mercado, al valor justo de mercado o al valor genuino de los activos tomados”<sup>40</sup> (traducción del autor).

Los autores Newcombe y Paradell llegan a la misma conclusión<sup>41</sup>.

Esta convergencia en los acuerdos internacionales de inversión, respecto al estándar de compensación plena, es uno de los principales argumentos de aquellos que sostienen la naturaleza consuetudinaria del criterio de compensación plena.

¿Qué aporta la jurisprudencia de la CEDH en materia de compensación en relación con este debate? A fin de evaluar si la jurisprudencia

dencia de la CEDH puede interpretarse como un argumento a favor o en contra de la existencia de una regla consuetudinaria requiriendo el estándar de compensación plena, debe previamente determinarse si esa jurisprudencia ha seguido un patrón consistente en un sentido o en otro.

En un caso del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas<sup>42</sup>, la opinión del abogado general Mischo pasó revista a la jurisprudencia de la CEDH con el fin de decidir si el pago de compensación era indispensable en ese cuerpo legal. Al citar *Santos Monasterios vs. Grecia*<sup>43</sup> trata la cuestión sobre la valoración y concluye que el requisito de proporcionalidad incluye la necesidad de la valoración justa de la propiedad expropiada:

“Los términos de la compensación bajo la legislación relevante son muy importantes en la evaluación de si las medidas recurridas respetan el requisito de equilibrio justo y, particularmente, si no representa un peso desproporcionado sobre los demandantes. Sobre este punto, la Corte ya se ha pronunciado en el sentido de que la toma de propiedad sin pago de un monto razonablemente relacionado con su valor normalmente constituirá una interferencia desproporcionada y la ausencia total de compensación solo podría justificarse a la luz del artículo 1 en circunstancias excepcionales (*Santos Monasterios vs. Grecia*, 1994, serie A, nro. 301-A, p. 35, párrafo 71)”<sup>44</sup> (traducción del autor).

En realidad, la CEDH ya había ligado la compensación a un valor razonablemente relacionado con el valor y la proporcionalidad en el caso *James*. En este caso, a diferencia del caso *Santos Monasterios*, hubo una referencia directa y explícita al estándar de compensación plena. En el caso *James*, la Corte concluyó que la desviación del estándar de compensación plena, lo cual constituye claramente una excepción, requeriría la persecución de legítimos objetivos de “interés público”, encarnados en medidas de reforma económica o diseñadas para la consecución de mayor justicia social:

“La Corte acepta la conclusión de la comisión relativa al estándar de la compensación: la toma de propiedad sin pago razonablemente relacionado con su valor normalmente constituirá una interferencia desproporcionada que no se podría justificar bajo el artículo 1 (P-1). Sin embargo, el artículo 1 (P-1) no garantiza el derecho a una compensación plena en todas las circunstancias. Legítimos objetivos de “interés público”, como aquellos perseguidos a través de medidas de



reforma económica o medidas diseñadas para conseguir mayor justicia social, podrían justificar un reembolso menor al valor pleno de mercado<sup>45</sup> (traducción del autor).

Más casos de la CEDH acuden en defensa del estándar de compensación plena como regla general. Exactamente, el mismo razonamiento que expresó el abogado general Mischo en el caso Booker se encuentra en la sentencia de la CEDH de *Pressos Compania Naviera vs. Bélgica*:

“Los términos de la compensación bajo la legislación relevante son muy importantes para la evaluación de si la medida recurrida respeta el requisito de equilibrio justo y, notablemente, de si impone una carga desproporcionada a los demandantes. A este respecto, la toma de propiedad sin pago de un monto razonablemente relacionado con su valor normalmente constituirá una interferencia desproporcionada y la falta total de compensación podría considerarse justificada bajo el artículo 1 solo en circunstancias excepcionales<sup>46</sup> (traducción del autor).

Resulta interesante en este caso la opinión concurrente con la comisión del juez Danelius, abrazando la idea de la necesidad de incluir la pérdida de expectativas de lucro, que normalmente constituye un elemento del estándar de compensación plena y un requisito necesario para la consideración del lucro cesante<sup>47</sup>:

“La interferencia con el derecho al disfrute pacífico de la propiedad puede tener lugar a través de medidas que afectan un elemento que forma parte de la propiedad, si bien ese elemento no alcanza a constituir una ‘reclamación’ determinada u otra ‘posesión’ susceptible de ser expropiada u objeto de medidas similares determinadas. Por ejemplo, las expectativas de ganancias frecuentemente constituyen una parte esencial del valor de la propiedad que genera renta y puede ser que tengan que tomarse en cuenta en la valoración de una empresa o negocio a propósito de su venta o compensación por expropiación, así estas expectativas no sean necesariamente susceptibles de una medida separada de expropiación<sup>48</sup> (traducción del autor).

Guillemin *vs.* Francia<sup>49</sup> lidió con el elemento de “prontitud” del estándar de compensación plena. Aquí la CEDH consideró que existió una expropiación indirecta, de facto y concluyó que la demora en el pago de la compensación debida constituía por sí misma una violación del referido artículo 1:

“La compensación por la pérdida soportada por el demandante solo puede constituir adecuada reparación cuando también toma en cuenta

el daño surgido por la duración de la privación. Además, debe ser pagada en un tiempo razonable” (traducción del autor).

Por lo expuesto, se podría considerar que existen elementos en la jurisprudencia de la CEDH que abonan en el sentido de la naturaleza consuetudinaria del estándar de la compensación plena. Por otro lado, Sornarajah lee esa misma jurisprudencia en sentido contrario y sostiene que tanto la Convención Europea de Derechos Humanos como la jurisprudencia de la CEDH en realidad respaldan la posición mayoritaria entre los países en desarrollo que desconocen la existencia de una costumbre o principio de derecho internacional que consagre el derecho a la propiedad extranjera y al pago de una compensación plena en caso de una expropiación.

Su argumento comienza por desafiar la existencia de un reconocimiento uniforme y generalizado del derecho de propiedad y compensación entre los diferentes Estados que conforman la comunidad internacional:

“A veces se recurre al argumento de que los códigos de inversiones y disposiciones constitucionales de un gran número de Estados apoyan la existencia de un derecho de propiedad y al pago de compensación plena en caso de nacionalización que viola ese derecho. Existe escasa evidencia de tal reconocimiento extendido y sin reservas de tal derecho de propiedad en los sistemas constitucionales, incluso de los países exportadores de capitales, que fundamente la existencia de un principio de derecho internacional. A los niveles internacional y regional los diversos instrumentos de derechos humanos no admiten un derecho de propiedad sin reservas que justifique interferencias con el interés público. Igualmente, cuando las Constituciones de los Estados hacen referencia a derechos de propiedad, estos usualmente ceden ante el interés público”<sup>50</sup> (traducción del autor).

Al parecer, Sornarajah confunde la esencia del debate. La cuestión relativa a la naturaleza consuetudinaria del estándar de compensación plena no es si el derecho de propiedad admite limitaciones. Es claro que el derecho de propiedad no es ilimitado y la regla del derecho internacional consuetudinario, que reconoce el derecho de los Estados a expropiar, debería bastar para zanjar este punto. La cuestión es más bien si existe una regla de derecho internacional consuetudinario que sancione que siempre que se deba compensación, esta debe responder al estándar de compensación plena o, por lo menos, que esta valoración funciona como la regla general y que las excepciones que per-

miten desviarse del principio general requieren remontar una valla alta para su justificación.

Afortunadamente, no tendremos que zanjar aquí esa discusión. Incluso si asumimos que Sornarajah tiene razón, ¿por qué los Estados no levantan argumentos en la misma línea de la inexistencia de una regla consuetudinaria imponiendo el estándar de compensación plena? Si bien se podría argumentar que los Estados ya han renunciado a esa posibilidad mediante las disposiciones expresas de acuerdos internacionales de inversión que consagran dicho estándar. Ello es solo parcialmente cierto porque no todos los acuerdos internacionales de inversión incluyen tal disposición y además en muchos casos la jurisdicción de un tribunal arbitral se deriva de cláusulas de estabilidad incluidas en los contratos entre los inversionistas y el Estado receptor. Es más, incluso con un acuerdo internacional que determine la aplicación del estándar de compensación plena, la argumentación de la inexistencia de una regla consuetudinaria en tal sentido aliviaría la carga de la prueba de un Estado que busque, por ejemplo, recurrir al estado de necesidad para justificar una desviación excepcional de la regla pactada en el tratado internacional.

No se encuentra argumento jurídico aparente por el que las partes que han sometido al arbitraje sus controversias relativas a expropiaciones indirectas hayan decidido alienar de esos arbitrajes a elementos, argumentos y consideraciones tan importantes en materia de estándar de compensación que han sido discutidos en la sede de la CEDH. Abordaremos posibles respuestas en la siguiente sección, pero definitivamente la falta de factibilidad jurídica o impertinencia no resultan excusas admisibles.

## **Sección V. La necesidad de una explicación alternativa**

De lo visto hasta ahora existirían poderosos incentivos jurídicos para que las partes en controversias, inversionista-Estado y los mismos tribunales arbitrales, tengan en cuenta y recurran a la jurisprudencia de la CEDH en al menos tres elementos muy relevantes para la expropiación indirecta: concepto, propósito público y proporcionalidad y estándar de compensación plena. Las secciones previas han demostrado que no existiría una razón de orden técnico para considerar dicha utilización errónea o inútil.

Si bien no se ajusta estrictamente al ámbito de este artículo, es fundamental anotar que, más allá del mundo de la expropiación indirecta, hay otras interesantes e importantes coincidencias entre la jurisprudencia de la CEDH y el derecho internacional de las inversiones. Por ejemplo, puede establecerse un paralelo entre la amplitud del concepto de inversión en los acuerdos internacionales de inversión y en el concepto de propiedad del artículo 1 del Primer Protocolo, tal como ha sido interpretado por la CEDH.

Algunos autores han concluido que los tribunales arbitrales de inversión han recurrido frecuentemente al derecho de propiedad privada y jurisprudencia conexa sobre derechos humanos al definir la expropiación regulatoria (una forma de expropiación indirecta)<sup>51</sup>. Para esta conclusión se apoyan en las decisiones de algunos tribunales arbitrales. Por ejemplo, en la utilización que hace el tribunal arbitral de Uncitral en *Lauder vs. República Checa*<sup>52</sup> del caso del CEDH *Mellacher vs. Austria* para la definición de diferentes tipos de expropiación. Igualmente aluden al examen de proporcionalidad del tribunal arbitral en *Tecmed* haciendo referencia a *Matos e Silva, Mellacher y Pressos Compania Naviera*, y a la misma cuestión en *Azurix Corp. vs. República Argentina*<sup>53</sup>, así como a la opinión discordante de un árbitro del caso *Revere Copper & Brass Inc. vs. Overseas Private Investment Corp.*<sup>54</sup>, que se apoya en la interpretación de los principios generales del derecho internacional en *Gudmundsson vs. Islandia* para justificar el derecho del Estado jamaicano para imponer medidas tributarias. Igualmente citan el caso *Encana Corp. vs. Ecuador*<sup>55</sup> ante la Corte de Arbitraje Internacional de Londres (LCIA), que también se refiere a *Gudmundsson* en su discusión respecto al alto grado de irrazonabilidad que deben mostrar las medidas tributarias a fin de ser consideradas expropiatorias. Asimismo, se menciona la opinión discordante de *Thomas Wälde* en *Thunderbird Gaming Corp. vs. Estados Unidos Mexicanos*<sup>56</sup>, en la que *Wälde* utiliza jurisprudencia de la CEDH para calificar la medida del Gobierno mexicano como expropiación indirecta, basándose en el elemento de legítimas expectativas. También se recurre como evidencia en el mismo sentido al caso del *Ciadi Saipem S.p.A. vs. Bangladesh*, en que el tribunal se apoyó en jurisprudencia de la CEDH para sostener que los tribunales arbitrales confieren a las partes un derecho a las sumas otorgadas y que el Poder Judicial de un gobierno puede ser pasible de una reclamación de expropiación.

Ahora bien, de los siete casos mencionados únicamente cinco se relacionan de manera directa con un elemento central de la expropiación indirecta y solo tienen que ver con el elemento de interés público/proporcionalidad y (podría argumentarse) con el concepto de expropiación indirecta (aunque solamente los casos *Revere Copper* y *Encana* tratan el tema expropiatorio, pues el caso *Lauder* recurre a la jurisprudencia de la CEDH únicamente para la formulación de definiciones generales para expropiación ‘formal’ y ‘de facto’). La cuestión de compensación plena, tal como ha sido discutida en este artículo, brilla por su ausencia en la lista presentada.

Además, contra el telón del significativo número de laudos de tribunales internacionales de inversión, decir que cinco laudos permiten concluir que los tribunales internacionales de inversión recurren frecuentemente a la jurisprudencia de la CEDH es, por decir lo menos, una exageración. Un informe publicado por la UNCTAD en 2006 llega a sumar hasta 255 casos (hasta noviembre de 2006 únicamente), basados en acuerdos internacionales de inversión<sup>57</sup>.

¿Por qué esta subutilización?

Una primera aproximación puede parecer muy sencilla, pero aún así merece ser analizado. Podría existir una percepción entre los operadores (potenciales demandantes y demandados) del arbitraje internacional de inversiones que la CEDH constituye un sistema cerrado y reservado en su mayoría a los ciudadanos de los Estados parte de la Convención Europea de Derechos Humanos. Sin embargo, no debería tener igual fuerza en relación con los miembros de los tribunales arbitrales debido a que su manejo de la ley aplicable tendría que ser más sofisticado.

Tal argumentación ignora que la segunda oración del primer párrafo del artículo 1 del Protocolo 1 contiene una referencia a la protección de los extranjeros contra la deprivación (“principios generales de derecho internacional”). Esta protección ciertamente se encuentra confinada al territorio de los Estados parte de la Convención, pero la jurisprudencia tiene un valor ilustrativo para otros tribunales que deban lidiar con cuestiones iguales o similares. En ese sentido, constituye un elemento indiscutible en doctrina que incluso esas decisiones gozan de potencial influencia sobre los tribunales internacionales de inversión.

En la misma línea, el primer argumento rebatido en el párrafo anterior podría ser sujeto de reformulación a partir de la idea de que

los acuerdos internacionales de inversión (particularmente los BIT) han sido tradicionalmente firmados por países en desarrollo con países desarrollados, por lo general los primeros son los Estados receptores de las inversiones cubiertas por los acuerdos. Podría entonces argumentarse que la falta de recursos y experiencia técnica podría explicar por qué estos Estados incurren en el error de percepción señalado. Este argumento tampoco se sostendría. Una explicación anclada en la falta de sofisticación de países en desarrollo enfrenta demasiados problemas. Para solo mencionar uno, equivale a una generalización ciega que no diferencia las grandes variaciones en el nivel de desarrollo entre los países que forman parte de la categoría.

¿Podría acaso sostenerse que solo recientemente con la incorporación de los Estados de Europa del Este a la Convención Europea de Derechos Humanos surgió la oportunidad para que los dos sistemas (CEDH y derecho internacional de las inversiones) interactúen? Tal argumento se apoyaría demasiado en el hecho de que, generalmente, los acuerdos internacionales de inversión son un fenómeno entre países en desarrollo y países desarrollados. Por ende, solo con la inclusión de las economías en transición al sistema europeo de derechos humanos, lo que requirió un programa de conversión en economías de mercado que, a su vez, incluía un ambicioso programa de BIT, es que ambos sistemas jurídicos (CEDH y arbitraje de inversiones) pudieron compartir un número representativo de países en común. El problema con esta explicación es que sigue sin considerar que, incluso sin la aplicabilidad de ambos sistemas jurídicos a un conjunto común de países, se mantiene la utilidad y la posibilidad de invocar consideraciones de la CEDH sobre expropiación indirecta en casos de arbitraje de inversión. Si bien esta probabilidad de importación puede ser menos aparente para el lego, en definitiva no lo es para el operador experimentado o para los árbitros.

Más aún, muchos países en desarrollo no solo han participado efectivamente y, en varios casos, exitosamente, en arbitrajes internacionales de inversión por ya varias décadas como para que se pueda sostener que no están familiarizados con la teoría necesaria, pero también contratan defensa altamente especializada mediante firmas internacionales. Argentina es probablemente el país de la comunidad internacional que más ha sido llevado ante tribunales arbitrales de inversión (como resultado de la crisis de 2002 Argentina enfrentó 35 casos del Ciadi y cinco casos de la Uncitral). Con esa experiencia resulta difícil

sostener que no ha desarrollado el expertise necesario. En realidad, existe la evidencia de que ha desarrollado tal capacidad profesional que ha exportado a varios profesionales, anteriormente encargados de la defensa argentina en la Procuraduría del Tesoro, a importantes firmas internacionales.

Examinaremos ahora si dos factores de orden procesal podrían explicar la falta de diálogo entre el arbitraje de inversiones y la jurisprudencia de la CEDH. En primer lugar, la Convención Europea de Derechos Humanos requiere el agotamiento de recursos internos (artículo 35.1 de la Convención), mientras que la mayoría de los acuerdos internacionales de inversión proveen al inversionista del derecho de recurrir directamente al arbitraje internacional. En segundo lugar, es solo a partir de una fecha relativamente reciente que la Convención Europea ha otorgado al individuo o inversionista el derecho a acudir directamente a la CEDH, con la modificación introducida por el Protocolo 11, que entró en vigencia el 1 de noviembre de 1998.

En realidad, el primer factor procesal agotaría su relevancia como argumento en relación con la preferencia de los inversionistas de recurrir al arbitraje de inversiones, en vez de llevar sus pretensiones ante la CEDH (argumento que podría extenderse a Cortes de derechos humanos en general), y se podría incluir en esta misma línea de razonamiento la expectativa de compensaciones monetarias mucho mayores. El segundo argumento de corte procesal es algo distinto. Su lógica sería que debido a la reciente modificación operada en el interior del sistema europeo de protección de los derechos humanos su utilización, por parte de inversionistas, y su jurisprudencia, en materia de defensa de la propiedad, se encontrarían aún en una etapa inicial. Parecería difícil defender tal argumento. De la revisión efectuada en las secciones previas de este artículo, la jurisprudencia de la CEDH en materia de propiedad, incluso aquella previa a la modificación procesal de 1998, se revela sólida y abundante. Definitivamente no se trata de una jurisprudencia en construcción, sino de un corpus maduro y muy bien perfilado. Si acaso, este argumento proporcionaría una razón adicional para justificar la pertinencia de la importación de los conceptos e interpretaciones de la CEDH en el contexto del arbitraje de inversiones, precisamente basándose en la solidez de dicha jurisprudencia.

Una explicación más sustantiva puede derivarse de la nota de precaución de los autores Coe y Rubins, incluida en su análisis del caso

Tecmed y relativa a los peligros de la aplicación de la jurisprudencia de la CEDH a los casos de arbitraje de inversión:

“Las partes en disputa en el arbitraje internacional de inversiones ocasionalmente han invocado informes de la Comisión Europea y decisiones de la CEDH relativas al artículo 1, resultando en cierto grado de polinización cruzada que se hace evidente en algunos laudos de inversionista-Estado. De hecho, tal como se discute más abajo en mayor detalle, el tribunal en Tecmed adoptó un principio de proporcionalidad derivado de la jurisprudencia emanada de la Convención.

Existe, sin embargo, razón para ser selectivo al prestarse derecho de la Convención a la luz de rasgos arquitectónicos específicos a ese texto. El Primer Protocolo, por ejemplo, a pesar de su referencia a “principios generales del derecho internacional”, subordina expresamente el “disfrute pacífico” de la propiedad al “derecho del Estado a hacer cumplir tales leyes como considera necesario a fin de controlar el uso de propiedad de conformidad con el interés general o a fin de asegurar el pago de impuestos u otras contribuciones o penalidades”. Este expreso reconocimiento de la prerrogativa regulatoria puede, en un determinado caso, establecer para actos gubernamentales una excepción más amplia de las obligaciones de compensación que la que podría acordar el derecho internacional consuetudinario o por tratados de inversión que no tienen tal limitación”<sup>58</sup>.

Se acepta la nota de precaución, ya que, de hecho, ambas jurisprudencias responden a diferentes cuerpos legales. Sin embargo, no ofrece una respuesta integral a la cuestión de la insuficiente receptividad.

El análisis efectuado en las secciones previas ha sido lo suficientemente prolijo para formular la cuestión de la aplicabilidad y recepción respecto a un solo punto: la expropiación indirecta. Se evitó expresamente acercarse al acantilado del análisis de la aplicabilidad general de la jurisprudencia de la CEDH. No se ha encontrado ningún elemento que rete a la conclusión de que no existe razón jurídica alguna que prevenga la aplicabilidad o cuestione la pertinencia de la jurisprudencia de la CEDH a los casos de expropiación indirecta que deciden los tribunales arbitrales de inversión. No existe temor a equivocarse si se interpreta el texto de la Convención Europea o la jurisprudencia de la CEDH en el sentido de que el análisis de una medida gubernamental en la primera regla del artículo 1 del Protocolo 1 de la Convención Europea puede informar la decisión de un árbitro de inversiones en



materia de una expropiación indirecta. Ello es especialmente cierto para temas centrales como el concepto de expropiación indirecta, propósito público de la expropiación, proporcionalidad y estándar de compensación.

Un punto adicional a ser notado es que la conclusión de Coe y Rubins en el sentido de que la Convención Europea puede ser interpretada invariablemente como brindando una prerrogativa regulatoria, a través de la cual “el derecho de un Estado a hacer cumplir tales leyes como estime necesario para controlar el uso de la propiedad de conformidad con el interés general, o para asegurar el pago de impuestos u otras contribuciones o penalidades” siempre triunfará sobre el “disfrute pacífico de la propiedad”, resulta a todas luces cuestionable. Debe recordarse que el referido derecho del Estado está sujeto al test de equilibrio justo, tal como se explicó en la sección III.

En cualquier caso, incluso asumiendo que la explicación de Coe y Rubins se sostiene en el sentido de que el sistema europeo estaría sesgado hacia una aproximación más restrictiva, ello supondría que aquellos casos en los que la CEDH sí ha encontrado una violación por parte del Estado serían favoritos entre los inversionistas que los citarían ampliamente en el contexto del arbitraje de inversiones. En efecto, los inversionistas tendrían todos los incentivos de citar los elementos de estos casos en los que incluso un sistema sesgado en favor de los Estados ha encontrado una expropiación indirecta. Por otro lado, los Estados tendrían todos los incentivos de citar aquellos casos, presumiblemente la mayoría si se sigue la conclusión de Coe y Rubins, en que la CEDH ha hallado que el poder regulatorio del Estado se impone sobre los derechos privados de propiedad de los inversionistas. Entonces ¿por qué los Estados no han actuado en consecuencia presentando esta jurisprudencia en sus arbitrajes de inversión?

Clara Reiner y Christoph Schreuer proponen dos razones para explicar por qué los derechos humanos son raramente invocados en arbitrajes de inversión y citan dos casos que ejemplificarían por qué los tribunales arbitrales de inversión rehuyen encarar cuestiones de derechos humanos<sup>59</sup>.

La primera razón propuesta por Reiner y Schreuer parte del hecho estadístico que en la mayoría de arbitrajes de inversión los inversionistas involucrados son personas jurídicas y no naturales, y esto dejaría fuera de juego la jurisprudencia de casi todas las Cortes internacionales de derechos humanos. No obstante, resulta interesante que estos

autores mencionan a la Convención Europea de Derechos Humanos y a la CEDH como la única excepción a la regla, pues dicha Convención provee explícitamente de protección a la propiedad de personas jurídicas.

Sin embargo, para este artículo, tal argumento vuelve más pertinente que nunca el preguntarse por las causas de la ausencia de esa “polinización cruzada” entre la CEDH y el arbitraje de inversiones. ¿Por qué no existe precisamente en este punto en que tanto la jurisprudencia de la CEDH como el arbitraje de inversiones coinciden en cuanto a la protección de las inversiones a nivel corporativo?

La segunda explicación propuesta por Reiner y Schreuer realiza una evaluación a priori sin citar evidencia ni autoridad específica y sentencia que el nivel de protección que brindan los instrumentos internacionales de derechos humanos es típicamente menor que el estándar contenido en acuerdos internacionales o contratos de inversión. A efectos de este artículo, el alcance de esta generalización es escaso no solo porque la cuestión que nos ocupa se encuentra enfocada en forma más limitada, sino también porque hemos demostrado que la evaluación de la pertinencia de la jurisprudencia de la CEDH en materia de expropiación indirecta requiere de un análisis caso por caso, consistente tanto con la aproximación requerida para evaluar si una expropiación indirecta ha tenido lugar como con la naturaleza arbitral del mecanismo de solución de controversias. Un juicio a priori resulta más bien análogo al argumento presentado previamente por Coe y Rubins y debe ser por tanto rechazado con los mismos argumentos ya utilizados.

Por otro lado, el análisis de Reiner y Schreuer que les permite llegar a la conclusión de que los tribunales internacionales de inversión tienen un sesgo analítico que los llevaría a rechazar cuestiones de derechos humanos se basa en dos casos: *Biloune vs. Ghana* (1989) y *Patrick Mitchell vs. República Democrática del Congo* (2004). El problema de dicho argumento es que la cuestión de derechos humanos que estos casos involucraban era uno de detención ilegal. Parecería lógico entonces que un tribunal de inversiones muestre reticencia a entrar en ese ámbito de los derechos humanos.

Contrariamente, la cuestión que este artículo plantea se focaliza en temas centrales al concepto y la operatividad de la expropiación indirecta. Los tribunales de inversión no deberían mostrar este mismo nivel de cautela en la aplicación de consideraciones de la CEDH al

lidar con estos temas. En esta sección se han citado siete casos en los que dicha importación ha ocurrido; sin embargo, ese número claramente no guarda relación con la pertinencia y potencial importancia de un análisis comparativo por parte de los tribunales de inversión y ello aún requiere de una explicación.

Una explicación alternativa y más completa puede partir de consideraciones hasta cierto punto ya adelantadas en este trabajo y que explicarían la reticencia de operadores y tribunales arbitrales de jugar la carta de la jurisprudencia de la CEDH. El argumento se deriva del hecho de que la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos constituye parte de un sistema estructurado en que citar casos de manera aislada a la explicación de su lugar en todo el sistema tiene un menor valor que en el arbitraje de inversiones, en que todos los laudos comparen la pertenencia al sistema del derecho internacional de inversiones. Citar un caso de la CEDH en el contexto del arbitraje de inversiones necesitaría esta explicación sobre su posicionamiento y consistencia con la jurisprudencia y el sistema de la CEDH, a fin de expresar plenamente el punto que se quiere hacer frente al tribunal arbitral.

Existe una diferencia estructural entre el rol que desempeña la jurisprudencia en general en el sistema de la CEDH y aquel que cumple en el arbitraje de inversiones. En la jurisprudencia de la CEDH son elementos fundamentales el precedente vinculante y el carácter permanente de la Corte. En el arbitraje de inversiones, en cambio, uno de sus caracteres distintivos, que se remonta a sus antecedentes procesales en el arbitraje comercial y se justificaría en el objetivo del sistema de arribar a soluciones para caso particulares<sup>60</sup>, es su naturaleza ad hoc a la de los hechos y circunstancias distintas de cada caso concreto.

Estas consideraciones determinan que la efectiva importación de la jurisprudencia de la CEDH al arbitraje de inversiones necesitaría un manejo más refinado y experimentado de la Convención Europea y de la jurisprudencia de la CEDH, para el cual los operadores y los tribunales del sistema de arbitraje de inversiones no están preparados.

Por supuesto que este *expertise* podría ser materia de una contratación especializada, pero ello necesariamente tendría un impacto sobre los de por sí altos costos directos de los arbitrajes de inversión, así como en la extensión en el tiempo de los arbitrajes.

Al parecer los operadores del sistema de arbitraje de inversiones evalúan que este costo excede los beneficios de contar con el eventual apoyo de la jurisprudencia de la CEDH y prefieren sustituirla por jurisprudencia que emana del propio sistema arbitral de inversiones. El incentivo de llegar a este resultado en el cálculo costo-beneficio vendría además porque, como ya lo hemos expresado en el arbitraje, no existe el precedente obligatorio, lo cual relativizaría aún más el impacto de jurisprudencia que procede de otros sistemas o cuerpos jurídicos distintos.

Cabría incluso añadir un elemento de autopreservación a la reticencia de los operadores, en particular de los abogados especializados en el arbitraje internacional de las inversiones, a esta subcontratación toda vez que podría potencialmente atentar al mediano o largo plazo contra el segmento de mercado que poseen, en caso de que la jurisprudencia de la CEDH o de derechos humanos, en general, llegue a influir de manera considerable en las decisiones de los tribunales arbitrales.

Esta explicación de orden estructural que se ensaya aquí despliega además otras consecuencias interesantes. Aclararía adecuadamente, por ejemplo, una tendencia que se ha observado entre los operadores que presentan reclamaciones paralelas ante un tribunal de inversión y la CEDH. Tal fue el caso de la compañía Nomura-Europe y su subsidiaria Saluka en su reclamación contra la República Checa, con base en el BIT Países Bajos-República Checa (2001), que estuvo acompañada por una demanda ante la CEDH. Otro ejemplo viene por el caso Yukos, en que tres corporaciones controladas por Group Menatep Ltd. (Gibraltar) llevaron al gobierno ruso a un arbitraje de inversiones basado en el Tratado sobre la Carta de la Energía. El grupo Menatep controlaba Yukos, la cual paralelamente presentó una demanda contra Rusia ante la Corte Europea de Derechos Humanos (2004). A mayor abundancia, tenemos el caso de la empresa lituana Amto, cuya subsidiaria Elektroyuzhmontazh-10 demandó a Lituania ante la CEDH y una reclamación paralela fue llevada ante el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo, bajo el Tratado sobre la Carta de la Energía.

## Conclusiones

Este artículo ha demostrado que no existe impedimento alguno de orden jurídico para justificar esa distancia que separa a la jurisprudencia de la CEDH de las consideraciones en materia de expropiación indirecta de los tribunales arbitrales de inversión y de las alegaciones tanto de inversionistas como de Estados. A este respecto, este trabajo ha analizado tres elementos esenciales: el concepto de expropiación indirecta, el propósito público y la proporcionalidad y el estándar de compensación plena.

En la última sección se ensayó explicar esta distancia entre la jurisprudencia de la CEDH y el arbitraje internacional de inversiones mediante una serie de tesis distintas, la mayoría de las cuales fueron descartadas por deficientes o incompletas. Sin embargo, dos de ellas pueden ser rescatadas y, cosa interesante, no son excluyentes.

Una se relaciona con la diferencia de orden estructural, que separa a la jurisprudencia de la CEDH del arbitraje de inversiones en relación con la función del precedente vinculante y el carácter permanente de la Corte, por oposición a la aproximación caso por caso del arbitraje de inversión. Este argumento potencialmente podría revestir un mayor alcance que la pregunta que se plantea este artículo y podría ayudar a aclarar la cuestión más amplia de la insuficiente recepción de la jurisprudencia de la CEDH en general, no solo limitada al tema de expropiación indirecta, por parte del arbitraje de inversiones. Al límite, también podría dar luces sobre la escasa recepción de las normas internacionales de derechos humanos en general.

Un segundo argumento posible asume una intencionalidad distinta: se basa en un posible instinto de sobrevivencia de los miembros de una comunidad relativamente pequeña de profesionales dedicados al arbitraje de inversiones que estarían tratando de preservar su mercado de la contaminación por otras áreas. Tantas veces señalado, el hecho de que los árbitros en esta área del derecho con frecuencia también actúan como abogados de parte abonaría en este mismo sentido.

Se podría imaginar un avance hacia la mayor receptividad y más asidua aplicación de la jurisprudencia de la CEDH en el arbitraje de inversiones a partir de los casos *Tecmed* y *Azurix*, dada la utilidad que brindó el “test del equilibrio justo” en el análisis de la proporcionalidad de una medida de interés público. Sin embargo, la bondad de este test

no debe exagerarse porque lo que hace es proveer al árbitro de una balanza en la que finalmente él decide, con base en consideraciones esencialmente valorativas, los pesos relativos de los derechos del inversionista y valores ajenos al derecho internacional de las inversiones, como podrían ser las preocupaciones medioambientales que motivan la regulación en dicha materia.

Por tanto, no nos debe sorprender que en los casos de expropiación indirecta en los que se recurrió a la jurisprudencia de la CEDH, esta haya sido traída a colación por los tribunales arbitrales y no por argumentos de parte. Ello también podría implicar un patrón a futuro en que el mayor diálogo entre los tribunales de inversión y la jurisprudencia del CEDH tenga como motor la iniciativa de los árbitros más que de las partes.

Sin embargo, si se considera seriamente el argumento del interés propio derivado del instinto de sobrevivencia de la pequeña comunidad profesional de abogados de arbitraje de inversiones, a fin de evaluar si la tendencia de Tecmed y Azurix se consolidará, entonces las variables de ese interés propio, del número de árbitros a tiempo completo en el sistema y la utilidad de la jurisprudencia de la CEDH en las decisiones y victorias en los arbitrajes de inversión deberían quedar todas incluidas en la ecuación costo-beneficio. A partir de esa inclusión, veremos si el recálculo en la ecuación produce un resultado distinto al que arroja repetidamente hasta hoy.

## NOTAS

- 1 Gordon C. Christie. "What Constitutes a Taking of Property under International Law?", (1962), 38 *British Yearbook of International Law* 307, p. 338.
- 2 Técnicas Medioambientales Tecmed S. A. vs. México, Caso Ciadi No. ARB (AF)/00/2, laudo de 29 de mayo de 2003, párrafo 116.
- 3 Saipem S.p.A. vs. Bangladesh, ICSID Caso No. ARB/05/07, decisión de jurisdicción y recomendación sobre medidas provisionales del 21 de marzo de 2007, párrafos 130 y 132.
- 4 Clara Reiner y Christoph Schreuer. "Human Rights and International Investment Arbitration", en P. M. Dupuy, F. Francioni, E. U. Petersmann (eds.), *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, Oxford University Press, Oxford, 2009, p. 83.
- 5 Los tratados bilaterales de Inversión o BIT, por sus siglas en inglés, consti-

- tuyen en la actualidad el instrumento más extendido en el derecho internacional por el que los Estados signatarios se comprometen recíprocamente a promover y proteger los flujos de inversión entre ambos.
- 6 Anne K. Hoffmann. "Indirect Expropriation", en August Reinisch (ed.), *Standards of Investment Protection*, Oxford University Press, Oxford, 2009, p. 151.
  - 7 Se verá en la sección IV que el carácter consuetudinario del estándar de valoración no ha alcanzado unanimidad en la doctrina.
  - 8 Jan Paulsson y Zachary Douglas. "Indirect Expropriation in Investment Treaty Arbitrations", en Norbert Horn y Stefan Kröll (eds.), *Arbitrating Foreign Investment Disputes. Procedural and Substantive Legal Aspects. Studies in Transnational Economic Law*, vol. 19, Kluwer, The Hague, 2004, p. 146.
  - 9 Rudolf Dolzer. "Indirect Expropriations: New Developments?". 11 *NYU Environmental Law Journal* (2002), p. 79.
  - 10 Biloune and Marine Drive Complex Ltd. *vs.* Ghana Investments Centre and Government of Ghana, laudo sobre Jurisdicción y Responsabilidad, 27 de octubre de 1989, 95 *International Law Reports* (1989), p. 209.
  - 11 Pope & Talbot Inc. *vs.* The Government of Canada (UNCITRAL, NAFTA), laudo preliminar, 26 de junio de 2000, para. 96.
  - 12 Occidental Exploration & Production Co. *vs.* Republic of Ecuador, laudo final, caso LCIA No. UN3467 (1 de julio de 2004). [http://ita.law.uvic.ca/documents/Oxy-EcuadorFinalAward\\_001.pdf](http://ita.law.uvic.ca/documents/Oxy-EcuadorFinalAward_001.pdf), para. 89.
  - 13 Ver también Tza Yap Shum *vs.* Republic of Peru, caso Ciadi No. ARB/07/06, decisión sobre Jurisdicción y Competencia, 19 de junio de 2009.
  - 14 Antoine Goetz et consorts *vs.* République du Burundi, caso Ciadi No. ARB/95/3, laudo de 10 de febrero de 1999, para. 124.
  - 15 Técnicas Medioambientales Tecmed S. A. *vs.* The United Mexican States, caso Ciadi No. ARB (AF)/00/2, laudo de 29 de mayo de 2003.
  - 16 S. D. Myers Inc. *Vs.* Government of Canada, laudo parcial del 13 de noviembre de 2000, para. 283.
  - 17 Wena Hotels Ltd. *vs.* Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/98/4, Award, 8 de diciembre de 2000, para. 9.
  - 18 Goetz; the Metalclad Corporation *vs.* Mexico ICSID tribunal case applying NAFTA Rules (ICSID Case No. ARB (AF)/97/1, sentencia del 30 de agosto de 2000, paras. 103-107); Azurix *vs.* Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/01/12, sentencia del 14 de julio de 2006, paras. 316-322) y Methanex Corporation *vs.* Estados Unidos (NAFTA, sentencia del 3 de agosto de 2005, 44 ILM (2005) 1345, Part IV, Chapter D, para. 9).

- 19 Matti Pellonpää. “Reflections on the Notion of ‘Deprivation of Possessions’ in Article 1 of the First Protocol to the European Convention on Human Rights”, en Paul Mahoney, Franz Matscher, Herbert Petzold, Luzius Wildhaber. *Protecting Human Rights: The European Perspective. Studies in memory of Rolv Ryssdal* (2000), Carl Heymanns Verlag KG, p. 1087.
- 20 Hugo Vandenberghe. “La Privation de Propriété. La Deuxième Norme de l’Article 1er du Premier Protocole de la Convention Européenne des Droits de L’Homme”, en Hugo Vandenberghe (ed.) *Propriété et Droits de l’homme. Property and Human Rights*. Diekeure/La Charte, Bruylant. Brujas, 2006, p. 31.
- 21 *Ibidem*, p. 34.
- 22 *Sporrong y Lönnroth vs. Suecia*, sentencia de 23 de setiembre de 1982, serie A, vol. 52.
- 23 *Ver Pine Valley Developments Ltd. y otros vs. Irlanda* (sentencia del 29 de noviembre de 1991, serie A, Nnro. 222, para. 55); *Fredin vs. Suecia* (sentencia del 18 de febrero de 1991, serie A, nrNo. 192, para. 45); *Matos e Silva, Ltda. y Otros vs. Portugal* (sentencia de 16 de setiembre de 1996, para. 85).
- 24 *Ver nota al pie N16 supra*.
- 25 *Ver Hentrich v. Francia* (1994) 18 E.H.R.R. 440; *Monasterios Santos vs. Grecia* (1995) 20 E.H.R.R. 1; *Pressos Compania Naviera S. A. vs. Bélgica* (1996) 21 E.H.R.R. 301; *Aka vs. Turquía* (2001) 33 E.H.R.R. 27; *Papachelas vs. Grecia* (2000) 30 E.H.R.R. 923; *Brumarescu vs. Rumania* (2001) 33 E.H.R.R. 35; *Immobiliare Saffi vs. Italia* (2000) 30 E.H.R.R. 756; *Spacek-sro vs. República Checa* (2000) 30 E.H.R.R. 1010; *Chassagnou vs. Francia* (2000) 29 E.H.R.R. 615; *Beyeler vs. Italia* (2001) 33 E.H.R.R. 52; *Former King of Greece y otros vs. Grecia* (2001) 33 E.H.R.R. 21.
- 26 *CMS vs. Argentina*, laudo del 12 de mayo de 2005, paras. 262, 263.
- 27 *Siemens vs. Argentina*, laudo del 6 de febrero de 2007, para. 270.
- 28 R. Dolzer y C. Schreuer. *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, p. 104. En el caso Oscar Chinn (1934), la Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI) concluyó que la intervención del gobierno belga en el negocio naviero en el río Congo hacia el final de la crisis de 1929, a través de la reducción de tarifas y el otorgamiento de subsidios a la empresa UNATRA, parcialmente de propiedad del Estado belga y único competidor del negocio del súbdito británico Oscar Chinn, no constituía una expropiación. El razonamiento de la CPJI era que la posición original de Chinn, que gozaba de condiciones de negocios favorables y clientes cautivos, no constituía un derecho adquirido, sino que eran circunstan-



cias transitorias, sujetas a cambios inevitables resultantes de las condiciones económicas generales.

En *Sea-Land*, un caso ante el Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos (6 Iran-USCTR 149, 1984), el demandante *Sea-Land Service Inc.*, una corporación norteamericana en el transporte acuático internacional de cargo en contenedores, alegó deprivación del derecho al uso continuado de cierta infraestructura construida por él mismo, culpando a la autoridad gubernamental iraní encargada de la administración portuaria. La decisión de la mayoría en el Tribunal desestimó la reclamación basándose en un análisis de la falta de intencionalidad del gobierno de Irán: “Concluir a favor de una expropiación requeriría, por lo menos, que el Tribunal quede convencido de la existencia de una interferencia gubernamental con la conducción de la operación de *Sea-Land* con el efecto de privarla del uso y beneficio de su inversión. Nada ha sido demostrado aquí que pudiera suponer una conducta intencional dirigida en contra de *Sea-Land*. Una reclamación fundada sustancialmente en omisiones e inacción en una situación en que la evidencia sugiere un deterioro generalizado y no discriminatorio en la gestión que perturbó el funcionamiento del puerto de Bandar Abbas, difícilmente podría justificar el decidir a favor de una expropiación”.

29 Yves Fortier y Stephen Drymer. “Indirect Expropriation in the Law of International Investment: I know It When I See It, or *Caveat investor*”, (2004) 19 ICSID Review-FILJ, p. 326.

30 Ídem.

31 Ver la nota al pie N3 arriba.

32 Ver *Sporrong y Lönnroth vs. Suecia*; *James vs. Reino Unido* (1986), 8 E.H.R.R. 123; *Bugajny y otros vs. Polonia* (2007), ECHR 891; *Jahn y otros vs. Alemania* (2006), 42 E.H.R.R. 49; *Hutten-Czapska vs. Polonia* (2007), 45 E.H.R.R.4; *Pye (Oxford) Ltd. vs. Reino Unido* (2008), 46 E.H.R.R. 45.

33 *James*, para. 46.

34 *Ibidem*, para. 50.

35 Ver nota al pie 18 *supra*.

36 Elyse M. Freeman. “Regulatory Expropriation under NAFTA Chapter 11: Some Lessons from the European Court of Human Rights” (2003), 42 *Columbia Journal of Transnational Law* 177, p. 2.

37 El estándar fue formulado originalmente como compensación “pronta, adecuada y efectiva” por el entonces secretario de Estado norteamericano, Cordell Hull, quien acuñó el término en una nota diplomática al gobierno mexicano relativa al programa de expropiaciones de la reforma agraria en ese país que afectaba intereses americanos. El elemento “pronta” se refería al pago

- a tiempo, sin demora injustificada, de la compensación. A su vez “adecuada” hacía referencia a la valoración plena, mientras que el rubro “efectiva” buscaba asegurar que el pago al inversionista fuera efectuado en moneda convertible que le permita la disponibilidad del referido pago mediante una transferencia internacional.
- 38 Ver, por ejemplo, Dolzer y Schreuer, oob. cit., p. 91.
- 39 M. Sornarajah. *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004, pp. 436-446.
- 40 UNCTAD, *Bilateral Investment Treaties 1995-2006: Trends in Investment Rule-Making* (2007), p. 48.
- 41 Andrew Newcombe y Lluís Paradell. *Law and Practice of Investment Treaties. Standards of Treatment*, Wolters Kluwer, La Haya, Países Bajos, 2009, pp. 383-384.
- 42 El caso Booker Aquaculture y Hydro Seafood ([2001] ECR Caso C-64), que debió decidir si el derecho de propiedad, tal como era reconocido por el derecho comunitario, requería el pago de compensación a piscicultores cuyos peces debieron ser sacrificados en aplicación de medidas impuestas por una directiva del Consejo Europeo para el control de pestes.
- 43 Ver cita al pie N28 arriba.
- 44 Opinión del abogado general Mischo, para. 109.
- 45 James y otros vs. Reino Unido, sentencia del 21 de febrero de 1986, para. 54.
- 46 (1996) 21 E.H.R.R. 301, para. 39.
- 47 Sin embargo, la Corte reservó su decisión sobre los daños pecuniarios a solicitud de los demandantes, a fin de permitirles examinar la posibilidad de obtener compensación bajo la ley doméstica.
- 48 (1996) 21 E.H.R.R., opinión concurrente del juez Danelius.
- 49 (1998) 25 E.H.R.R. 435.
- 50 M. Sornarajah, ob. cit., p. 446.
- 51 James D. Fry. “International Human Rights Law in Investment Arbitration: Evidence of International Law’s Unity” en 18 *Duke Journal of Comparative and International Law* 77, otoño de 2007, pp. 3-6.
- 52 Ronald S. Lauder vs. República Checa (Uncitral), laudo del 3 de setiembre de 2001.
- 53 Azurix Corp. vs. República Argentina (Caso Ciadi No. ARB/01/12, laudo del 14 de julio de 2006.
- 54 Revere Copper & Brass, Inc. vs. Overseas Private Inv. Corp. (US vs. Jam), 56 ILR, 258.
- 55 Encana Corp. vs. Ecuador, 2005 WL 3804543 (London Court of International Arbitration, 2006).

- 56 *International Thunderbird Gaming Corp. vs. Estados Unidos Mexicanos (US vs. Mex)*, 2006 WL 247692 (NAFTA Chapter 11, Arb. Trib. 2006) (Thomas W. Wälde, opinión separada).
- 57 United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), Ginebra, *Latest Developments in Investor-State Dispute Settlement*, IIA Monitor No. 4 (2006), International Investment Agreements.
- 58 Jack J. Coe, Jr. y Noah Rubins. "Regulatory Expropriation and the Tecmed Case: Context and Contributions", en Todd Weiler (ed.), *International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law*, Cameron May, Londres, 2005, pp. 610-611.
- 59 Clara Reiner y Christoph Schreuer, ob. cit., p. 88.
- 60 Nigel Blackaby, Constantine Partasides, Alan Redfern y Martin Hunter. *Redfern and Hunter on International Arbitration*, Oxford University Press, Oxford, 2009, p. 40.