

La identificación de la expropiación indirecta: el análisis de los criterios de privación de la propiedad y del tiempo utilizados en la práctica arbitral reciente*

Fecha de recepción: 1 de octubre de 2020

Fecha de aprobación: 5 de abril de 2021

Doi: <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/acdi/a.10542>

Ivette S. Esis Villarroel^{**}

María Gabriela De Abreu^{***}

* Este trabajo forma parte del Proyecto ANID/CONICYT/Fondecyt Iniciación No. 11190168, financiado por la Agencia Nacional de Investigación y Desarrollo de Chile (ANID), del cual la Dra. Ivette Susana Esis Villarroel es investigadora responsable. Este artículo es totalmente inédito y no ha sido publicado previamente en ninguna revista científica ni como ponencia para congresos ni actividades académicas científicas.

** Académica e investigadora, Universidad Finis Terrae, Chile. Doctora en derecho, Universidad de Valencia, España. Postdoctorado en derecho, Universidade Federal de Uberlândia y UniCEUB, Brasil. Magíster *scientiarum* en derecho internacional privado y comparado, Universidad Central de Venezuela. Abogada, La Universidad del Zulia, Venezuela. Correo electrónico: iesis@uft.cl, ivette.esis@gmail.com ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2379-8380>

*** Ayudante de investigación del Proyecto ANID/FONDECYT Iniciación No. 11190168. Coordinadora ejecutiva Programa de Derecho Internacional, Heidelberg Center para América Latina. LL. M en derecho internacional, inversiones, comercio y arbitraje, Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg y Universidad de Chile. Magíster *scientiarum* en derecho del trabajo y abogada, Universidad Rafael Bellosó Chacín, Venezuela. Correo electrónico: mg.deabreu@heidelbergcenter.cl, mgabriela.deabreu@hotmail.com ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5109-4383?lang=en>

Para citar este artículo: Esis Villarroel, Ivette S., & De Abreu, María Gabriela. La identificación de la expropiación indirecta: el análisis de los criterios de privación de la propiedad y del tiempo utilizados en la práctica arbitral reciente. *Anuario Colombiano de Derecho Internacional (ACDI)* 15, (2022), 1-39. [Publicación electrónica previa a la impresión] <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/acdi/a.10542>

Resumen: el alto nivel de litigiosidad entre inversionistas y Estados receptores de inversión corresponde en buena medida a problemas por la expropiación de los segundos sobre activos de los primeros. Cuando se trata de expropiaciones de carácter indirecto, la complicada tarea de los tribunales arbitrales consiste en distinguir si la medida estatal objetada corresponde o no a una legítima acción del Estado anfitrión para proteger sus intereses públicos. La UNCTAD y la OCDE han esgrimido varios criterios de identificación de una expropiación indirecta y, de ellos, el criterio de la privación sustancial del inversor de la propiedad o del control de la inversión y la duración de la medida, por lo que nos preguntamos si estos han sido aplicados o no por la práctica arbitral en fechas recientes. Luego del análisis de 15 laudos arbitrales dictados en distintos años del periodo 2010-2019, llegamos a la conclusión que mayoritariamente se aplican (especialmente los de la UNCTAD), aunque no siempre se mencionan. A ello se agrega el análisis por parte de los tribunales arbitrales de laudos arbitrales precedentes y el estudio de la doctrina especializada. Asimismo, debido a la tendencia mostrada en los más recientes tratados de inversión de incorporar estos criterios (en su articulado o como anexo), consideramos que los próximos años serán muy decisivos para la práctica arbitral ante el eventual escrutinio que los tribunales arbitrales realizarán de la actuación de los inversionistas y los propios Estados, aplicando estas fuentes convencionales.

Palabras clave: expropiaciones indirectas; arbitraje de inversiones; inversiones; tratados de inversión; CIADI.

Determining Indirect Expropriation: An Analysis of Criteria of Deprivation of Property and Time Used by Most Recent Arbitral Practice

Abstract: The high level of litigation between investors and host States largely corresponds to problems arising from expropriation claims regarding investor's investment. In cases of indirect expropriations, the complicated task of arbitral tribunals is to distinguish whether the objected state measure corresponds or not to a legitimate action by the host State to protect its public interests. The UNCTAD and the OECD have used several criteria for identifying an indirect expropriation, especially the substantial deprivation of investment property and time, so we ask

whether if they have been applied or not by recently arbitration practice. After the analysis of 15 arbitral awards issued in different years from 2010 to 2019, we concluded that these criteria are mostly applied (especially UNCTAD), although they are not always mentioned. Also, it is important to note the analysis by the arbitral tribunals of previous arbitral awards and the study of specialized doctrine. Likewise, due to the tendency of most recent investment treaties to incorporate these criteria (in their articles or as an annex), coming years will be decisive in the arbitration practice before the eventual scrutiny that the arbitral tribunals will do of the performance of the investors and the host States, in the application of these conventional sources.

Keyword: Indirect expropriations; investment arbitration; investments; investment treaties; ICSID.

A identificação da expropriação indireta: análise dos critérios de privação do imóvel e do tempo utilizado na recente prática arbitral

Resumo: o elevado nível de litígios entre investidores e Estados beneficiários do investimento corresponde, em grande medida, a problemas causados pela expropriação destes últimos sobre os ativos dos primeiros. Quando se trata de expropriações de natureza indireta, a complicada tarefa dos tribunais arbitrais é distinguir se a medida estatal objetada corresponde ou não a uma ação legítima do Estado anfitrião para proteger seus interesses públicos. A UNCTAD e a OECD têm utilizado vários critérios para identificação de uma desapropriação indireta e, entre eles, o critério de privação substancial do investidor da propriedade ou do controle do investimento, e a duração da medida, por isso nos questionamos se estes critérios têm sido aplicados ou não pela prática de arbitragem recentemente. Após a análise de 15 laudos arbitrais proferidos em diferentes anos do período 2010-2019, chegamos à conclusão de que eles são majoritariamente aplicados (principalmente os da UNCTAD), embora nem sempre sejam mencionados. A isso se soma a análise pelos tribunais arbitrais de sentenças arbitrais anteriores e o estudo da doutrina especializada. Assim, devido à tendência demonstrada nos mais recentes tratados de investimento em incorporar esses critérios (em seus artigos ou como anexo), consideramos que os próximos anos serão muito decisivos na

prática arbitral perante o eventual escrutínio que os tribunais arbitrais realizarão a partir das ações dos investidores e dos próprios Estados, na aplicação dessas fontes convencionais.

Palavras-chave: desapropriações indiretas; arbitrariedade de investimentos; investimentos; tratados de investimento; CIADI.

Introducción

De acuerdo con las más recientes cifras publicadas por la Conferencia de Naciones Unidas para el Comercio y el Desarrollo (UNCTAD), se conocen públicamente alrededor de 1023 litigios entre inversionistas y Estados.¹ En estos casos, se ventila si el Estado anfitrión incumplió una de las garantías materiales previstas en el tratado de inversiones o la ley o el acuerdo suscrito entre las partes, base de la jurisdicción del tribunal arbitral. En efecto, a la fecha de redacción de este trabajo, este organismo internacional afirma la existencia de más de —por lo menos— 2896 acuerdos bilaterales de inversión y más de 300 tratados con disposiciones en la materia.²

En buena parte de dichos litigios se ha discutido la identificación de las expropiaciones, directas e indirectas, realizadas por los Estados receptores sobre los activos propiedad de inversionistas. Durante años se consideró que las directas conformaban un asunto del pasado. Sin embargo, en la primera década del siglo XXI los diversos casos ocurridos en Argentina, Bolivia, Ecuador y Venezuela hacen pensar que no es así. Pero, además, las expropiaciones indirectas han acaparado la atención de especialistas en derecho internacional de las inversiones dada su dificultad para identificarlas como medida regulatoria legítima o como real acto expropiatorio.³

¹ UNCTAD, “Investment Dispute Settlement Navigator”, consultado septiembre 13, 2020, <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement>

² UNCTAD, “International Investment Agreements Navigator”, consultado agosto 14, 2020, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements>

³ Muthucumaraswamy Sornarajah, *The International Law of Foreign Investment* (Cambridge: Cambridge University Press, 2010), 367; Muthucumaraswamy Sornarajah, *Resistance and Change in the International Law of Foreign Investment* (Cambridge: Cambridge University Press, 2015), 195-196; Chin Leng Lim, Jean Ho, Martins Paporinskis,

Además de los tratados de inversión —*lex specialis* por excelencia en esta área— existen ciertas directrices organizadas por organismos internacionales como la UNCTAD y la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) que han brindado ciertas soluciones para acometer esta tarea. Tales criterios coinciden en afirmar que, para identificar una expropiación indirecta, debe analizarse: (i) el grado de interferencia de la medida estatal en la propiedad del inversionista (impacto económico, duración de la medida); (ii) el carácter del acto estatal en estudio (análisis de la legitimidad y proporcionalidad de la medida), y (iii) la vulneración de las legítimas expectativas del inversor.⁴ En ese sentido, nos preguntamos si en la práctica arbitral más reciente estas guías se han seguido en la resolución de litigios inversionista-Estado; en particular, los criterios de privación sustancial de la propiedad como consecuencia de la medida estatal y su duración en el tiempo, que permiten facilitar la labor de individualización de una medida expropiatoria indirecta.

Así, frente a estas consideraciones, este artículo tiene como objetivo estudiar la aplicación, por parte de los tribunales arbitrales entre 2010 y 2019, de los criterios de privación sustancial de la propiedad y el tiempo de duración de una medida estatal para considerarla como expropiación indirecta. Con este propósito, considerando el análisis de la literatura especializada y las fuentes internacionales en la materia, así como el estudio caso a caso de varios laudos arbitrales dictados en el periodo indicado, realizamos en primer lugar un breve repaso sobre las expropiaciones indirectas conforme a la literatura y las soluciones convencionales en la materia. En segundo lugar, revisamos la aplicación o no de los mencionados criterios en quince litigios entre Estados e inversionistas a través del estudio de sus respectivos laudos arbitrales. En tercer lugar, exponemos nuestras reflexiones sobre la categorización de estas medidas en los tratados más recientes de inversiones y las perspectivas a futuro.

International Investment Law and Arbitration. Commentary, Awards and Other Materials, (Cambridge, Cambridge University Press, 2019), 335.

⁴ OECD, «“Indirect Expropriation” and the “Right to Regulate” in International Investment Law», *OECD Working Papers on International Investment*, no. 2004/04, <http://dx.doi.org/10.1787/780155872321>; UNCTAD, *Series on Issues in International Investment Agreements II: A Sequel*, (Nueva York y Ginebra: United Nations Publications, 2012), 62-63.

1. Un repaso respecto a las expropiaciones indirectas

Cuando una expropiación directa ocurre, media un título formal traslativo de la propiedad de un particular a favor de un Estado por causas motivadas al interés público de este último, previo cumplimiento de las garantías materiales y procesales estipuladas en su ordenamiento jurídico. En efecto, el derecho internacional reconoce la potestad de los Estados de dictar este tipo de medidas por causa de utilidad pública o interés social.⁵ Sin embargo, cuando esta medida recae sobre activos propiedad de un inversor extranjero, puede activarse una red —compleja y dispersa— de instrumentos convencionales, legislaciones locales en la materia y recomendaciones de organizaciones transfronterizas como el Banco Mundial,⁶ la OCDE y la UNCTAD.

Todas las fuentes mencionadas coinciden en afirmar que la medida expropiatoria es legal desde el punto de vista internacional cuando cumple ciertos requisitos: que sea motivada por razones de interés público, no discriminatoria, el debido proceso legal y se pague una compensación.⁷ No obstante, una situación distinta ocurre con las expropiaciones consideradas de carácter indirecto.

1.1. El concepto y el tratamiento convencional de las expropiaciones indirectas

A diferencia de las directas, las expropiaciones indirectas constituyen también medidas estatales que eventualmente podrían causar los mismos efectos de las directas. En estos casos, no media un título formal

⁵ Lim, Ho, Paparinskis, *International Investment Law and Arbitration...*, 323; Pedro Luis Martínez-Fraga y Ryan Reetz C., *Public Purpose in International Law Rethinking Regulatory Sovereignty in the Global Era*, (Cambridge: Cambridge University Press, 2015), 125-126.

⁶ World Bank, *Legal Framework for the Treatment of Foreign Investment. Report to the Development Committee and Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment*, (Washington D. C.: The World Bank Group, 1992), consultado julio 28, 2020, <http://documents1.worldbank.org/curated/en/955221468766167766/pdf/multi-page.pdf>

⁷ Jeffrey Cohen, Edi Grgeta, Federico Temerlin, “In All Probability: An Economic Reading of Damages Under Factory at Chorzów”, *ICSID Review—Foreign Investment Law Journal* 34, no. 3 (2019): 577-584.

traslativo de la propiedad a favor del Estado.⁸ Se configuran, principalmente, a través de situaciones por medio de las cuales los Estados anfitriones dictan una serie de actos en pro de tutelar ciertos intereses públicos como, por ejemplo, la protección del medio ambiente, la salud colectiva o la protección de los consumidores. Pero, al mismo tiempo, debido a las consecuencias adversas que tienen sobre la propiedad del inversionista, estos últimos podrían perder tal derecho.

En la actualidad se conocen dos tipos de medidas expropiatorias indirectas: las de carácter regulatorio, causadas por una acción en ejercicio de poderes de policía de un Estado que tiene por efecto la privación del uso o goce de la inversión, y las denominadas *creeping expropriation*, que corresponden a una serie de medidas gubernamentales que, en su conjunto y continuidad en el tiempo, producen el mismo efecto de una expropiación directa.⁹ El impacto de una y otra es muy similar, toda vez que ambas se caracterizan por tener injerencia directa en la inversión foránea, en la capacidad económica del inversor y en las legítimas expectativas de obtener beneficios.

El tratamiento convencional no ha sido uniforme, dado el desarrollo que han tenido los tratados de inversión desde la primera hasta la

⁸ Zachary Douglas, *The International Law of Investment Claims*, (Cambridge: Cambridge University Press, 2009), 70; Iñigo Iruretagoiena Agirrezabalaga, *El arbitraje en los litigios de expropiación de inversiones extranjeras*, (Barcelona: Bosch, 2010), 260. Suzy H. Nikièma, *Best Practices Indirect Expropriation*. (Winnipeg: International Institute for Sustainable Development, 2012), 2; Sebastián López Escarcena, *Indirect Expropriation in International Law*, (Northampton: Edward Elgar Publishing Limited, 2014); Francisco González de Cossio, “Medidas equivalentes a expropiación en arbitrajes de inversión”, *Revista Internacional de Arbitraje*, no. 4 (2006): 145-146; Campbell McLachlan, Laurence Shore y Matthew Weiniger, *International Investment Arbitration: Substantive Principles*. (Oxford: Oxford University Press, 2008), 270-273.

⁹ Nitish Monebhurrin, “Crónicas do Direito Internacional dos Investimentos”, *Revista de Direito Internacional* 12, no. 2 (2014): 72-75; Abba Kobo, “Expropriatory Taxation in the Latin American Experience”, en *International Investment Law in Latin America: Problems and Prospects / Derecho internacional de las inversiones en América Latina: problemas y perspectivas*, eds. Attila Tanzi et al. (Leiden: Brill Nijhoff, 2016), 405; Peter D. Isakoff, “Defining the Scope of Indirect Expropriation for International Investments”, *Global Business Law Review*, no. 189 (2013): 189-210; González de Cossio, “Medidas equivalentes a expropiación...”, 159; Enrique Fernández Masía, *Arbitraje en inversiones extranjeras: el procedimiento arbitral en el CIADI* (Valencia: Tirant lo blanch, 2004), 63-64.

más reciente generación.¹⁰ En primer lugar, varios tratados contienen una mención genérica sobre esta temática: “medidas expropiatorias indirectas” o “medidas equivalentes a una expropiación”, tal como refieren los artículos VI del Convenio entre la República de Chile y la República de Panamá para la promoción y protección recíproca de las inversiones de 1999¹¹ y el artículo 4 del Acuerdo entre el Reino de España y la República de Colombia para la promoción y protección recíproca de inversiones de 2005.¹²

En segundo lugar, otros tratados en la materia poseen una calificación autónoma de expropiación indirecta y una lista de criterios de identificación, similares a los reseñados por la UNCTAD y la OCDE. El Anexo 11.11 del Capítulo XI “Inversiones” del Acuerdo de Libre Comercio entre Centroamérica y México de 2013 es un ejemplo.¹³ La determinación de una expropiación indirecta responde a una investigación de hechos que considera (i) el impacto económico de la medida gubernamental, incluyendo el efecto adverso sobre la inversión; (ii) la interferencia de la medida con las legítimas expectativas en la inversión, y (iii) el carácter de la medida estatal. Además, el propio capítulo advierte que aquellos actos estatales no discriminatorios que protegen intereses legítimos no se configuran como expropiaciones indirectas. Una solución similar está contenida en el Anexo 9-C del Capítulo 9 “Inversiones” del Tratado de

¹⁰ Yulia Levashova, “The Right of States to Regulate in International Investment Law: The Search for Balance Between Public Interest and Fair and Equitable Treatment”, *International Arbitration Law Library* 50, (2019): 28; Ivette Esis Villarroel, “Das cláusulas de expropriação contidas nos Acordos de Cooperação e Facilitação de Investimentos do Brasil: análise comparativa com outros acordos internacionais na matéria”, en *Direito Internacional em expansão IX*, ed. Wagner Menezes (Bello Horizonte: Arraes Editores, 2016), 68-70; Monebhurrun, “Crônicas do Direito Internacional...”, 72-73; Kenneth Vandeveld, “A brief history of international investment agreements”, *U. C. Davis Journal of International Law & Policy* 12, no. 1 (2005): 158-194.

¹¹ Convenio entre la República de Chile y la República de Panamá para la promoción y protección recíproca de inversiones, consultado agosto 1, 2020, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/696/download>

¹² Acuerdo entre el Reino de España y la República de Colombia para la promoción y protección recíproca de inversiones, consultado agosto 1, 2020, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/801/download>

¹³ Acuerdo de Libre Comercio entre Centroamérica y México, consultado agosto 1, 2020, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/3082/download>

Libre Comercio entre Centroamérica y la República de Corea de 2018¹⁴ y el artículo 11 del Acuerdo para la Promoción y Protección de Inversiones entre la República Argentina y el Reino de Japón de 2018.¹⁵

En tercer lugar, ciertos tratados no contemplan provisiones sobre expropiaciones indirectas. Nos referimos especialmente a los Acordos de Cooperação e Facilitação de Investimentos celebrados por Brasil con varios países desde 2015¹⁶ y al Protocolo de Cooperación y Facilitación Intra-Inversiones de Mercosur de 2017, que expresamente indican su no previsión.¹⁷

1.2. La propiedad (inversión) objeto de la medida expropiatoria

En el derecho internacional de las inversiones, la calificación de una inversión no es baladí. Se trata de un análisis complejo de la operación realizada por el inversionista a los fines de determinar si esa actividad económica realmente califica como inversión no solo de acuerdo al ordenamiento jurídico del Estado anfitrión, sino también en el ámbito

¹⁴ Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica y la República de Corea, consultado agosto 1, 2020, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/6004/download>

¹⁵ Acuerdo para la Promoción y Protección de Inversiones entre la República Argentina y el Reino de Japón, consultado agosto 1, 2020, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5799/download>

¹⁶ Nitish Monebhurrin, “Novelty in International Investment Law: The Brazilian Agreement on Cooperation and Facilitation of Investments as a Different International Investment Agreement Model”, *Journal of International Dispute Settlement* 8, (2017): 79-100; Fabio Morosini y Ely Xavier, “Regulação do investimento estrangeiro direto no Brasil: da resistência aos tratados bilaterais de investimento à emergência de um novo modelo regulatório”, *Revista Brasileira de Direito Internacional* 2, no. 2 (2015): 431. Véase el Acuerdo de Cooperación y Facilitación de Inversiones entre la República Federativa de Brasil y la República de Colombia, consultado agosto 1, 2020, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5765/download>

¹⁷ Así lo indica el artículo 6. 6. del Protocolo de Cooperación y Facilitación de Inversiones de Mercosur, consultado agosto 1, 2020, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5549/download>

de aplicación material del tratado de inversiones aplicable.¹⁸ Por lo tanto, la identificación de una expropiación pasa, primero, por el análisis de la propiedad que invoca el inversor como protegida por el tratado o la legislación base de la jurisdicción del tribunal arbitral, tal como refiere el artículo 25 de la Convención de Washington sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones. Buena parte de los tratados de inversión contienen un artículo con una lista de calificaciones autónomas contentiva de un elenco de bienes (materiales e inmateriales) que pueden ser catalogados como tal.¹⁹

Segundo, una vez cumplidos los extremos requeridos por el tratado o legislación aplicable que identifican la propiedad del inversor como protegida, se revisan los requisitos expuestos en la normativa para analizar si dicha propiedad realmente sufrió la expropiación directa o indirecta. La privación de la propiedad puede abarcar activos tangibles e intangibles.²⁰ No se trata únicamente de porciones de tierra destinadas a actividades económicas, sino también de acciones, cuentas bancarias, derechos contractuales y derechos de propiedad industrial e intelectual. En ese sentido, la UNCTAD indica que los bienes expropiables dependen de cuán amplia o restrictiva puede ser la definición de inversión en el tratado aplicable.²¹ Aunque escapa del objetivo de este trabajo, es importante referir brevemente que la nueva generación de tratados de inversión tiende a restringir o excluir de su ámbito de aplicación material a las inversiones portafolio, las órdenes de autoridades judiciales

¹⁸ Douglas, *The International Law of Investment Claims...*, 72-73; Ivette Esis, “Títulos de deuda pública: ¿son «inversiones» en el ámbito del arbitraje de inversiones?”, en *Diálogos com o Direito internacional. Uma necessária transdisciplinaridade II*, ed. David França Ribeiro de Carvalho, (Bello Horizonte: Arraes Editores, 2018), 215.

¹⁹ Véase el artículo 1 del Tratado Bilateral para la Promoción y Protección de Inversiones entre la República Popular de China y la República de Colombia (2013), consultado agosto 1, 2020, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/720/download>

²⁰ Christoph H. Schreuer, “Investment Protection: Original Purpose and Features”, en *The Future of Investment Treaty Arbitration in the EU: Intra- EU BITs, the Energy Charter Treaty, and the Multilateral Investment Court*, (eds.) Ana Stanič y Crina Baltag (edit) (Kluwer Law, 2020), 3.

²¹ UNCTAD, *Series on Issues in International Investment Agreements: Taking of Property*, (Nueva York y Ginebra: United Nations Publications, 2000), consultado julio 15, 2020, <https://unctad.org/en/Docs/psiteiitd15.en.pdf>

o administrativas, las obligaciones de deuda soberana y los reclamos pecuniarios originados de operaciones netamente comerciales.²²

La práctica arbitral también ha arrojado luces interesantes al respecto y evidencia la gran variedad de activos que pueden ser expropiados: desde acciones de sociedades mercantiles hasta concesiones. En el caso *U. P. and C. D. Holding Internationale c. Hungría*,²³ los inversionistas reclamaban la expropiación indirecta de sus acciones. Los demandantes eran propietarios de una empresa especialista en *tickets* (vouchers) de alimentos, quienes entraron en el mercado húngaro a través de una subsidiaria en 1996, con vouchers para comida fría y otros para comida caliente. En 2011, Hungría impuso una serie de reformas tributarias que incluyeron al sector alimenticio y, posteriormente, creó unas tarjetas alternativas a las producidas por los inversionistas, prohibiéndoles a estos últimos emitir las suyas. En el laudo arbitral, el tribunal indicó que aun cuando las acciones se mantenían legalmente en manos de sus propietarios, las acciones estatales generaron la pérdida de su valor económico, lo cual se consideró como una expropiación indirecta.

Otro ejemplo es el caso *Yukos c. Rusia*. En este, los accionistas elevaron su reclamo al tribunal arbitral por expropiación indirecta, conforme a las disposiciones del Tratado de la Carta de Energía.²⁴ Las medidas estatales denunciadas incluían enjuiciamientos penales, el acoso a Yukos, sus empleados y personas relacionadas y entidades; revaluaciones fiscales masivas, cargos por IVA, multas, congelación de activos y otras medidas contra Yukos para hacer cumplir las revaluaciones fiscales; la venta forzada de la producción de petróleo de Yukos, y otras acciones que culminaron en su quiebra en agosto de 2006, la posterior

²² UNCTAD, *World Investment Report: International Production Beyond the Pandemic*, Nueva York y Ginebra: United Nations Publications, 2020), 115. Véase, a modo de ejemplo, el artículo 2 del Acuerdo de Cooperación y Facilitación de Inversiones entre la República de La India y la República Federativa de Brasil (2020), consultado agosto 14, 2020, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5913/download>

²³ *U. P. (formerly Le Chèque Déjeuner) and C. D. Holding Internationale v. Hungría*, CIADI, Caso no. ARB/13/35, laudo arbitral de fecha 09 de octubre de 2018, § 305, consultado agosto 14, 2020, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10075.pdf>

²⁴ *Yukos Universal Limited (Isle of Man) c. Federación Rusa*, Corte Permanente de Arbitraje, Caso AA227, Laudo arbitral de fecha 18 de julio de 2014, § 1585, consultado agosto 14, 2020, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3279.pdf>

venta de sus activos restantes y la eliminación de Yukos del registro de empresas en noviembre de 2007. El tribunal arbitral dio la razón a los demandantes, visto que no hubo pago de compensación del Estado receptor a los inversores.

También pueden ser objeto de medidas expropiatorias los derechos contractuales, siempre que sean activos protegidos por el tratado o la normativa base de la jurisdicción del tribunal arbitral. En el asunto *Deutsche Bank c. Sri Lanka*, el demandante era una institución bancaria de origen alemán que había celebrado un contrato de futuro de petróleo con una compañía de ese sector (Ceylon Petroleum Corporation) como medio de protección frente al riesgo de aumento de precio.²⁵ Si el precio en el mercado de este producto caía, el acuerdo establecía que Ceylon Petroleum debía pagar al banco una cantidad de dinero mensual. Si el precio subía, el banco pagaba otra cantidad a Ceylon. El precio en el mercado comenzó a bajar y Ceylon se negó a cumplir su obligación. Aunado a ello, el máximo tribunal de justicia de Sri Lanka ordenó a Ceylon suspender los pagos y el Banco Central comenzó una investigación sobre el acuerdo de cobertura firmado. Ante el incumplimiento de esta obligación, la institución bancaria alemana demandó a Sri Lanka por expropiación de su inversión. El tribunal arbitral le dio la razón al banco alemán, argumentando que el contrato calificaba como inversión bajo los términos del tratado celebrado entre los países involucrados.

El tribunal del caso *Accession Mezzanine c. Hungría* hizo una interesante explicación respecto a los derechos contractuales susceptibles a una expropiación. Este litigio tuvo como punto central la no renovación de la licencia de exploración y explotación de radiodifusión que previamente habían otorgado las autoridades húngaras al demandante. Este último alegó la expropiación de sus derechos contractuales. El tribunal hizo una importante distinción entre la propiedad real y la propiedad personal. La primera es susceptible de ser expropiada por enajenación o cesión, mientras que la segunda no puede ser separada de su titular. Aunque los derechos personales pueden sufrir interferencia del Estado, tampoco puede este último utilizarlo para sus propios fines. En conclusión, el

²⁵ *Deutsche Bank AG c. República Democrática Socialista de Sri Lanka*, CIADI, Caso no. ARB/09/2, Laudo arbitral de fecha 31 de octubre de 2012 §505, consultado agosto 14, 2020, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1272.pdf>

tribunal afirma que solo los derechos contractuales están sujetos a expropiación cuando estos se refieren a derechos de propiedad.²⁶

El tipo de propiedad que puede ser objeto de expropiaciones se extiende también a aquellos derechos de propiedad intelectual, siempre que estén contemplados en la lista de activos protegidos por el tratado de inversión.²⁷ Un ejemplo ilustrativo corresponde al caso *Eli Lilly and Company c. Canadá*, donde la compañía farmacéutica acusó al gobierno de dicho país de destruir el valor de su inversión al cancelar, mediante una decisión judicial, las patentes sobre dos medicamentos utilizados para el tratamiento de la esquizofrenia y el trastorno bipolar (denominadas Zyprexa y Strattera).²⁸ Tal cancelación, según el inversionista, violaba las garantías de trato justo y equitativo y expropiación contenidas en el NAFTA. Aunque el tribunal denegó la petición del inversionista, consideró que las patentes sí calificaban como inversión y estaban protegidas bajo el amparo del referido tratado internacional.

En definitiva, visto que la medida regulatoria dictada por un Estado puede obedecer, en principio, a la protección de objetivos de carácter público, su determinación como expropiatoria no siempre constituye una tarea fácil para el operador jurídico.²⁹ En ocasiones, no siempre califica como tal. En el conocido caso *Tippetts c. Irán*, el Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos consideró que las interferencias y acciones emprendidas por la República Islámica de Irán contra inversionistas estadounidenses en el proyecto de diseño y construcción

²⁶ *Accession Mezzanine Capital L.P. and Danubius Kereskedőház Vagyongézelő Zrt. v. República de Hungría*, ICSID, Case no. ARB/12/3, laudo arbitral de fecha 17 de abril de 2015, § 147-149, consultado agosto 22, 2020, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4353.pdf>

²⁷ Anselm Kamperman Sanders, “Intellectual Property as Investment and the Implications for Industrial Policy”, en), *Intellectual Property and International Dispute Resolution*, eds. Christopher Heath y Anselm Kamperman Sanders (Kluwer Law International, 2019), 1.

²⁸ *Eli Lilly and Company v. Canada*, ICSID, Case no. UNCT/14/2, laudo arbitral de fecha 16 de marzo de 2017, consultado agosto 25, 2020, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8546.pdf>

²⁹ Jeswald Salacuse, *The Law of Investment Treaties*, (Oxford: Oxford University Press, 2010), 92.

del aeropuerto de Teherán configuraron una expropiación indirecta.³⁰ Mientras que en el caso *Philip Morris c. Uruguay*, el tribunal arbitral determinó que las medidas y actos dictados por la República de Uruguay para limitar el consumo de tabaco y proteger la salud pública no constituían una expropiación indirecta de la propiedad del inversor foráneo en dicho país, que reclamaba la exclusión del mercado de varias de sus marcas.³¹ Ante la diversidad de tratamiento convencional existente, cada tribunal arbitral ha enfrentado este desafío de identificar y determinar de qué tipo de expropiación indirecta se trata.³² Frente a ello, el abordaje caso por caso nos permite observar el análisis realizado por los paneles arbitrales al respecto.³³

2. Los criterios para identificar la expropiación indirecta

Los inversionistas, como protagonistas de su emprendimiento económico, analizan todos los riesgos antes del inicio de la inversión y

³⁰ *Tippetts, Abbott, Mc. Carthy, Stratton v. TAMS – AFFA Consulting Engineers of Iran, the Government of the Islamic Republic of Iran, Civil Aviation Organization, Plan and Budget Organization, Iranian Air Force, Ministry of Defense, Bank Melli, Bank Sakhteman, Mercantile Bank of Iran and Holland*. Tribunal de Reclamaciones Estados Unidos – Irán, laudo no. 141-7-2, de fecha 22 de junio de 1984, 6 Iran – US CTR. Texto parcialmente disponible en: <http://www.trans-lex.org/231000> Consulta de 01 de septiembre de 2020.

³¹ *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S. A. and Abal Hermanos S. A. c. República Oriental de Uruguay*, CIADI, Caso no. ARB/10/7, Laudo arbitral de fecha 08 de julio de 2016, consultado septiembre 1, 2020, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7417.pdf>

³² Enrique Fernández Masía, “La situación del arbitraje de inversiones en América Latina: base jurídica, evolución y situación presente”, en *Tratado de Inversiones Extranjeras y Arbitraje de Inversiones en Iberoamérica*, ed. Carlos Esplugues Mota (Valencia: Tirant lo blanch, 2020), 125. Lim, Ho, Papanrinskis, *International Investment Law and Arbitration...*, 323-324.

³³ Pia Acconci, “The Integration of Non-Investment Concerns as an Opportunity for the Modernization of International Investment Law”, en *General Interests of Host States in International Investment Law*, eds. Giorgio Sacerdoti, Pia Acconci, Mara Valenti y Anna de Luca (Cambridge: Cambridge University Press, 2014), 182; Jan Paulsson, “Indirect Expropriation: Is the Right to Regulate at Risk?”, *Making the most of international investment agreements: a common agenda*, Symposium co-organized by ICSID, OECD and UNCTAD. OECD, París, 2005, 1-2, consultado septiembre 1, 2020, <https://www.oecd.org/investment/internationalinvestmentagreements/36055332.pdf>

durante el tiempo de su ejecución. Ninguno está exento de sufrir en algún momento eventuales medidas expropiatorias indirectas por parte de los Estados receptores, aunque exista un tratado de inversión entre su país de origen y el anfitrión.³⁴ De la revisión de los laudos arbitrales analizados en este apartado del artículo podemos referir como potenciales situaciones de este tipo la revocación o anulación de licencias y permisos previamente otorgados; la ocupación temporal y forzosa de activos (en especial de bienes inmuebles) por autoridades administrativas del Estado receptor, y la promulgación de leyes tributarias, cuya cuantía es considerada punitiva y arbitraria, así como el dictamen de actos administrativos por parte de agencias estatales que interfieren en el manejo y administración de la inversión o imposibilitan la repatriación del capital al país de origen del inversionista.

De acuerdo con las estadísticas de la UNCTAD, solo entre 1987 y 2017 el número de reclamos conocidos por motivos de expropiación indirecta ascendió a 359 litigios.³⁵ Aunque hay un número importante de asuntos en trámite, la organización internacional afirma la existencia de al menos 50 litigios donde los tribunales arbitrales confirmaron la expropiación indirecta y condenaron a los Estados anfitriones al pago de una indemnización.

Como referimos en la introducción, la OCDE y la UNCTAD presentan estudios con pautas para determinar la existencia de expropiaciones indirectas. De ellas estudiaremos, en las próximas líneas, los criterios del impacto económico de la medida estatal en la inversión y el tiempo de duración en atención a varios laudos arbitrales dictados en la última década.

2.1. La privación sustancial de la propiedad como criterio de identificación de la expropiación indirecta

El informe de la OCDE refiere que la severidad del impacto económico causado por la medida estatal constituye un elemento importante para

³⁴ Trinidad Alonso, “On Why Corporations Should Care About Investment Treaty Protection Now More Than Ever”, *Kluwer Arbitration Blog*, publicado marzo 24, 2019, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/03/24/on-why-corporations-should-care-about-investment-treaty-protection-now-more-than-ever/>

³⁵ UNCTAD, “Special Update on Investor-State Dispute Settlement: Facts and Figures,” IIA Issues Note, no. 3 (noviembre, 2017): 5, consultado septiembre 1, 2020, http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcb2017d7_en.pdf

determinar la existencia de una expropiación que reclame compensación. La interferencia de la intervención estatal debe ser sustancial, de manera que cause realmente la pérdida de atributos del derecho de propiedad del inversor sobre su activo.³⁶ Asimismo, la UNCTAD ha expresado en sus estudios que la privación puede ocurrir desde la disminución del valor de la inversión hasta la pérdida total del control del activo por parte del inversionista.³⁷ Veamos, a continuación, dos aspectos relevantes: por un lado, la privación sustancial del derecho de la propiedad y, por otro, el análisis de si tal pérdida debería ser total o parcial para considerarla expropiatoria.

2.1.1. La pérdida del derecho de propiedad en forma indirecta causada por la medida estatal: la prueba de la privación sustancial

Este criterio parte del estudio fáctico de cada caso, para lo que se recomienda analizar el impacto relevante y adverso en la inversión foránea causado por la medida gubernamental, supuesto en el cual el inversor pierde alguno de los atributos del derecho de propiedad (uso, goce y disposición) e, incluso, las ganancias o la plusvalía del activo. Diversos litigios han demostrado que tal privación se refleja en la pérdida de la propiedad o la pérdida del control o del manejo sobre la inversión, lo que constituye un elemento esencial considerado por los tribunales arbitrales, que coincide con los elementos orientadores de la UNCTAD y la OCDE. Se ha llegado a afirmar que cuando las medidas gubernamentales infringen los derechos de propiedad al punto de convertirlos en inútiles, debe considerarse que han sido expropiados.³⁸

La situación relatada se reflejó en el laudo del litigio *RosInvestCo UK Ltd c. Rusia*.³⁹ En este caso, el demandante era una compañía del Reino Unido, con acciones en Yukos. Debido a las distintas medidas tomadas

³⁶ OECD, «“Indirect Expropriation” and the “Right to Regulate”...», 9-11.

³⁷ UNCTAD, *Series on Issues in International Investment...*, 63.

³⁸ *M. Meerapfel Söhne AG c. República Centroafricana*, CIADI, Caso no. ARB/07/10, laudo arbitral de fecha 12 de mayo de 2011, § 353-355, consultado septiembre 2, 2020, https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1193_0.pdf

³⁹ *RosInvestCo UK Ltd c. Federación Rusa*, Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo, Caso no. 079/2005, laudo arbitral de fecha 12 de septiembre de 2010, § 621-623.

por Rusia contra Yukos (aumento desproporcionado de impuestos, aplicación discriminatoria de la normativa sobre impuestos a las ganancias, distintas multas y la subasta de sus acciones, entre otras), RosInvestCo alegó expropiación indirecta sobre sus acciones en la referida sociedad. El tribunal afirmó que las medidas adoptadas tuvieron como propósito la eliminación del control de la compañía por parte del inversor, lo cual formó parte de un tratamiento acumulativo adverso que configuró la privación sustancial de la propiedad, que respondía a una expropiación (indirecta) prevista en términos generales del tratado de inversiones entre los países involucrados.

Un argumento similar expuso el tribunal arbitral del caso *Spyridon Roussalis c. Rumania*,⁴⁰ donde el demandante (de nacionalidad griega) participó en la licitación organizada por Rumania, con quien celebró en 1998 un convenio a través de la empresa Continent SRL, relacionada con servicios alimentarios. Los problemas comenzaron por los desacuerdos entre esta empresa y los funcionarios rumanos sobre si Continent había cumplido con la obligación de invertir alrededor de 1.4 millones de dólares americanos (USD), luego de la firma del convenio. En este caso es importante señalar que, además de la inversión realizada, la referida empresa propiedad del demandante registró una prenda de 372523 acciones a favor del ente rumano AVAS. Rumania demandó ante los tribunales locales al inversor alegando incumplimiento contractual con el propósito de ejecutar la prenda. Frente a esa situación, Roussalis demandó a Rumania ante el CIADI, alegando violación al trato justo y equitativo, plena protección y seguridad y expropiación conforme al tratado de inversiones entre Grecia y Rumania de 1997, y solicitó el cese de las acciones judiciales. El tribunal arbitral en este litigio destacó que para identificar una expropiación indirecta la clave consiste en examinar los efectos de la medida estatal: debe existir una privación del uso y del disfrute económico de la inversión, así como la privación de los ingresos y de beneficios, como lo evidenció citando el caso *Tecmed c. México* y estudios de la UNCTAD.⁴¹ Dado que se demostró que las acciones judiciales emprendidas por las autoridades rumanas contra el inversor griego

⁴⁰ *Spyridon Roussalis c. República de Rumania*, CIADI, Caso no. ARB/06/1, laudo arbitral de fecha 07 de diciembre de 2011, consultado agosto 13, 2020 <https://www.italaw.com/cases/927>

⁴¹ UNCTAD, *Taking of Property...*, 2.

estaban justificadas y que, a pesar de ello, la inversión no fue afectada, se declaró la inexistencia de la expropiación.⁴²

En el mismo tenor, el tribunal arbitral en el caso *Valores Mundiales, S. L. y Consorcio Andino, S. L. c. Venezuela*⁴³ determinó que, cuando las decisiones de los órganos administrativos y judiciales del Estado receptor no afectan el control ni la tenencia de acciones de la inversión, no habría en principio expropiación indirecta. Este litigio comenzó cuando las autoridades administrativas dictaron medidas de aseguramiento preventivo de bienes de las empresas Molinos Nacionales, C. A. “Monaca” y Derivados de Maíz Seleccionado, Demaseca, C. A. “Demaseca” dedicadas a la producción y comercialización de harina de maíz y trigo, entre otros productos alimenticios, en Venezuela. Estas compañías son controladas y administradas por las sociedades mercantiles españolas Valores Mundiales y Consorcio, luego de una serie de compraventa de acciones con la empresa mexicana Gruma SAB de CV. Las demandantes, invocando el tratado de inversiones entre Venezuela y España de 1995, reclamaban la expropiación indirecta progresiva de sus activos y la violación del trato justo y equitativo. Si bien el tribunal arbitral reconoció la contravención por parte de Venezuela de esta última garantía, nos interesa el razonamiento que tuvo respecto a la alegada expropiación indirecta.

En este caso, las demandantes insistían en demostrar que perdieron el control de las compañías y que su inversión llegó a valer cero. La República Bolivariana de Venezuela argumentó que las medidas tuvieron lugar con ocasión de la investigación contra un alto directivo de las empresas, cuestión que no configuraba una expropiación. Luego del análisis del caso, el tribunal arbitral constató que las acciones emprendidas por Venezuela no constituyeron un cambio sustancial en la labor que ejercían los administradores especiales de las compañías antes y después de la publicación del acto administrativo (dictado por la Superintendencia de Bancos de dicho país) cuestionado en el litigio. Tampoco el acto administrativo (circular) dictado por el Servicio Autónomo de Registros y Notarías (SAREN) sobre la prohibición de protocolizar actos traslativos de

⁴² *Spyridon Roussalis c. Rumania*, § 327-330.

⁴³ *Valores Mundiales, S. L. y Consorcio Andino, S. L. c. República Bolivariana de Venezuela*, CIADI, Caso no. ARB/13/11, laudo arbitral de fecha 25 de julio de 2017, consultado septiembre 15, 2020, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9748.pdf>

propiedad de las referidas sociedades impidió a las demandantes vender o ceder sus acciones dado que no es exigible su inscripción ante dicho servicio, sino solo mediante la inscripción de la operación en el libro de accionistas de las compañías. Las medidas dictadas por las autoridades venezolanas tenían como propósito asegurar el proceso penal seguido ante el tribunal competente contra uno de los directivos de las empresas.⁴⁴

Un resultado distinto ocurrió en el litigio *Valeri Belokon c. Kirguistán*.⁴⁵ En este caso el demandante (nacional de Letonia) había invertido en una institución bancaria en dicha república, la cual luego de su adquisición pasó a llamarse Manas Bank. El gobierno de turno le otorgó una licencia para operar legalmente. Sin embargo, tiempo después se suscitaron diversas protestas contra la Presidencia de la República y el Banco Nacional de Kirguistán promulgó un decreto ordenando suspender las funciones de comités ejecutivos de 5 bancos, incluido Manas. Esta medida incluía el control del flujo de capital, así como la congelación de bienes del banco en “interés de los ahorristas”. La república justificó esas acciones alegando que el banquero y sus empleados estaban cometiendo el delito de legitimación de capitales y otras actividades ilícitas. Posteriormente, en abril de 2010, la autoridad federal en la materia ordenó la expropiación de los bienes del Banco Manas, basado en la sospechosa ilegalidad de las actividades del banco y ordenó establecer un régimen de administración temporal y la dimisión de todos sus gerentes.

El tribunal arbitral explicó que las medidas regulatorias dictadas por los Estados no son *per se* medidas expropiatorias, dado el considerable margen que tienen para dictar la normativa que consideren más conveniente en atención a los intereses públicos protegidos.⁴⁶ Asimismo, indicó que una medida expropiatoria depende de si ha habido o no privación sustancial de los beneficios de la propiedad. En este caso, durante la administración estatal de la institución financiera, su productividad y sus operaciones fueron severamente afectadas, razón por la cual se consideró que sí hubo expropiación indirecta. Asimismo, aunque el régimen

⁴⁴ *Ibid.*, § 412-480.

⁴⁵ *Valeri Belokon c. República de Kirguistán*, arbitraje administrado bajo las reglas de UNCITRAL 1976, laudo arbitral de fecha 24 de octubre de 2014, consultado septiembre 15, 2020, https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ITA%20LAW%207008_0.pdf

⁴⁶ *Ibid.*, §198.

de administración temporal pudo atender al interés de los ahorristas, la ejecución de la medida no tuvo esa finalidad por cuanto lo que se evidenció en el proceso fue el interés de las autoridades de obtener de la expropiación lo que no habrían podido hacer por vía legal.⁴⁷

En el caso *Quiborax c. Bolivia* también se discutió la privación sustancial de la propiedad.⁴⁸ En este litigio, Quiborax, una sociedad chilena dedicada a la extracción de ulexita y propietaria de la mayoría accionaria de Mineralls S. A., constituida en Bolivia, tenía una concesión por medio de la cual operaba junto a otras empresas en la región de El Gran Salar de Uyuni, Potosí, Bolivia. Como antecedente cabe señalar que esa zona había sido declarada reserva nacional en 1965 y, en 1998, al reducirse el tamaño del área reservada, fueron otorgadas varias concesiones a pesar de la oposición de las comunidades locales. En 2003, fue promulgada una legislación que autorizó la auditoría de las concesiones y otorgó la facultad a las autoridades competentes para anular los derechos mineros concedidos y ordenar la reversión de los activos al Estado. Conforme a la referida ley, las autoridades revocaron todas las concesiones otorgadas al inversionista en 2004, alegando irregularidades impositivas y aduaneras encontradas en las auditorías realizadas. El decreto de revocación fue cuestionado dado que la legislación boliviana permitía la anulación de las concesiones, pero no su revocación. En 2005, Bolivia revocó el decreto y anuló las concesiones.

Quiborax demandó a Bolivia en un arbitraje de inversiones por expropiación directa de la concesión e indirecta de sus acciones en el vehículo corporativo que servía la inversión en dicho país, en violación al tratado bilateral entre Bolivia y Chile de 1994. La expropiación, en opinión del tribunal arbitral, no se refiere únicamente a los bienes físicos y la transferencia formal de la propiedad, dado que puede configurar también una medida de expropiación indirecta. Ahora bien, para identificarla, considerando litigios precedentes, este opinó que debe analizarse la privación sustancial del inversor al valor económico de la inversión.

⁴⁷ *Ibíd.*, § 212-215.

⁴⁸ Quiborax S. A., Non Metallic Minerals S. A. y Allan Fosk Kaplún c. Estado Plurinacional de Bolivia, CIADI, Caso no. ARB/06/2, laudo arbitral de fecha 16 de septiembre de 2015, consultado septiembre 15, 2020, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4389.pdf>

En este caso, no hubo compensación y la medida fue considerada discriminatoria debido a la nacionalidad chilena del accionista mayoritario.⁴⁹

Finalmente debemos mencionar el caso *Antoine Abou Lahoud y Leila Bounafeh-Aboud Lahoud c. República Democrática del Congo*, en el cual el tribunal arbitral destacó la importancia de los efectos de la medida estatal sobre la inversión y donde se considera que podría existir expropiación cuando esta tenga por efecto la pérdida real de la gestión, del uso y del control de la propiedad o una disminución significativa del valor de los activos del inversionista.⁵⁰ En este litigio, los demandantes reclamaban una serie de acciones y omisiones de la República Democrática del Congo sobre Imporex (vehículo corporativo de su inversión en dicho país), que trajo como consecuencia el retiro de los equipos de la empresa, la incautación de la propiedad y daños materiales que imposibilitaron continuar con las operaciones. Citando los conocidos casos Santa Elena y Metalclad, así como el documento de estudio de la UNCTAD, el tribunal arbitral explicó que la identificación de la expropiación ha de centrarse en el efecto de las medidas.⁵¹ En este asunto, las consecuencias fueron muy graves: los inversionistas se vieron privados tanto del uso de la propiedad como del beneficio económico que podrían esperar de ella.

1.2.2. La pérdida de la propiedad: ¿total o parcial?

En adición a la pérdida sustancial de la inversión, algunos tribunales arbitrales se detienen a examinar si sus efectos deben ser totales o parciales para considerarla expropiatoria. Como veremos a continuación, la casuística es bastante variada.

⁴⁹ *Ibid.*, §238-256.

⁵⁰ *Antoine Abou Lahoud y Leila Bounafeh-Aboud Lahoud c. República Democrática del Congo*, CIADI, Caso no. ARB/10/4, laudo arbitral de fecha 07 de febrero de 2014, §502-505, consultado septiembre 15, 2020, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3076.pdf> Ver también Jarrod Hepburn, “Arbitrations hold Democratic Republic of Congo in Breach of Its Domestic Investment Legislation in Relation to Treatment to Two Foreign Investors”, *IAI Reporter*, 09/02/2014, consultado septiembre 15, 2020, <https://www.iareporter.com/articles/arbitrators-hold-democratic-republic-of-congo-in-breach-of-its-domestic-investment-legislation-in-relation-to-treatment-of-two-foreign-investors/>

⁵¹ *Antoine Abou Lahoud y Leila Bounafeh-Aboud Lahoud c. República Democrática del Congo*, § 498.

En el litigio *Nations Energy Corporation c. Panamá*,⁵² el tribunal arbitral consideró para la existencia de una expropiación indirecta la pérdida parcial de la propiedad. En efecto, el demandante era una compañía americana con acciones en Copesa, una sociedad mercantil constituida en Panamá. El conflicto entre los involucrados obedecía a ciertas restricciones a la transferencia de créditos fiscales para Copesa. El panel de árbitros expresó, en consideración de litigios precedentes y estudios de la UNCTAD, que la privación de la inversión debe afectar todo o parte del uso y la posesión de la propiedad para calificarla como expropiatoria.

En el asunto *Mobil Corporation et al. c. Venezuela*⁵³ —a diferencia del caso anteriormente relatado—, el tribunal arbitral expresó que la pérdida de la propiedad por causa de la medida expropiatoria debe ser total. El demandante y sus subsidiarias tenían operaciones petroleras en territorio venezolano desde la última década del siglo xx. Posteriormente, entre 2004 y 2007, las compañías fueron sujetas a cambios legales con ocasión de la promulgación de decretos leyes que las obligaban a cambiar su estructura legal (de *joint ventures* a empresa mixta con mayoría accionaria estatal) y al pago de un considerable aumento de impuestos y regalías, bajo el decreto de nacionalización del sector. En el laudo arbitral dictado en 2014, el tribunal sostuvo que, bajo el derecho internacional, la expropiación indirecta requiere la pérdida total del valor de la inversión o la pérdida total del control de la misma.⁵⁴

En el asunto *Electrabel c. Hungría*, aunque el tribunal arbitral declaró sin lugar el reclamo del inversor de nacionalidad belga bajo el Tratado de la Carta de Energía, expresó que el impacto que la medida estatal cause en la inversión para considerarla expropiatoria debe ser radical.⁵⁵

⁵² *Nations Energy Corporation, Electric Machinery Enterprises Inc. y Jamie Jurado c. República de Panamá*, CIADI, Caso no. ARB/06/19, laudo arbitral de fecha 24 de noviembre de 2010, §684-685, consultado septiembre 15, 2020, https://jsumundi.com/en/document/decision/en-nations-energy-inc-and-others-v-republic-of-panama-award-wednesday-24th-november-2010#decision_499

⁵³ *Venezuela Holdings, B. V. et al. c. República Bolivariana de Venezuela*, CIADI, Caso no. ARB/07/27, laudo arbitral de fecha 9 de octubre de 2014, consultado septiembre 15, 2020, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4012.pdf>

⁵⁴ *Ibíd.*, § 286.

⁵⁵ *Electrabel S. A. c. República de Hungría*, CIADI, Caso no. ARB/07/19, laudo arbitral de fecha 30 de noviembre de 2010, § 6.62, consultado septiembre 15, 2020, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1071clean.pdf>

En tal sentido, el panel de árbitros explicó que las medidas que constituyen expropiaciones indirectas implican la privación del uso y el goce económico de las inversiones. Siguiendo el razonamiento del conocido laudo arbitral del caso *Tecmed c. México*, para considerar las acciones ejercidas por el Estado anfitrión de la inversión como tales, estas deben neutralizar el valor económico de uso, goce y disposición de los bienes afectados. Esto quiere decir que, por su causa, el derecho de propiedad deja de existir. En el caso en comentario, el inversionista mantuvo su inversión en Hungría, no perdió valor financiero y mantuvo el uso de la planta de energía eléctrica, equipos y bienes inmuebles.

Más recientemente, en el caso *Bahgat c. República Árabe de Egipto*, el tribunal arbitral también analizó el impacto de la medida respecto a la pérdida total o parcial de la inversión e indicó que la pérdida debe ser definitiva, de manera tal que neutralice los beneficios que podría obtener el inversionista.⁵⁶ El demandante de doble nacionalidad (finés y egipcio) había invertido en una empresa de extracción de hierro y producción de acero en el sureste de Egipto. Asimismo, a través de la empresa Ademco, constituida en dicho país, compró una fábrica de acero usado en Luxemburgo. Ademco y MD (de Alemania) celebraron un contrato para la reconstrucción de dicha fábrica, que luego se modificó para incluir el uso de una nueva planta de acero. En esta negociación, celebrada en 1998, se incorporó también otra empresa constituida en Egipto denominada Aisco y se pactó el pago de 30 millones USD.

Los problemas comenzaron dos años después cuando las autoridades egipcias solicitaron a los accionistas de Aisco la comprobación del pago del dinero de MD como parte del capital de la empresa. Aunque intentó comprobarlo, el demandante fue detenido y enjuiciado por los tribunales penales egipcios. Se dictaron medidas para incautar sus propiedades y las de su familia, así como las de las empresas Aisco y Ademco. Posteriormente, se dictaron medidas de prohibición de entrada de los empleados a las áreas del proyecto, por lo cual la producción fue paralizada poco tiempo después. Luego del juicio y condena al demandante,

⁵⁶ *Mohamed Abdel Raouf Bahgat c. República Árabe de Egipto*, Corte Permanente de Arbitraje, Caso no. 2012-07, laudo arbitral de fecha 23 de diciembre de 2019, § 225-227, consultado septiembre 18, 2020, <https://jusmundi.com/en/document/decision/en-mohamed-abdel-raouf-bahgat-v-arab-republic-of-egypt-saturday-1st-january-2011> y <https://www.fiettalaw.com/wp-content/uploads/2020/05/Egypt-liable-over-jailing-of-businessman.pdf>

se logró revocar la sentencia condenatoria. Sin embargo, se suscitaron diversos problemas dada la imposibilidad de movilizar sus fondos, la prohibición de salida del país dictada en su contra y la imposibilidad —valga la redundancia— de reactivar las empresas. Las medidas relacionadas fueron parte del reclamo del demandante contra Egipto, alegando la expropiación indirecta de sus activos (por la privación sustancial de la propiedad a la que fue sometido), además de la violación del trato justo y equitativo contenido en los tratados aplicables al caso.

Es interesante acotar que, a pesar de que el inversionista mantuvo la titularidad de las acciones en las empresas y la concesión minera otorgada por Egipto mantuvo su validez, el tribunal arbitral indicó que este asunto respondió a una expropiación indirecta. En la revisión del alegato de expropiación —en atención a la doctrina, casos anteriormente decididos y estudios de la UNCTAD— la sentencia se realizó sobre la base de tres elementos. El primero, el análisis de los efectos que las medidas tomadas por el Estado anfitrión tuvieron o aún tienen sobre la inversión. Se refiere a la privación total o parcial de la inversión y su futura rentabilidad. En tal sentido, el tribunal destacó que el impacto fue lo suficientemente adverso para la inversión. El segundo elemento se refiere al estudio de la legitimidad o no de las medidas conforme al derecho egipcio. El tribunal acotó que se debe analizar el objetivo perseguido por el Estado anfitrión y por las reglas del derecho internacional sobre protección de inversiones. La defensa del poder de policía de los Estados no constituye una carta blanca: los Estados deben justificar su acción. Por último, se debe analizar la proporcionalidad de la medida estatal, cuestión que en este asunto no se demostró.⁵⁷

2.2. El tiempo de privación de la propiedad

En las expropiaciones directas, la medida tomada por el Estado receptor sobre la propiedad de la inversión es prácticamente inmediata:⁵⁸ se priva del derecho de propiedad a su titular desde el momento cierto del título formal (decreto, ley, acto administrativo) que así lo disponga. Sin embargo, en las expropiaciones indirectas la situación puede ser distinta. Es posible que la medida o el acto gubernamental genere en muy poco

⁵⁷ *Ibíd.*, § 227-232.

⁵⁸ UNCTAD, *Series on Issues in International Investment...*, 69.

tiempo la pérdida del referido derecho, tal como hemos analizado en líneas anteriores. Pero también puede suceder que se trate de medidas que produzcan tal privación por un periodo más largo. Aunque no existe total unanimidad en la práctica sobre la duración de la medida estatal para considerarla como expropiación indirecta, podemos indicar en los laudos analizados en este trabajo que existe un margen de apreciación temporal desde unas 3 semanas hasta unos 6 años, aproximadamente.

A modo ilustrativo, en el asunto *Bivater Gauff c. Tanzania*—litigio en el cual el Estado anfitrión terminó un contrato con el demandante de mejora del servicio de agua potable y aguas servidas por incumplimiento y transfirió las operaciones a un ente gubernamental—, el tribunal arbitral argumentó que la privación de la propiedad del inversor requiere de un significativo periodo.⁵⁹ En este litigio, las medidas estatales que configuraron la expropiación indirecta fueron dictadas entre el 13 de mayo y el 1 de junio de 2005.⁶⁰

Un caso clásico discutido en la doctrina corresponde a *SD Myers c. Canadá*.⁶¹ En este, una compañía constituida en Estados Unidos demandó a Canadá por la prohibición de exportación de *polychlorinated biphenyl*, lo cual en su opinión configuraba una expropiación bajo el NAFTA. Aunque la medida tuvo 18 meses de duración, alegaban un grave perjuicio a su inversión y la pérdida de oportunidades de negocios en el mercado canadiense. El tribunal arbitral reconoció que una expropiación indirecta puede ocurrir desde que la privación sea parcial o temporal. Sin embargo, a pesar de dicha temporalidad, en este asunto no hubo transferencia de la propiedad ni de los beneficios obtenidos de ella a favor de otros, razón por la cual se desestimó el alegato del inversor.

⁵⁹ *Bivater Gauff (Tanzania) Ltd. c. República Unida de Tanzania*, CIADI, Caso no. ARB/05/22, laudo arbitral de fecha 24 de julio de 2008, consultado agosto 31, 2020, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0095.pdf>

En este caso, el inversor y la empresa que había constituido en Tanzania sufrieron el impacto de una serie de medidas estatales que hicieron inviable la inversión realizada y terminó con la expulsión del personal en dicho país.

⁶⁰ *Ibid.*, § 519.

⁶¹ *S. D. Myers, Inc. c. Canadá*, arbitraje administrado bajo las Reglas de Arbitraje de UNCITRAL, laudo arbitral de fecha 21 de noviembre de 2002, § 283-287, consultado agosto, 31, 2020, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0752.pdf>

En *Wenas Hotels Ltd. c. Egipto*, el tribunal arbitral consideró la existencia de la expropiación de dos instalaciones hoteleras (propiedad del demandante), debido a que fueron tomadas por la empresa estatal egipcia por casi un año.⁶² En el asunto *Olin Holdings Limited c. Libia*, los inversionistas recibieron la orden de las autoridades de evacuar una fábrica, luego de haberla construido. El tribunal arbitral encontró que las medidas dictadas por la autoridad libia entre 2006 y 2011 representaron un “significativo e importante” periodo para que un negocio apenas comience sus operaciones.⁶³ Asimismo, en el mencionado caso *Valeri Belokon c. Kirguistán* el tribunal arbitral consideró que el régimen administrativo impuesto al banco, propiedad del inversor, durante un periodo de al menos 4 años sin recibir ninguna compensación, equivale a una toma encubierta de la propiedad de la inversión.⁶⁴

En el litigio *Gustav F. W. Hamester GmbH c. Ghana*, el inversor de origen alemán reclamaba al Estado anfitrión la imposibilidad de exportar la producción de cacao obtenida en dicho territorio. Esta medida fue justificada por las autoridades del país por la sospecha de que el demandante tendría la intención de abandonar la empresa conjunta que había celebrado con una compañía estatal y por el cual se obligó a contribuir con la modernización de la fábrica y la venta de productos derivados de dicho vegetal. El tribunal consideró que la referida prohibición no constituía una expropiación debido a su corta duración (de solo unas 6 semanas), a que el demandante ya había advertido su voluntad de querer terminar con el negocio y al temor cierto de las autoridades estatales de que, con la salida del inversor, este último extrajera el mayor valor posible de lo invertido.⁶⁵

⁶² *Wena Hotels Ltd. c. República Árabe de Egipto*, CIADI, Caso no. ARB/98/4, laudo arbitral de fecha 08 de diciembre de 2000, § 96-101, consultado septiembre 1, 2020, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0902.pdf>

⁶³ *Olin Holdings Ltd. c. República Árabe de Libia*, Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, Caso no. 20355/MCP, laudo arbitral de fecha 25 de mayo de 2018, § 157-160, consultado septiembre 15, 2020, https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9766_0.pdf

⁶⁴ *Valeri Belokon c. República de Kirguistán*, § 215.

⁶⁵ *Gustav F W Hamester GmbH & Co KG c. República de Ghana*, CIADI, Caso no. ARB/07/24, laudo arbitral de fecha 18 de junio de 2010, § 309-312, consultado septiembre 15, 2020, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0396.pdf>

Distinto fue el resultado del análisis del caso *Sr. Tzu Yap Shum c. Perú*, donde el tribunal arbitral consideró que las medidas dictadas por las autoridades peruanas, con una duración de dos años aproximadamente, tuvieron una decisiva influencia en la inversión al punto de hacerla inviable. Este inversor de origen chino había adquirido el 90% de las acciones de la compañía TSG Perú SAC, cuyo objeto social consistía en la producción de alimentos derivados del pescado y su exportación a mercados asiáticos. Durante la operación, la empresa tuvo ciertos problemas con la autoridad tributaria de dicho país dado que esta última impuso medidas cautelares previas para asegurar el pago de una deuda tributaria. Tales medidas incluían la retención de fondos, acciones y valores de la sociedad mercantil y su transferencia al Banco de la Nación, lo que llevó a la pérdida de exportaciones y clientes. A ello se agregó un proceso concursal que redujo considerablemente la rentabilidad del negocio. El tribunal arbitral consideró que lo ocurrido configuró una expropiación debido a la gravedad de su impacto en la inversión y a su duración.⁶⁶

Finalmente, dos últimos casos llamaron nuestra atención por confirmar que la duración del acto estatal cuestionado constituye un importante elemento considerado por los tribunales arbitrales. Nos referimos en primer lugar al asunto *Bahgat c. Egipto*, en el cual la duración de todas las medidas estatales sobre la inversión y el inversionista (6 años) hizo inviable su reactivación a pesar de que aún estaba en vigor la concesión otorgada para la explotación de hierro en territorio egipcio. En segundo lugar, en el litigio *Les Laboratoires Servier y otros c. Polonia*, si bien el tribunal arbitral dio la razón a los inversionistas franceses afirmó que, para identificar una expropiación, debe evidenciarse en el caso concreto un efecto temporal importante de la medida en detrimento de la inversión realizada.⁶⁷

⁶⁶ *Sr. Tzu Yap Shum c. República de Perú*, CIADI, Caso no. ARB/07/6, laudo arbitral de fecha 07 de julio de 2011, §156, 162, septiembre 15, 2020, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0881.pdf>

⁶⁷ *Les Laboratoires Servier, S. A. A., Biofarma, S. A. S., Arts et Techniques du Progres S.A.S. c. República de Polonia*, arbitraje administrado bajo las reglas de arbitraje de UNCITRAL, laudo arbitral de fecha 14 de febrero de 2012, septiembre 25, 2020, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3005.pdf>

3. Reflexiones frente a escenarios futuros

En análisis de los casos estudiados en este trabajo, llama la atención que los tratados aplicables fueron mayormente celebrados en la última década del siglo xx. Como denominador común, podemos afirmar que los instrumentos convencionales de la época contienen en sus artículos de expropiación frases como “medidas equivalentes a una expropiación” para referirse a las indirectas. De allí que los tribunales arbitrales han considerado los criterios de identificación de las expropiaciones indirectas enunciados principalmente por la UNCTAD, tal como lo reflejan los casos *Spyridon Rousalis c. Rumania*, *Antoine A. Laboud c. Congo* y *Bahgat v. Egipto*, que los mencionan expresamente. Asimismo, buena parte de los laudos arbitrales explican el análisis que han hecho los tribunales arbitrales respecto a casos resueltos previamente y a la doctrina especializada, con el propósito de determinar la privación sustancial de la inversión y el tiempo de duración de la medida regulatoria, como elementos de una expropiación indirecta. Así lo ilustran los casos *Rosinvest c. Rusia*, *Quiborax c. Bolivia*, *Valores Mundiales c. Venezuela*, *Venezuela Holding et al. c. Venezuela* y *Valeri Belokon c. Kirguistán*.

Ahora bien, los más recientes tratados de inversión han contemplado dos tendencias. Por un lado, aquellos que excluyen expresamente la expropiación indirecta de su articulado como sucede con los Acordos de Cooperação e Facilitação de Investimentos de Brasil y con el Protocolo de Inversiones de Mercosur.⁶⁸ Por otro lado, los tratados que incorporan directrices alineadas con las guías de la UNCTAD y la OCDE respecto a la identificación de las expropiaciones indirectas, tal como lo prevén el Acuerdo Transpacífico TPP-11 (artículo 9 y anexo 9B),⁶⁹ el Protocolo de la Alianza de Pacífico (artículo y anexo 10-12)⁷⁰ y varios instrumentos convencionales de carácter bilateral en esta materia.⁷¹

⁶⁸ A modo ilustrativo, véase los artículos 6 y 6.6. del Acuerdo de Cooperação e Facilitação de Investimentos celebrado entre la República de Colombia y la República Federativa de Brasil y el Protocolo de Inversiones Intra-Mercosur, respectivamente.

⁶⁹ Capítulo 9 del Acuerdo Transpacífico TPP-11, consultado septiembre 25, 2020, https://www.subrei.gov.cl/docs/default-source/tratado-tpp11/9—inversion.pdf?sfvrsn=686bc783_0

⁷⁰ Véase el Capítulo 10 del Protocolo de la Alianza del Pacífico.

⁷¹ Laura Victoria García Matamoros, “La relación entre las políticas de inversión extranjera en Colombia y los acuerdos internacionales de inversión”, *Anuario Colombiano*

Si bien se respeta la voluntad de los Estados negociadores de seguir una u otra tendencia, consideramos que la segunda brinda mayor seguridad jurídica para ambas partes y demás interesados. Para el caso del inversionista, resulta complicado prever desde un inicio qué tipo de controversias enfrentará en la larga relación jurídica que sostendrá con el Estado receptor. Por lo tanto, tener reglas de identificación claras de este tipo de expropiaciones le puede aportar previsibilidad y certeza ante las actuaciones regulatorias del Estado anfitrión.

Para los Estados anfitriones, tener también reglas claras en la identificación de una medida regulatoria como legítima o no constituyen un parámetro para su actuación en el futuro. En la actualidad, los Estados son más cuidadosos dado que el riesgo reputacional es alto cuando expropián y no cumplen con los parámetros establecidos en la normativa aplicable. Además, considerando la existencia de medidas regulatorias no expropiatorias dictadas por los propios Estados, no es casual que en los tratados más recientes se observe el reforzamiento del poder de policía de los Estados para la protección de objetivos de carácter público.⁷² Así, por ejemplo, el anexo 10-12 del Protocolo de la Alianza del Pacífico estipula que no se considerará una medida estatal como expropiación indirecta aquella que sea tomada en forma no discriminatoria y responda a uno de estos objetivos como la preservación del medioambiente y la salud pública.

Debido a la situación sanitaria mundial causada por la COVID-19, los Estados han buscado mayoritariamente proteger la salud pública con medidas de confinamiento social, lo que también ha traído como consecuencia una grave crisis económica. La UNCTAD ha advertido un posible aumento de litigios entre inversionistas y Estados por el efecto adverso que estas medidas puedan generar sobre sus inversiones. Este

de Derecho Internacional (ACDI) 12, (2019): 108. A modo ilustrativo podemos citar el artículo 7.2.a) y b) del Acuerdo Bilateral sobre Promoción y Protección de Inversiones de Colombia y Emiratos Árabes Unidos y el artículo 6.2) del Acuerdo entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de la República Francesa sobre el fomento y protección recíprocos de inversiones, ambos disponibles en: investmentpolicyhub.unctad.org Consulta 26 de septiembre de 2020.

⁷² Rodrigo Polanco Lazo, “Two Worlds Apart: The changing Features of International Investment Agreements in Latin America”, en *International investment law in Latin America: problems and prospects. Derecho internacional de las inversiones en América Latina: problemas y perspectivas* eds. Attila Tanzi et al. (Leiden: Brill Editions, 2016), 68-97.

organismo multilateral recomienda que los Estados cuando requieran adoptar medidas regulatorias lo hagan con la mayor transparencia y en forma no discriminatoria y que intenten mantener el diálogo con los operadores económicos foráneos en su territorio.⁷³ Consideramos, finalmente, que los próximos años serán muy decisivos en la práctica arbitral, dado que ahí observaremos el escrutinio que los tribunales arbitrales realizarán de la actuación de los inversionistas y los propios Estados, conforme a la nueva generación de tratados en este ámbito.

Conclusiones

A pesar de la diversidad en el tratamiento convencional que ha tenido la expropiación indirecta de cláusulas generales a cláusulas más específicas y, más recientemente, hasta su exclusión, es interesante comparar el razonamiento desarrollado por los tribunales arbitrales quienes los interpretan y aplican. Si bien cada caso tiene sus propios elementos fácticos y jurídicos, podemos afirmar que estos consideran y entienden las guías presentadas por las organizaciones internacionales (especialmente la UNCTAD) para determinar los efectos de la medida en la inversión y su duración: en algunos casos, por su propia iniciativa o al seguir las directrices de casos previamente decididos, y, en otros litigios, debido a su incorporación en el tratado aplicable (este último caso es aplicable a los instrumentos convencionales en la materia más recientes).

Respecto a la interpretación y aplicación de los criterios analizados en este trabajo, podemos confirmar la importancia del análisis de la privación sustancial de la propiedad del inversionista foráneo causada por una medida regulatoria aunque no existe total uniformidad en su apreciación ni en sus efectos (parciales o permanentes). Sin dejar de tener en cuenta el amplio margen regulatorio de los Estados para preservar intereses legítimos, las actuaciones estatales tales como el aumento desproporcionado de impuestos y la aplicación discriminatoria de la normativa del Estado anfitrión, así como las decisiones administrativas y judiciales que afectan la operatividad y el control de la inversión (ocupación temporal

⁷³ UNCTAD, “Investment Policy Responses to the Covid-19 Pandemic,” *Investment Policy Monitor*, no. Especial 4 (2020): 11-12, consultado septiembre 25, 2020, https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcbinf2020d3_en.pdf

de la propiedad, régimen de administración provisoria estatal) podrán configurar ciertamente expropiaciones indirectas.

En referencia al tiempo que deben durar estas medidas, observamos que este puede ser variable: desde unas semanas hasta incluso 6 años. Lo importante es la afectación real en alguno de los atributos en el derecho de propiedad (uso, goce y disposición). A esto debemos añadir que el inversor tiene la carga de la prueba —demostrar que fue afectado gravemente por la medida regulatoria—, mientras que el Estado intenta comprobar su no ocurrencia.

Los tiempos por venir se vislumbran desafiantes. Ante las consecuencias económicas derivadas de la pandemia es probable el aumento de litigiosidad entre Estados e inversionistas, tal como lo advierte la UNCTAD. Por lo tanto, el examen de las medidas regulatorias cuestionadas por los inversionistas y sus efectos adversos o no sobre los activos serán temas a decidir por parte de los nuevos tribunales arbitrales, en atención a la normativa internacional que resulte aplicable.

Referencias

- Acconci, Pia. “The integration of non-investment concerns as an opportunity for the modernization of international investment law”, en *General Interests of Host States in International Investment Law* editado por Giorgio Sacerdoti, Pia Acconci, Mara Valenti y Anna de Luca, 165-193. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.
- Alonso, Trinidad. “On Why Corporations Should Care About Investment Treaty Protection Now More Than Ever.” *Kluwer Arbitration Blog*. Publicado marzo 24, 2019. <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/03/24/on-why-corporations-should-care-about-investment-treaty-protection-now-more-than-ever/>
- Cohen, Jeffrey, Grgeta, Edi & Temerlin, Federico. “In All Probability: An Economic Reading of Damages Under Factory at Chorzów.” *ICSID Review—Foreign Investment Law Journal* 34, no. 3 (2019): 577-84.
- Douglas, Zachary. *The International Law of Investment Claims*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.
- Esis Villarroel, Ivette, “Títulos de deuda pública: ¿son «inversiones» en el ámbito del arbitraje de inversiones?”, en *Diálogos com o Direito internacional. Uma necessária transdisciplinaridade II*, editado por David França Ribeiro de Carvalho, 212-28. Bello Horizonte: Arraes Editores, 2018.

- Esis Villarroel, Ivette. “Das cláusulas de expropriação contidas nos Acordos de Cooperação e Facilitação de Investimentos do Brasil: análise comparativa com outros acordos internacionais na matéria”. En *Direito Internacional em expansão IX*, editado por Wagner Menezes, 68-4. Bello Horizonte: Arraes Editores, 2016.
- Fernández Masiá, Enrique. “La situación del arbitraje de inversiones en América Latina: base jurídica, evolución y situación presente”. En *Tratado de Inversiones Extranjeras y Arbitraje de Inversiones en Iberoamérica*, editado por Carlos Esplugues Mota, 111-34. Valencia: Tirant lo blanch, 2020.
- Fernández Masiá, Enrique. *Arbitraje en Inversiones extranjeras: el procedimiento arbitral en el CIADI*. Valencia: Tirant lo blanch, 2004.
- García Matamoros, Laura Victoria. “La relación entre las políticas de inversión extranjera en Colombia y los acuerdos internacionales de inversión”. *Anuario Colombiano de Derecho Internacional (ACDI)* 12, (2019): 85-120.
- González de Cossio, Francisco. “Medidas equivalentes a expropiación en arbitrajes de inversión”. *Revista Internacional de Arbitraje*, no. 4, (2006): 145-77.
- Hepburn, Jarrod. “Arbitrations hold Democratic Republic of Congo in breach of its domestic investment legislation in relation to treatment to two foreign investors.” *IAI Reporter*, publicado febrero 09, 2014. <https://www.iareporter.com/articles/arbitrators-hold-democratic-republic-of-congo-in-breach-of-its-domestic-investment-legislation-in-relation-to-treatment-of-two-foreign-investors/>
- Iruretagoiena Agirrezabalaga, Iñigo. *El arbitraje en los litigios de expropiación de inversiones extranjeras*. Barcelona: Bosch, 2010.
- Isakoff, Peter D. “Defining the Scope of Indirect Expropriation for International Investments”, *Global Business Law Review*, no. 189 (2013): 189-210.
- Kamperman Sanders, Anselm. “Intellectual Property as Investment and the Implications for Industrial Policy.” En *Intellectual Property and International Dispute Resolution* editado por Christopher Heath y Anselm Kamperman Sanders, 51-63. Kluwer Law International, 2019.
- Kobo, Abba. “Expropriatory Taxation in the Latin American Experience.” En *International Investment Law in Latin America: Problems and Prospects / Derecho Internacional de las Inversiones en América Latina:*

- Problemas y Perspectivas*, editado por Attila Tanzi et al., 400-34. Leiden: Brill Nijhoff, 2016.
- Levashova, Yulia. *The Right of States to Regulate in International Investment Law: The Search for Balance Between Public Interest and Fair and Equitable Treatment*. Kluwer Law International, 2019.
- Lim, Chin Leng, Ho, Jean & Paparinskis, Martins. *International Investment Law and Arbitration. Commentary, Awards and Other Materials*. Cambridge: Cambridge University Press, 2019.
- López Escarcena, Sebastián. *Indirect Expropriation in International Law*. Northampton Edward Elgar Publishing Limited, 2014.
- Martínez-Fraga, Pedro Luis & Reetz C., Ryan. *Public Purpose in International Law Rethinking Regulatory Sovereignty in the Global Era*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015.
- McLachlan, Campbell, Shore, Laurence & Weiniger, Matthew. *International investment arbitration: Substantive principles*. Oxford: Oxford University Press, 2008.
- Monebhurrun, Nitish. “Novelty in International Investment Law: The Brazilian Agreement on Cooperation and Facilitation of Investments as a Different International Investment Agreement Model.” *Journal of International Dispute Settlement* 8, (2017): 79-100.
- Monebhurrun, Nitish. “Crônicas do Direito Internacional dos Investimentos”. *Revista de Direito Internacional* 12, no. 2 (2014): 64-77.
- Morosini, Fabio & Xavier, Ely. “Regulação do investimento estrangeiro direto no Brasil: da resistência aos tratados bilaterais de investimento à emergência de um novo modelo regulatório”. *Revista Brasileira de Direito Internacional* 2, no. 2 (2015): 420-447.
- Nikièma, Suzy H. *Best Practices Indirect Expropriation*. Winnipeg: International Institute for Sustainable Development, 2012.
- OECD, «“Indirect Expropriation” and the “Right to Regulate” in International Investment Law.» OECD *Working Papers on International Investment*, no. 2004/04. Consultado julio 15, 2020. <https://doi.org/10.1787/780155872321>
- Paulsson, Jan. “Indirect Expropriation: is the right to regulate at risk?” *Making the most of international investment agreements: a common agenda*. Symposium co-organized by ICSID, OECD and UNCTAD. París, 2005, consultado septiembre 1, 2020, <https://www.oecd.org/investment/internationalinvestmentagreements/36055332.pdf>
- Polanco Lazo, Rodrigo. “Two Worlds Apart: The changing Features of International Investment Agreements in Latin America.”

- En *International investment law in Latin America: problems and prospects. Derecho internacional de las inversiones en América Latina: problemas y perspectivas*, editado por Attila Tanzi et al., 68-97. Leiden: Brill Nijhoff, 2016.
- Salacuse, Jeswald. *The Law of Investment Treaties*. Oxford: Oxford University Press, 2010.
- Schreuer Christoph H. “Investment Protection: Original Purpose and Features.” En *The Future of Investment Treaty Arbitration in the EU: Intra-EU BITS, the Energy Charter Treaty, and the Multilateral Investment Court*, editado por Ana Stanič y Crina Baltag, 1-8. Kluwer Law International, 2020.
- Sornarajah, Muthucumaraswamy. *Resistance and change in the International Law of Foreign Investment*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015.
- Sornarajah, Muthucumaraswamy. *The International Law of Foreign Investment*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.
- UNCTAD. *Taking of Property*. Paris y New York: United Nations Publishing, 2000. Consultado julio 15, 2020. <https://unctad.org/en/Docs/psiteiid15.en.pdf>
- UNCTAD. *Series on Issues in International Investment Agreements II*. Nueva York y Ginebra, 2012.
- UNCTAD. *Investment Dispute Settlement Navigator*. Consultado septiembre 13, 2020. <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement>
- UNCTAD. *International Investment Agreements Navigator*. Consultado agosto 14, 2020. <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements>
- UNCTAD. “Investment Policy Responses to the Covid-19 Pandemic. *Investment Policy Monitor*, no. Especial 4 (2020). Consultado septiembre 25, 2020. https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcbinf2020d3_en.pdf
- UNCTAD. *World Investment Report: International production beyond the pandemic*. Nueva York y Ginebra: United Nations Publications, 2020.
- UNCTAD. “Special Update on Investor-State Dispute Settlement: Facts and Figures.” *IIA Issues Note*, no. 3 (noviembre, 2017). Consultado septiembre 1, 2020. http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcb2017d7_en.pdf

Vandeveld, Kenneth. "A brief history of international investment agreements." *U. C. Davis Journal of International Law & Policy* 12, no. 1 (2005): 158-194.

World Bank. *Legal framework for the treatment of foreign investment. Report to the Development Committee and Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment*. Washington D. C.: The World Bank Group, 1992. Consultado julio 28, 2020. <http://documents1.worldbank.org/curated/en/955221468766167766/pdf/multi-page.pdf>

a) Casos citados

Accession Mezzanine Capital L.P. & Danubius Kereskedőház Vagyonkezelő Zrt. c. Hungría. ICSID, Caso no. ARB/12/3, laudo arbitral de fecha 17 de abril de 2015. Consultado agosto 22, 2020. <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4353.pdf>

Antoine Abou Laboud & Leila Bounafeg-Aboud Laboud c. República Democrática del Congo. CIADI, Caso no. ARB/10/4, laudo arbitral de fecha 07 de febrero de 2014. Consultado septiembre 15, 2020. <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3076.pdf>

Bivater Gauff (Tanzania) Ltd. c. República Unida de Tanzania. CIADI, Caso no. ARB/05/22, laudo arbitral de fecha 24 de julio de 2008. Consultado agosto 31, 2020. <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0095.pdf>

Deutsche Bank AG c. República Democrática Socialista de Sri Lanka. CIADI, Caso no. ARB/09/2, laudo arbitral de fecha 31 de octubre de 2012. Consultado agosto 14, 2020. <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1272.pdf>

Electrabel S. A. c. República de Hungría. CIADI, Caso no. ARB/07/19, laudo arbitral de fecha 30 de noviembre de 2010, Consultado septiembre 15, 2020. <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1071clean.pdf>

Eli Lilly and Company c. Canadá. ICSID, Caso no. UNCT/14/2, laudo arbitral de fecha 16 de marzo de 2017. Consultado agosto 25, 2020. <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8546.pdf>

Gustav F W Hamster GmbH & Co KG c. República de Ghana. CIADI, Caso no. ARB/07/24, laudo arbitral de fecha 18 de junio de 2010. Consultado septiembre 15, 2020. <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0396.pdf>

- Les Laboratoires Servier, S. A. A., Biofarma, S. A. S., Arts et Techniques du Progres S. A. S. c. República de Polonia*, arbitraje administrado bajo las reglas de arbitraje de UNCITRAL, laudo arbitral de fecha 14 de febrero de 2012. Consultado septiembre 25, 2020. <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3005.pdf>
- M. Meerapfel Söhne AG c. República Centroafricana*. CIADI, Caso no. ARB/07/10, laudo arbitral de fecha 12 de mayo de 2011. Consultado septiembre 2, 2020. https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1193_0.pdf
- Mohamed Abdel Raouf Bahgat c. República Árabe de Egipto*. Corte Permanente de Arbitraje, Caso no. 2012-07, laudo arbitral de fecha 23 de diciembre de 2019. Consultado septiembre 18, 2020. <https://jsumundi.com/en/document/decision/en-mohamed-abdel-raouf-bahgat-v-arab-republic-of-egypt-saturday-1st-january-2011> y <https://www.fietlaw.com/wp-content/uploads/2020/05/Egypt-liable-over-jailing-of-businessman.pdf>
- Nations Energy Corporation, Electric Machinery Enterprises Inc. & Jamie Jurado c. República de Panamá*. CIADI, Caso no. ARB/06/19, laudo arbitral de fecha 24 de noviembre de 2010. Consultado septiembre 15, 2020. https://jsumundi.com/en/document/decision/en-nations-energy-inc-and-others-v-republic-of-panama-award-wednesday-24th-november-2010#decision_499
- Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S. A. & Abal Hermanos S. A. c. República Oriental de Uruguay*. CIADI, Caso no. ARB/10/7, laudo arbitral de fecha 08 de julio de 2016. Consultado septiembre 1, 2020. <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7417.pdf>
- Quiborax S. A., Non Metallic Minerals S. A. & Allan Fose Kaplan c. Estado Plurinacional de Bolivia*. CIADI, Caso no. ARB/06/2, laudo arbitral de fecha 16 de septiembre de 2015. Consultado septiembre 15, 2020. <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4389.pdf>
- RosInvestCo UK Ltd. c. Federación Rusa*. Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo, Caso no. 079/2005, laudo arbitral de fecha 12 de septiembre de 2010. Consultado septiembre 1, 2020. <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0720.pdf>
- Olin Holdings Ltd c. República Árabe de Libia*. Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, Caso no. 20355/

- MCP, laudo arbitral de fecha 25 de mayo de 2018. Consultado septiembre 15, 2020. https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9766_0.pdf
- S. D. Myers, Inc. c. Canadá*. Arbitraje administrado bajo las Reglas de Arbitraje de UNCITRAL, laudo arbitral de fecha 21 de noviembre de 2002. Consultado agosto 31, 2020. <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0752.pdf>
- Spyridon Roussalis c. Rumania*. CIADI, Caso no. ARB/06/1, laudo arbitral de fecha 07 de diciembre de 2011. Consultado agosto 13, 2020. <https://www.italaw.com/cases/927>
- Sr. Tza Yap Shum c. República de Perú*. CIADI, Caso no. ARB/07/6, laudo arbitral de fecha 07 de julio de 2011. Consultado septiembre 15, 2020. <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0881.pdf>
- Tippetts, Abbett, Mc. Carthy, Stratton c. TAMS – AFFA Consulting Engineers of Iran, the Government of the Islamic Republic of Iran, Civil Aviation Organization, Plan and Budget Organization, Iranian Air Force, Ministry of Defense, Bank Melli, Bank Sakhteman, Mercantile Bank of Iran and Holland*, Tribunal de Reclamaciones Estados Unidos – Irán, laudo no. 141-7-2, de fecha 22 de junio de 1984, 6 Iran – US CTR. Texto parcial. Consultado septiembre 1, 2020. <http://www.trans-lex.org/231000>
- U. P. (formerly Le Chèque Déjeuner) & C.D Holding Internationale c. República de Hungría*. CIADI, Caso no. ARB/13/35, laudo arbitral de fecha 09 de octubre de 2018. Consultado agosto 14, 2020. <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10075.pdf>
- Valeri Belokon c. República de Kirguistán*. Arbitraje administrado bajo las reglas de UNCITRAL 1976, laudo arbitral de fecha 24 de octubre de 2014. Consultado septiembre 15, 2020. https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ITA%20LAW%207008_0.pdf
- Valores Mundiales, S. L. & Consorcio Andino, S. L. c. República Bolivariana de Venezuela*. CIADI, Caso no. ARB/13/11, laudo arbitral de fecha 25 de julio de 2017. Consultado septiembre 15, 2020. <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9748.pdf>
- Venezuela Holdings, B. V. et al c. República Bolivariana de Venezuela*. CIADI, Caso no. ARB/07/27, laudo arbitral de fecha 9 de octubre de 2014. Consultado septiembre 15, 2020. <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4012.pdf>

- Wena Hotels Ltd. c. República Árabe de Egipto*. CIADI, Caso no. ARB/98/4, laudo arbitral de fecha 08 de diciembre de 2000. Consultado septiembre 1, 2020. <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0902.pdf>
- Yukos Universal Limited (Isle of Man) c. Federación Rusa*. Corte Permanente de Arbitraje, Caso no. AA227, laudo arbitral de fecha 18 de julio de 2014. Consultado agosto 14, 2020. <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3279.pdf>

b) Tratados Internacionales

- Acuerdo Bilateral sobre Promoción y Protección de Inversiones de Colombia y Emiratos Árabes Unidos*. Consultado septiembre 26, 2020. <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5727/download>
- Acuerdo entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de la República Francesa sobre el fomento y protección recíprocos de inversiones*. Consultado septiembre 26, 2020. <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/4771/download>
- Acuerdo de Cooperación y Facilitación de Inversiones entre la República Federativa de Brasil y la República de Colombia*. Consultado agosto 1, 2020. <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5765/download>
- Acuerdo de Cooperación y Facilitación de Inversiones entre la República de La India y la República Federativa de Brasil*. Consultado agosto 14, 2020. <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5913/download>
- Acuerdo entre el Reino de España y la República de Colombia para la promoción y protección recíproca de inversiones*. Consultado agosto 1, 2020. <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/801/download>
- Acuerdo de Libre Comercio entre Centroamérica y México*. Consultado agosto 1, 2020. <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/3082/download>
- Acuerdo Transpacífico TPP-11*, Capítulo 9. Consultado septiembre 25, 2020. https://www.subrei.gob.cl/docs/default-source/tratado-tpp11/9—inversion.pdf?sfvrsn=686bc783_0
- Protocolo de la Alianza del Pacífico, Capítulo 10. Consultado septiembre 25, 2020. <https://www.subrei.gob.cl/docs/default-source/>

acuerdos/alianza/capitulos/protocolo_adicional-al_acuerdo_marco_de_ap_completo.pdf?sfvrsn=da9db3e0_2

Convenio entre la República de Chile y la República de Panamá para la promoción y protección recíproca de inversiones. Consultado agosto 1, 2020. <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/696/download>

Protocolo de Cooperación y Facilitación de Inversiones de Mercosur. Consultado agosto 01, 2020. <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5549/download>

Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica y la República de Corea. <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/6004/download>

Tratado Bilateral para la Promoción y Protección de Inversiones entre la República Popular de China y la República de Colombia. Consultado agosto 1, 2020. <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/720/download>

