

# LA EXPROPIACIÓN INDIRECTA Y LA PROTECCIÓN DE LAS INVERSIONES EXTRANJERAS

José Daniel Amado V.\*  
Fundador de THEMIS, Segunda Época

Bruno Amiel R.C.\*\*  
Ex miembro del Consejo Directivo de THEMIS

*Si bien es claro que la seguridad jurídica y la estabilidad política son elementos fundamentales para el crecimiento de la inversión privada, la figura de la expropiación indirecta no ha sido regulada expresamente en nuestro ordenamiento. Así, esto conlleva la generación de riesgos adicionales al inversionista extranjero, quien podría ser privado de su inversión.*

*En el presente artículo, los autores abordan el tema indicado partiendo del Derecho Internacional para determinar el contenido de la expropiación indirecta y cómo éste, mediante los tratados bilaterales de inversión, constituye uno de los mecanismos protectores y garantizadores de la propiedad frente a esta forma velada de confiscación patrimonial.*

\* Abogado y Master en Derecho (Harvard).

\*\* Abogado y Master en Derecho (Harvard).

## NOTA DE LOS AUTORES

Hace ya dos décadas, un grupo de estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica se reunieron en torno a la convicción de participar activamente en su propia formación como abogados. Así nació una revista editada sólo por estudiantes a la que se decidió denominar THEMIS-Segunda Época, evocando un esfuerzo similar de veinte años atrás, que ha servido de inspiración y de advertencia de que sólo las verdaderas instituciones sobreviven en el tiempo. Y es esa convicción que cada uno de sus miembros asumió desde entonces, transmitida de generación en generación, la que ha permitido que THEMIS sea hoy en día la revista jurídica dirigida por estudiantes de mayor difusión en nuestro país. En esta oportunidad, quisiéramos recordarles a quienes dirigen la Revista que, por un lado, son los custodios de una tradición cuidadosamente tallada por muchas manos a través de los años y, por el otro, son los únicos responsables de imprimirle a la Revista ese sello generacional que con el paso del tiempo les permitirá verse reflejados en sus páginas. Celebremos hoy esa vocación que hemos compartido de aprender más allá de los salones de clase. Y larga vida a THEMIS-Revista de Derecho.

### I. INTRODUCCIÓN

En tiempos en que la seguridad jurídica se ha consolidado como un elemento fundamental para el crecimiento de la inversión privada, es interesante reflexionar sobre aquellas instituciones que, como es el caso de la expropiación indirecta, ponen a prueba la credibilidad de un régimen de protección a la propiedad.

A través del tiempo, la expropiación ha sido aceptada como un derecho del Estado que encuentra su fundamento en la satisfacción del *interés general*, para lo cual se vale del ordenamiento jurídico<sup>1</sup>. Sin embargo, se dice que "... desde sus orígenes la expropiación forzosa supone un poder de la Administración de abatir y hacer cesar la propiedad y las situaciones patrimoniales de los administrados; por otro lado su regulación se articula en muy buena medida como un sistema de garantías ofrecido a estos administrados que sufren sobre sus bienes la violenta inmisión administrativa"<sup>2</sup>.

En otras palabras, el Derecho Internacional y comparado admiten que cualquier persona o inversionista deba convivir con la posibilidad de que su propiedad sea tomada por el Estado en función del interés general, pero el propio Estado debe garantizarles un régimen de protección que se traduce en un derecho a no ser afectado en términos de su valor patrimonial, a través de una indemnización justa y equitativa.

Quizás el tema más controversial en el derecho a la expropiación se presenta cuando un acto del Estado no adquiere la forma de una expropiación material pero lesiona de tal manera los atributos de la propiedad que le resta todo o parte de su valor, sin un debido proceso que resulte en la solución indemnizatoria.

Surge entonces el concepto de expropiación indirecta, donde ha de conectarse a esa garantía general de la propiedad, de manera que "deslinde lo que es una regulación o limitación de esta, no indemnizable, de lo que, por ser un ataque al núcleo dominial garantizado, aún amparándose en la ley exige indemnización"<sup>3</sup>. Es sobre el tratamiento que se le ha dado a este tema, fundamentalmente en la protección de los derechos del inversionista, que trata este artículo.

### II. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE EXPROPIACIÓN INDIRECTA

La expropiación se define como "... un instituto de derecho público mediante el cual la administración, para el cumplimiento de sus fines públicos, logra coactivamente la adquisición de bienes muebles e inmuebles, siguiendo un procedimiento determinado y pagando una justa y previa compensación"<sup>4</sup>.

De esta manera, la expropiación supone el acabamiento, la terminación del derecho de propiedad privada, adquiriendo el Estado en forma obligatoria o forzosa, bienes que son imprescindibles para la realización de sus fines.

Ésta, sin embargo, es sólo una aproximación al concepto, pues la noción misma de interés general no tiene un contenido universal. Por ejemplo, el artículo 2 de la Ley General de Expropiaciones Peruana, aprobada por Ley 27117, define a la expropiación en los siguientes términos:

<sup>1</sup> "Se entiende por interés general el bien público, la conveniencia de la mayoría frente al egoísmo de cada cual; es el interés que prevalece en caso de conflicto entre el individuo y la sociedad, entre el particular y el Estado". CABANELLAS, Guillermo. "Diccionario de Derecho Usual". Tomo III. Buenos Aires: Bibliográfica Omeba. 1962. p. 412.

<sup>2</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás Ramón FERNÁNDEZ. "Curso de Derecho Administrativo". Tomo II. p. 194.

<sup>3</sup> Ibid. p. 197.

<sup>4</sup> SAYAGUÉS LASO, Enrique. "Tratado de Derecho Administrativo". Tercera edición. Tomo I. Montevideo: Talleres Gráficos Barreiro y Ramos S.A. 1974. p. 313.

**Artículo 2.-** La expropiación consiste en la transferencia forzosa del derecho de propiedad privada, autorizada únicamente por ley expresa del Congreso en favor del Estado, a iniciativa del Poder Ejecutivo, Regiones o Gobiernos Locales y previo pago en efectivo de la indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio.

Como se desprende de dicha norma, para que de conformidad con la legislación peruana nos encontremos frente a un supuesto de expropiación, es necesario (i) que exista una transferencia forzosa; (ii) de un derecho de propiedad privada; (iii) a favor del Estado. Para que la misma proceda, ésta deberá ser (i) autorizada por ley expresa del Congreso, la misma que deberá indicar la razón de necesidad pública o seguridad nacional que justifica la expropiación; y (ii) deberá pagarse una indemnización justipreciada al titular del derecho expropiado.

Tanto la definición doctrinaria como la norma antes citada no prevén expresamente aquellos actos estatales que, si bien no constituyen una expropiación propiamente dicha, tienen efectos similares o análogos. En efecto, no todos los actos mediante los cuales el Estado puede afectar la propiedad privada constituyen supuestos expropiatorios enmarcados dentro de la definición tradicional de dicho concepto. Así, existen casos en los cuales el Estado, sin adquirir forzosamente propiedad privada, afecta la misma de tal manera que ésta pierde una gran parte o todo su valor, afectándose el llamado núcleo dominial garantizado de la propiedad privada. A pesar de no tratarse de un supuesto expropiatorio propiamente dicho –toda vez que el Estado, en estricto, no adquiere forzosamente la propiedad privada de persona alguna– resulta evidente que los actos del Estado con efectos análogos a una expropiación deben ser regulados y, en su caso, los efectos de los mismos en la propiedad privada deben ser indemnizados. Es a raíz de supuestos como éstos que surge el concepto de expropiación indirecta, como una institución mediante la cual se regulan e indemnizan los actos del Estado que lesionan los intereses de los privados de manera análoga a una expropiación.

En efecto, la importancia del reconocimiento y protección del derecho a la propiedad privada es esencial en Estados con economías de libre mercado y, en general, sistemas que se sostengan en todo o en parte en el desarrollo de las iniciativas privadas y de la inversión privada, como el Estado peruano. Es así que nuestra Constitución reconoce el derecho a la propiedad privada y regula su inviolabilidad y los límites de la misma.

Dicho reconocimiento a la propiedad privada y su protección constituyen, a su vez, una de las garantías

fundamentales que todo inversionista extranjero requiere al momento de llevar su capital de su país de origen a otro. En efecto, el análisis económico y financiero que cualquier inversionista realiza antes de ingresar su capital a una jurisdicción ajena se sujeta en la respuesta a una serie de interrogantes que, más allá de atractivas tasas de retorno o aparentemente estables y sostenidos flujos futuros, constituyen la base misma de su decisión de invertir, interrogantes que en simples palabras pueden parafrasearse de la siguiente manera: ¿podré liquidar mi inversión? ¿Podré llevar mi dinero de regreso a mi país de origen o se encontrará éste “atado” al país donde invertí? ¿Voy a ser tratado en dicho país de manera desventajosa frente a otros inversionistas? ¿Puedo ser privado de mi inversión, o del valor de la misma, por parte de dicho Estado extranjero? Las respuestas a dichas preguntas serán fundamentales en la decisión de un inversionista extranjero al elegir invertir en un Estado en lugar de otro, más allá de los posibles mayores beneficios económicos y financieros que uno de estos ofrezca.

En respuesta a dichas interrogantes, y para promover el flujo de inversiones extranjeras, distintas jurisdicciones han respondido a las mismas otorgando a los inversionistas extranjeros garantías tales como la libre repatriación de capitales y divisas; no discriminación entre nacionales y extranjeros; y no expropiación. El Estado peruano no se ha quedado atrás, y a través de su régimen de promoción de la inversión privada, fundamentalmente compuesto por la Constitución Política, los Decreto Legislativos 662 y 757 y el Decreto Supremo 162-92-EF, otorga a los mismos una serie de protecciones, entre las que se encuentra la protección a la propiedad privada y la garantía contra la expropiación.

Sin embargo, de manera similar a lo que ocurre en la mayoría de legislaciones correspondientes a países receptores de inversión extranjera, la expropiación indirecta aún no ha sido tipificada expresamente en nuestro ordenamiento. Consecuentemente, al invertir en el Perú, los inversionistas extranjeros asumen el riesgo adicional que, no obstante la garantía de no expropiación, el valor de su inversión pueda ser afectado de forma tal por parte del Estado que, en la práctica, se encuentren frente a un supuesto análogo a la expropiación, sin contar estos con herramientas claras para defenderse de dichos actos. Los inversionistas extranjeros, en tal supuesto, dependerán de la interpretación que los jueces y tribunales del Poder Judicial o, de ser el caso, los tribunales arbitrales competentes, realicen de los derechos otorgados a estos a través del régimen de promoción de la inversión privada, para obtener la reparación que en tales supuestos les corresponde, reparación que no obstante

José Daniel Amado V.  
Bruno Amiel R. C.

puede escabullirse entre presiones políticas e interpretaciones restrictivas de las garantías otorgadas a los mismos.

### III. LA GARANTÍA CONTRA LA EXPROPIACIÓN INDIRECTA EN EL DERECHO INTERNACIONAL

No obstante lo anterior, el Derecho Internacional sí ha recogido e incluso regulado el concepto de la expropiación indirecta, por lo que el mismo constituye uno de los mecanismos que los inversionistas extranjeros en el Perú pueden utilizar para protegerse contra actos estatales que constituyan una expropiación indirecta.

En efecto, el Restatement (Third) of the Foreign Relations Law, que recoge la perspectiva estadounidense sobre el Derecho Internacional indica lo siguiente:

“A state is responsible under international law<sup>5</sup> for injury resulting from:

(1) a taking by the state of the property of a national of another state that (a) is not for a public purpose, or (b) is discriminatory, or (c) is not accompanied by provision for just compensation<sup>6</sup>.

(2) a repudiation or breach by the state of a contract with a national of another state (a) where the repudiation or breach is (i) discriminatory; or (ii) motivated by noncommercial considerations, and compensatory damages are not paid; or (b) where the foreign national is not given an adequate forum to determine his claim of repudiation or breach, or is not compensated for any repudiation or breach determined to have occurred”<sup>7</sup>.

Así, el Restatement (Third) of the Foreign Relations Law recoge la institución de la expropiación indirecta, al establecer que la garantía contra la expropiación no se

restringe únicamente a una efectiva adquisición forzosa por parte de un Estado de la propiedad privada, sino que también incluye aquellos actos del Estado que tengan el efecto de quitar a los privados su propiedad, ya sea mediante la imposición de tributos, regulaciones o cualquier otro acto de naturaleza confiscatoria o que restrinja, limite o interfiera irrazonablemente el goce por parte de los extranjeros de su propiedad.

De manera similar se dispuso en el Proyecto de la Convención sobre Reponsabilidad Internacional de los Estados por Daños a Extranjeros (Draft Convention on International Responsibility of States for Injuries to Aliens), en cuyo artículo 10(3)(a) se establece que el Derecho Internacional prohíbe “any such unreasonable interference with the use, enjoyment, or disposal of property as to justify an inference that the owner thereof will not be able to use, enjoy, or dispose of the property within a reasonable period of time after the inception of such interference”.

Ahora bien, para que los inversionistas extranjeros en el Perú puedan acceder válidamente a dicha protección desde la perspectiva del Derecho Internacional –el cual, como hemos adelantado y analizaremos con más detalle, reconoce y recoge la institución de la expropiación indirecta– los referidos inversionistas necesitan de instrumentos que les otorguen el derecho contra la expropiación desde la perspectiva del Derecho Internacional.

Para tales efectos, los inversionistas extranjeros pueden recurrir, entre otros, a los tratados bilaterales de inversión.

Los tratados bilaterales de inversión son instrumentos de Derecho Internacional mediante los cuales dos Estados se obligan a otorgar a las inversiones de los nacionales del otro Estado una serie de garantías, tales como aquellas relativas al otorgamiento de un trato justo y equitativo, protección y seguridades, y no

<sup>5</sup> El término “international law” se encuentra definido en la Sección § 101 del referido Restatement (Third) of the Foreign Relations Law de la siguiente manera:

“International law, as used in this Restatement, consists of rules and principles of general application dealing with the conduct of states and of international organizations and with their relations *inter se*, as well as with some of their relations with persons, whether natural or juridical”.

<sup>6</sup> Sobre el particular, el Comentario g del Restatement (Third) of the Foreign Relations Law § 712 (1986) indica:

“[This principle] applies not only to avowed expropriations in which the government formally takes title to property, but also to other actions of the government that have the effect of ‘taking’ the property, in whole or in large part, outright or in stages (‘creeping expropriation’). The state is responsible for foreign expropriation of property under [this principle] when it subjects alien property to taxation, regulation, or other action that is confiscatory, or that prevents, unreasonably interferes with, or unduly delays, effective enjoyment of an alien’s property or its removal from the state’s territory”. El subrayado es nuestro.

<sup>7</sup> El Comentario h del Restatement (Third) of the Foreign Relations Law § 712 (1986) dispone lo siguiente:

“Not every repudiation or breach by a state of a contract with a foreign national constitutes a violation of international law. Under Subsection (2), a state is responsible for such a repudiation or breach only if it is discriminatory (...) or if it is akin to an expropriation in that the contract is repudiated or breach for governmental rather than commercial reasons and the state is not prepared to pay damages. A state’s repudiation or failure to perform is not a violation of international law under this section if it is based on a bona fide dispute about the obligation or its performance, if it is due to the state’s inability to perform, or if nonperformance is motivated by commercial considerations and the state is prepared to pay damages or to submit to adjudication or arbitration and to abide by the judgment or award (...). A breach of contract by a state may sometimes constitute ‘creeping expropriation’ (...) for example, if the breach makes impossible the continued operation of the project that is the subject of the contract”.

expropiación de sus inversiones. La finalidad de dichos tratados es promover el flujo de capitales y las inversiones recíprocas entre ambos Estados, de forma tal que, como indica Dolzer, “Since most of the substantive provisions of the BIT concern the promotion and protection of foreign investment, it could be argued that any ambiguity should be interpreted in a way that would favor the rights granted to a foreign investor”<sup>8</sup>. Su importancia ha sido reconocida, incluso, por las Naciones Unidas, de forma tal que la United Nations Conference on Trade and Commerce reconoció en 1999 que “Bilateral Investment Treaties (BITs) constitute to date the most important instrument for the international protection of foreign investment. Since the adoption of the first BIT in 1959, the number of such treaties has grown steadily and, by the end of 1999, reached a total of 1,857”<sup>9</sup>.

El Estado peruano no se ha mantenido ajeno a dicho fenómeno, y a la fecha ha suscrito veintinueve tratados bilaterales de inversión, además del Convenio Financiero sobre Incentivos para la Inversiones suscrito con The Overseas Private Investment Corporation (OPIC), los mismos que otorgan tanto a los inversionistas peruanos que hubiesen invertido en el Estado contraparte, como a los inversionistas de dichos Estados invirtiendo en el Perú, una serie de garantías, entre las que generalmente se encuentra la garantía contra la expropiación antes referida. Dicha garantía, interpretada a la luz del Derecho Internacional, no se limita a una garantía contra la expropiación tal como ésta es tradicionalmente entendida, sino que constituye una garantía contra la expropiación indirecta, tal como la misma ha sido desarrollada por los tribunales internacionales y la doctrina del Derecho Internacional<sup>10</sup>. Consecuentemente, los inversionistas extranjeros en el Perú que sean nacionales de los países con los cuales el Estado peruano ha suscrito los referidos tratados bilaterales de inversión, gozan de esta garantía.

### 3.1 Alcances de la garantía contra la expropiación indirecta en el Derecho Internacional

Ahora bien, resulta evidente que la garantía contra la expropiación indirecta no es absoluta: no todo acto del Estado que afecte la propiedad privada o disminuya

su valor se encontrará comprendido dentro de la misma o constituirá una violación a ésta. Una lectura irrazonablemente extensiva de dicha garantía impediría al Estado realizar una serie de actos, adoptar una serie de medidas y ejercer el *ius imperium* inherente al mismo y al cual no renuncia como consecuencia de la suscripción de los tratados bilaterales de inversión o el otorgamiento de otras garantías. Ello, sin embargo, no contradice el hecho que la referida garantía contra la expropiación indirecta debe tener un alcance efectivo y tiene una finalidad clara: impedir que el Estado frustre mediante actos irrazonables, ilegítimos o inesperados, las razonables expectativas de retorno que han previsto los inversionistas sobre el valor de sus inversiones<sup>11</sup>.

En tal sentido, en principio se encontrarán dentro del ámbito de protección de dicha garantía, entre otros, supuestos tales como la dación por parte de un Estado de normas que tengan el efecto de expropiar o interferir de forma irracional con la inversión de algún inversionista extranjero, así como los actos efectuados o legislación promulgada por un Estado que tenga el efecto de repudiar parcial o totalmente un contrato entre dicho Estado y un inversionista extranjero.

### 3.2 Jurisprudencia internacional

Ahora bien, el alcance que los distintos tribunales internacionales han otorgado a la referida garantía contra la expropiación indirecta contenida en los tratados bilaterales de inversión constituye actualmente la principal fuente de Derecho para determinar su contenido.

No obstante la relativa claridad de las normas y principios antes citados, la jurisprudencia del Derecho Internacional en relación con demandas por expropiación indirecta se encuentra actualmente en estado de evolución, coexistiendo dos posiciones divergentes sobre el particular: una pro-estatal, la misma que da mayor énfasis en la intención de las leyes y regulaciones emitidas por el Estado receptor de la inversión y que generalmente otorga mayor flexibilidad a dichos Estados en relación con la legislación que éste promulgue, a pesar de ésta afecte la inversión extranjera (la llamada “doctrina

José Daniel Amado V.  
Bruno Amiel R. C.

<sup>8</sup> DOLZER, Rudolf y Margrete STEVENS. “Bilateral Investment Treaties”. Londres: M. Nijhoff Publishers. 1995. p. 17.

<sup>9</sup> “Bilateral Investment Treaties 1959-1999”. United Nations Conference on Trade and Commerce. En: <http://www.unctad.org/en/docs/poiteiad2.en.pdf>.

<sup>10</sup> Los países con los que el Estado peruano ha suscrito dichos tratados bilaterales de inversión son Alemania, Argentina, Australia, Bolivia, Colombia, Chile, Cuba, Dinamarca, Ecuador, España, El Salvador, Finlandia, Francia, Italia, Malasia, Noruega, Países Bajos, Paraguay, Portugal, Reino Unido, República Checa, República de Corea, República Popular China, Rumania, Suecia, Suiza, Singapur, Tailandia y Venezuela. Fuente: Agencia de Promoción de la Inversión-Proinversión. En: [http://www.proinversion.gob.pe/pqiinvertir/marcolegal/cont\\_1.htm](http://www.proinversion.gob.pe/pqiinvertir/marcolegal/cont_1.htm)

<sup>11</sup> Mas aun, debe recordarse que de conformidad con el artículo 31 de la Convención de Viena, la interpretación de tratados (tales como los tratados bilaterales de inversión) debe ser efectuada con “buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin”. En la medida que la finalidad de los tratados de inversión es la de promover inversiones recíprocas mediante el otorgamiento de un régimen de protección a los inversionistas nacionales de las partes contratantes, resulta evidente que las garantías establecidas en los mismos deben ser interpretadas de forma tal que éstas otorguen una garantía efectiva que no pueda ser circunscrita a través de formalidades o la actuación indirecta o encubierta del Estado.

del poder de policía del Estado"); y otra, pro-inversionista, que otorga mayor énfasis a los efectos que la legislación del país receptor tuvo sobre la inversión extranjera, y que analiza de forma más escéptica las supuestas razones detrás de la misma (la "doctrina de los efectos")<sup>12</sup>.

No obstante la cada vez más marcada preeminencia de la doctrina de los efectos en el Derecho Internacional –lo cual genera en los inversionistas extranjeros mayores posibilidades de éxito en el caso de la interposición de una demanda por expropiación indirecta– todavía pueden hallarse tribunales internacionales que se han apegado, expresa o tácitamente, a la doctrina del poder de policía del Estado, otorgando a los Estados un mayor margen para implementar políticas y realizar actos que pueden lesionar los intereses o disminuir el valor de las inversiones extranjeras realizadas en los mismos.

Sin perjuicio de la posición que se asuma en la resolución de una supuesta violación de la garantía contra la expropiación indirecta, Brunetti ha indicado que los factores que normalmente son tomados en cuenta por los mismos son los siguientes: (i) las legítimas expectativas del inversionista extranjero y la interferencia con los derechos de propiedad; (ii) la gravedad del impacto de la medida adoptada por el Estado en el inversionista; (iii) la duración de la medida; (iv) la relación entre la medida y el objetivo público que el Estado alegue pretender alcanzar; y (v) la real intención del Estado al implementar la medida supuestamente violatoria de la garantía contra la expropiación indirecta<sup>13</sup>.

En tal sentido, haremos un breve repaso sobre las mismas y cómo éstas han sido entendidas y aplicadas por los distintos tribunales internacionales, con la finalidad de otorgar contenido a la referida garantía contra la expropiación indirecta en el Derecho Internacional.

### 3.2.1 Las legítimas expectativas del inversionista extranjero y la interferencia con los derechos de propiedad

El primero de los factores analizados por los tribunales arbitrales a efectos de determinar si ha ocurrido una

expropiación indirecta se refiere a las legítimas expectativas del inversionista extranjero al realizar su inversión.

Vinculado a dicho factor es que encontramos lo que constituye la principal innovación o diferencia entre el concepto clásico de la expropiación y la expropiación indirecta: no es necesario que el inversionista pruebe haber perdido la titularidad de su inversión o que el Estado haya obtenido un beneficio como consecuencia de las pérdidas sufridas para que un acto estatal pueda constituir una expropiación indirecta. Así, el hecho que generalmente constituye el supuesto fáctico en la clásica definición de la expropiación no constituye parte de la expropiación indirecta: no es necesario que exista una transferencia forzosa de propiedad privada a favor del Estado. Es más, ni siquiera es necesario que el mismo se beneficie de forma alguna como consecuencia del acto que supuestamente constituye una expropiación indirecta.

En efecto, como indica Heiskanen:

"The beneficiary may be a third party or there may be no party that draws an economic benefit from the deprivation; the commercial value of the investment may evaporate without any tangible benefit either to the host State or to a third party as a result of measures attributable to the host State. The formal title to the property may or may not remain with the foreign investor, but as in the case of a *de facto* taking, the owner's control over the property or its value is lost or substantially diminished. To the extent that the loss of value is attributable to regulatory or other measures taken by, or attributable to, the host State, the term "indirect" expropriation is appropriately used to describe the loss sustained by a foreign investor"<sup>14</sup>.

De esta manera se pronunció el Tribunal Arbitral en el caso *Metalclad*<sup>15</sup>, indicando que las expropiaciones bajo el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN)<sup>16</sup> incluían no sólo expropiaciones directas, "pero también una interferencia disimulada o incidental del uso de la propiedad que tenga el efecto de privar, totalmente o en parte significativa, al propietario del uso o del beneficio económico que

<sup>12</sup> Ver BRUNETTI, Maurizio. "Recurring Themes: Indirect Expropriation in International Law". En: INT'L L. F. 5. 2003. p. 151.

<sup>13</sup> Ibid. pp. 153-154.

<sup>14</sup> HEISKANEN, Veijo. "The Contribution of the Iran-United States Claims Tribunal to the Development of the Doctrine of Indirect Expropriation". INT'L L. F. 5. p. 180. 2003.

<sup>15</sup> *Metalclad Corp. c. Estados Unidos Mexicanos*. Laudo CIADI (Mecanismo Complementario). Caso ARB (AF)/97/1. 30 de agosto de 2000, 103.

<sup>16</sup> El artículo pertinente del TLCAN establece lo siguiente:

Artículo 1110. - Expropiación e indemnización 1. Ninguna de las Partes podrá nacionalizar ni expropiar, directa o indirectamente, una inversión de un inversionista de otra Parte en su territorio, ni adoptar ninguna medida equivalente a la expropiación o nacionalización de esa inversión (expropiación), salvo que sea: (a) por causa de utilidad pública; (b) sobre bases no discriminatorias; (c) con apego al principio de legalidad y al Artículo 1105(1); y (d) mediante indemnización conforme a los párrafos 2 a 6.

razonablemente esperarí­a de la propiedad, aunque no necesariamente en beneficio obvio del Estado receptor”<sup>17</sup>.

Un inversionista extranjero, entonces, puede alegar que las acciones del Estado receptor de su inversión constituyen una expropiación indirecta en la medida que éstas lo hayan privado del beneficio económico que razonablemente esperarí­a, al “expropiar” su derecho a una expectativa razonable, económicamente viable e internacionalmente aceptada. Las legítimas expectativas de dicho inversionista, entendiendo por éstas aquéllas que un inversionista razonablemente hubiese esperado obtener dentro del marco legal y económico en que dicha inversión fue desarrollada y eventualmente realizada, se encuentran entonces protegidas por el Derecho Internacional, y los actos del Estado que afecten la misma pueden constituir una violación de la obligación internacional de dicho Estado contra la expropiación indirecta.

Es más, algunos tribunales internacionales han llegado incluso a sostener que los derechos contractuales también pueden ser materia de expropiación indirecta. En tal sentido se pronunció el tribunal arbitral en el caso *Middle East Cement*<sup>18</sup>. En dicho caso, mediante una serie de decretos, el Gobierno de Egipto había otorgado a la demandante una licencia para la importación y almacenamiento de cemento en un depósito en Suez. Antes que dicha licencia caducara, el Gobierno de Egipto emitió un decreto prohibiendo la importación de cemento. Sobre la base de estos hechos, el Tribunal sostuvo que “Claimant was deprived, by the Decree, of rights it had been granted under the License, there is no dispute between the Parties that, in principle, a taking did take place”<sup>19</sup>.

De manera similar, en *Revere Copper & Brass, Inc. c. Overseas Private Investment Corp.*, el panel arbitral correspondiente sostuvo que la terminación de derechos contractualmente establecidos por parte del Estado receptor de la inversión constituye un acto análogo a una expropiación. En dicho caso, el demandante había suscrito un acuerdo con Jamaica por 25 años, en virtud al cual Revere establecerí­a y operarí­a una planta de aluminio a cambio de una serie de beneficios tributarios, incluyendo una cláusula que establecí­a que no se le afectarí­a con nuevos tributos. Cinco años desde la fecha de suscripción del contrato, Revere inició la operación de dicha planta, y el gobierno

recientemente electo de Jamaica anunció sus planes para cambiar sus relaciones con Revere. El Gobierno aumentó las obligaciones tributarias y los *royalties* a cargo de Revere, y estableció niveles mínimos de producción sobre los cuales se calculaban los impuestos. Revere cerró la fábrica y presentó una demanda ante Overseas Private Investment Corporation (OPIC), una agencia del gobierno de los Estados Unidos de América, para el pago de una indemnización. El contrato de seguros suscrito con OPIC en virtud del cual demandó Revere proveí­a protección en el caso de “acciones expropiatorias”, y el panel correspondiente concluyó que, más allá del hecho que formalmente Revere mantuviera sus derechos y propiedad, los actos del gobierno de Jamaica antes referidos se encontraban comprendidos dentro de los supuestos protegidos mediante el referido contrato de seguros.

Así, los inversionistas pueden alegar que a pesar que puedan seguir operando, ciertos actos que afecten sus legítimas expectativas son análogos a la expropiación, sin que sea necesario que directamente se expropié la titularidad de su inversión. Es posible que simplemente, mediante actos regulatorios, se limite la posibilidad de obtener una rentabilidad razonablemente esperada.

Ahora bien, también existen laudos arbitrales que rechazan esta postura, especialmente aquellos emitidos bajo la doctrina de los poderes públicos del Estado. Sin embargo, como hemos indicado anteriormente, cada vez más los tribunales internacionales van sumándose a la doctrina de los efectos, asumiendo entonces una posición acorde con los laudos previamente citados.

### 3.2.2 Gravedad del impacto de la medida adoptada por el Estado en el inversionista

Un segundo aspecto que suele ser tomado en consideración por los tribunales arbitrales al momento de determinar si un acto estatal constituye una violación a la garantía contra la expropiación indirecta se refiere a la gravedad del impacto de la medida adoptada por el Estado en el inversionista.

Un ejemplo de ello lo encontramos en el laudo arbitral emitido en el caso *TECMED*, en el cual el tribunal arbitral se refirió al hecho que el Estado mexicano decidiera no otorgar al demandante un cierto permiso, prohibiendo que el mismo continuara con el desarrollo

José Daniel Amado V.  
Bruno Amiel R. C.

<sup>17</sup> Similar posición fue asumida en el laudo emitido en *Técnicas Medioambientales TECMED S.A. c. Estados Unidos Mexicanos*, caso CIADI ARB(AF)/00/2, Laudo, 29 de mayo 2003, 116, el mismo que dispone que “Bajo el derecho internacional, existe privación de la propiedad también cuando existe despojo de su uso o del goce de sus beneficios, o interferencia en tal uso o goce de efectos o magnitud equivalentes, aún cuando no se afecte la titularidad legal o jurídica de los bienes en cuestión, y siempre que el despojo no sea efímero”.

<sup>18</sup> *Middle East Cement Shipping and Handling Co. c. Arab Republic of Egypt*, caso CIADI ARB/99/6, Award 107.

<sup>19</sup> *Ibidem*.

de su inversión. Al respecto, el Tribunal Arbitral concluyó lo siguiente:

“Para establecer si la Resolución constituye medida equivalente a una expropiación (...) es necesario determinar (...) si a raíz de actuación atribuible a la Demandada, los bienes en cuestión han perdido valor o utilidad para quién se beneficia de los mismos, y en qué medida. Esta determinación es importante, pues es una de las bases para distinguir, desde la perspectiva de un tribunal internacional, entre una medida regulatoria, expresión normal de la autoridad estatal en ejercicio del poder de policía, que trae consigo una disminución de los bienes o derechos del particular, y una expropiación *de facto*, que priva de toda sustancia real a tales bienes o derechos. Al determinar el grado en que el inversor es privado de sus bienes o derechos, se determina también si esa privación es indemnizable o no; y al concluirse sobre este último punto, se concluye igualmente si la medida en cuestión constituyó o no una expropiación *de facto*”<sup>20</sup>.

Ahora bien, como se desprende de los hechos antes referidos, en el caso TECMED dicha empresa se vio impedida de continuar con sus actividades, por lo que la gravedad de la medida que sustentaba la demanda era absoluta. En tales supuestos, los tribunales arbitrales se han visto más propensos a concluir que se encontraban frente a una medida análoga a la expropiación.

Ello no obstante, dado el desarrollo de la doctrina del Derecho Internacional y la cada vez más clara tendencia pro-inversionista por parte de los tribunales arbitrales en situaciones que representan interferencias en el ejercicio de los derechos ofrecidos al inversionista, cabe afirmar que el hecho que el inversionista pueda y siga operando y que no se vea forzado a retirar su inversión del país receptor, no implica que no haya sucedido una expropiación indirecta, que dé lugar a una indemnización a favor del inversionista afectado. Ello, más aun, en tanto los tribunales arbitrales han reconocido que es posible que éstas se sustenten en la pérdida de expectativas razonables de ganancias.

### 3.2.3 Duración de la medida

Un tercer aspecto a ser tomado en consideración es el de la duración de la medida estatal que aparentemente constituiría una violación a la garantía de no expropiación indirecta.

Sobre este punto, la mayoría de los tribunales han venido sosteniendo que debe tratarse de una medida

permanente para que la misma pueda constituir un acto expropiatorio indirecto. En efecto, el mismo tribunal del caso TECMED antes citado indicó “... se entiende que medidas adoptadas por un Estado, de naturaleza regulatoria o no, revisten las características de una expropiación indirecta en su modalidad *de facto* si es irreversible y de carácter permanente...”.

Ello, claro está, no implica que los inversionistas extranjeros no puedan encontrar otro sustento para proteger su inversión en el caso que ésta se vea afectada mediante medidas temporales, sino que dichos actos no constituirían, en principio, una expropiación indirecta de su inversión.

### 3.2.4 Relación entre la medida y el objetivo público que el Estado alegue pretender alcanzar

Un cuarto factor tomado en consideración por algunos tribunales a efectos de determinar si una medida es análoga a la expropiación se refiere a la relación entre la misma y el objetivo público que el Estado alegue pretender alcanzar mediante la misma. Este factor suele ser analizado por aquellos tribunales que se acogen a la teoría de los poderes públicos del Estado.

En efecto, no obstante la natural deferencia que debe otorgarse al Estado en relación con las medidas que adopte para alcanzar ciertos objetivos públicos, o las razones de interés o utilidad pública en que dichas acciones se sustenten, la relación entre las medidas adoptadas y el objetivo público que se pretende lograr debe ser analizada de forma objetiva.

Así, ésta deberá ser juzgada sobre la base de la razonabilidad de la relación entre la misma y el fin perseguido por ésta, tomando en consideración la privación económica causada a los inversionistas afectados y sus expectativas legítimas. Dicho acto o medida, entienden los tribunales que toman en consideración este factor para determinar si una medida estatal constituye una expropiación indirecta, no debe imponer una carga o peso excesivo en el inversionista extranjero en relación con la finalidad perseguida por el acto reputado como expropiatorio.

### 3.2.5 La intención del Estado al implementar la medida supuestamente violatoria de la garantía contra la expropiación indirecta

El último factor tomado en cuenta sobre este particular, el mismo que también suele ser de especial preocupación para los tribunales arbitrales que adoptan una posición

pro-estatal, se refiere a la real intención del Estado al implementar la medida supuestamente violatoria de la garantía contra la expropiación indirecta. En estos casos se analiza si el Estado efectivamente pretendía mediante dicha medida lograr algún fin público, o si éste fue meramente una excusa para afectar el valor de las inversiones afectadas. Obviamente, la sola presencia de un fin público no representa justificación suficiente para establecer la inexistencia de una expropiación indirecta, sino que es necesario evaluar la real intención del Estado en conjunto con los demás factores.

#### IV. NOTA SOBRE LA GARANTÍA CONTRA LA EXPROPIACIÓN INDIRECTA EN EL DERECHO PERUANO

Sin perjuicio de lo anterior, es pertinente analizar el estado de la garantía contra la expropiación indirecta en el Derecho peruano, más aun cuando no todos los inversionistas extranjeros pueden protegerse a través de los tratados bilaterales de inversión y su aplicación en el marco del Derecho Internacional, dado que sólo alcanzan a aquellas inversiones de personas que son nacionales de países que hubiesen suscrito tales tratados con el Perú, tal como el término “nacional” se encuentre definido en los mismos.

Como hemos indicado anteriormente, la expropiación indirecta, tal como es entendida por el Derecho Internacional, no ha sido recogida de manera expresa en la legislación peruana en materia expropiatoria.

Ello no obstante, la normativa relativa a la promoción de la inversión privada principalmente constituida por la Constitución Política, los Decretos Legislativos 662 y 757 y el Decreto Supremo 162-92-EF, otorga a los inversionistas una serie de protecciones, entre las que se encuentra la protección a la propiedad privada y la garantía contra la expropiación.

Si bien dichas normas no se refieren explícitamente a supuestos de expropiación indirecta, consideramos que en la medida que reconocen el derecho a la propiedad privada y su inviolabilidad, y regulan sus limitaciones y los supuestos en que la misma puede ser expropiada, se puede sostener que éstas contemplan la garantía contra la expropiación indirecta.

Más aun, dado que la expropiación indirecta ha alcanzado un nivel de desarrollo normativo y doctrinario muy importante en el Derecho Internacional y comparado, dicha institución puede y debe ser recogida por los tribunales nacionales como un desarrollo natural de la garantía de protección a la propiedad privada. Esta

posición se ve reforzada por ciertos tratados internacionales de los que el Perú es parte y que protegen no sólo la titularidad del derecho de propiedad sino también el ejercicio pleno de todos sus atributos. Por ejemplo, la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos contiene la siguiente disposición:

Artículo 21.

1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social.
2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública ó de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley<sup>21</sup>. Énfasis añadido.

Como puede advertirse, el texto de la Convención es muy amplio en el nivel de protección que ofrece al derecho de propiedad y alude no sólo a la titularidad de los bienes sino también a su uso y disfrute. Esta redacción protege directamente una forma común de expropiación indirecta que no reviste la forma de una privación sino que atenta contra el ejercicio pleno de los atributos de la propiedad, por ejemplo a través de la afectación total o parcial del derecho de usar un bien o de percibir sus frutos. En el caso de una inversión privada en un negocio en marcha, tal afectación del uso y disfrute alude necesariamente a la administración de los bienes y el derecho a percibir sus réditos y dividendos.

Ello no obstante, dicha protección sobre la base de la legislación nacional no puede considerarse absoluta y su extensión depende de la interpretación que sobre la legislación nacional deban hacer quienes sean competentes en cada caso. Evidentemente, la garantía que en este sentido reciben los inversionistas extranjeros en el Perú todavía requiere de un mayor desarrollo jurisprudencial, sea a nivel judicial o en el fuero arbitral. Obviamente, en consideración al estado del derecho internacional y comparado, sumado a las normas ya citadas sobre la protección del derecho de propiedad y de la inversión privada, es de suponer que los tribunales peruanos acogerán favorablemente esta institución como un desarrollo natural de su obligación de garantizar el pleno ejercicio de estos derechos, particularmente en el caso de las inversiones efectuadas dentro del régimen de promoción vigente en el país.

#### V. CONCLUSIÓN

A partir de la aceptación universal del derecho de expropiación forzosa, se ha identificado la necesidad de proteger aquellos actos del Estado que representan

José Daniel Amado V.  
Bruno Amiel R. C.

<sup>21</sup> Convención Americana de Derechos Humanos. 22 de noviembre de 1969. En: <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-32.html>.

una afectación inaceptable del valor de la propiedad privada. Surge entonces la institución de la expropiación indirecta como una garantía contra aquellas intromisiones sobre el derecho fundamental a la propiedad que si bien no adquieren la forma de una expropiación en sentido material tienen efectos o consecuencias equivalentes.

Esta garantía ha alcanzado un mayor desarrollo doctrinario y jurisprudencial en el contexto de las inversiones extranjeras. Como es evidente, el inversionista internacional asume como una realidad extrema la posibilidad de ser expropiado bajo un régimen no discriminatorio, en casos previstos en la ley y previo pago de una indemnización. No es este el caso de una expropiación indirecta, donde se atenta contra el valor de la inversión o contra su pleno uso y disfrute, que pueden tener efectos equivalentes a los de una violación al derecho de propiedad sin seguir los requisitos de fondo y de forma que serían aplicables a una expropiación en sentido material.

La doctrina y jurisprudencia internacionales han generado marcos conceptuales cada vez más detallados en cuanto a la aplicación de la garantía contra la expropiación indirecta. Si bien todavía no puede

hablarse de un criterio unánime sobre los elementos de análisis de un caso de expropiación indirecta, lo cierto es que la casuística internacional es cada vez más específica en cuanto a la protección de los derechos del inversionista en cuanto a estas formas veladas de confiscación del valor patrimonial.

El Derecho peruano no es ajeno a este desarrollo conceptual. El marco constitucional y legal, particularmente aquel vinculado a la protección de las inversiones privadas, nacionales o extranjeras, presenta elementos suficientes para que los tribunales judiciales o arbitrales, según sea el caso, asimilen este concepto dentro del marco de las garantías a la protección a la propiedad y la no-confiscación.

Es de esperar que, en el corto plazo, se inicie un desarrollo casuístico y jurisprudencial de la garantía contra la no-expropiación indirecta en nuestro medio. Se trata de un elemento esencial para un marco normativo orientado a promover la inversión privada y atraer capitales extranjeros que permitan superar el déficit de inversión e infraestructura. Es indispensable reducir el riesgo político, si lo que se quiere es alcanzar las metas de crecimiento que nos permitan convertirnos en un destino competitivo para generar más inversiones.