

**APROXIMACIÓN A LA EXPROPIACIÓN INDIRECTA  
DE INVERSIONES EN LATINOAMÉRICA Y ESPAÑA: DOS  
CARAS DE UNA MISMA MONEDA**

***APPROXIMATION FOR INDIRECT EXPROPRIATION OF  
INVESTMENT IN LATIN AMERICA AND SPAIN: TWO SIDES OF  
THE SAME COIN***

*Rev. Boliv. de Derecho N° 30, julio 2020, ISSN: 2070-8157, pp. 640-675*



Tahimí SUÁREZ  
RODRÍGUEZ

**ARTÍCULO RECIBIDO:** 2 de abril de 2020  
**ARTÍCULO APROBADO:** 28 de mayo de 2020

**RESUMEN:** Los Acuerdos de Inversiones latinoamericanos han establecido desde sus inicios la expropiación indirecta. Sobre la base de otros escenarios, España, país con marcada presencia de sus empresas en la región, también lo ha dispuesto. Sin embargo, ello no ha evitado que unos y otros hayan sido demandados desde la perspectiva de los inversores por expropiación indirecta en Tribunales internacionales, debido a la insuficiente protección que proveen sus Tratados de inversión. Este trabajo analiza algunos de los casos en que empresas españolas han demandado por expropiación indirecta a Estados latinoamericanos y viceversa.

**PALABRAS CLAVE:** Expropiación indirecta; APPRI's; trasnacionales.

**ABSTRACT:** *The Latin-American Investments Agreements have established indirect expropriation since its inception. On the basis of other scenarios, Spain, which has distinct presence of its companies in the Latin-American region has also stipulated it. However, this has not prevented both of them from being sued from investor's perspective, due to indirect expropriation in International Courts, due to the insufficient protection provided by their Investments Treaties.*

**KEY WORDS:** *Indirect expropriation; BITS; transnational companies.*

**SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. EXPROPIACIÓN INDIRECTA EN LOS ACUERDOS DE INVERSIÓN DENTRO DEL DERECHO INTERNACIONAL DE INVERSIONES.- I. Evolución de la expropiación indirecta en los acuerdos de inversión.- A) Acuerdos bilaterales de inversión.- B) Acuerdos multilaterales de inversión.- III. DEMANDAS POR EXPROPIACIÓN INDIRECTA EN INVERSIONES.- I. Anverso y reverso de una misma moneda.- A) Demandas de España contra Latinoamérica por expropiación indirecta.- B) Expropiación indirecta: una embestida contra el estado español.- IV. CONCLUSIONES.**

## I. INTRODUCCIÓN.

El Derecho Internacional de Inversiones y los conocidos Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (APPRI's) ocupan lugar preponderante en la agenda del panorama jurídico internacional en los últimos años, con particular énfasis en el tema de las inversiones en varias regiones del planeta, no sólo a nivel bilateral sino multilateral, debido a la impronta que la globalización impuso en relación con ellos. En el 2017 se suscribieron catorce (14) nuevos APPRI's en el mundo, siendo en cuatro (4) de ellos signatarios países de América Latina. En el 2018 fueron suscritos nueve (9) Acuerdos de inversión<sup>1</sup> con presencia de Latinoamérica, seis (6) de ellos bilaterales y tres (3) multilaterales.

Los APPRI'S con una incidencia alta en la región latinoamericana desde su marcada aparición en los años 90 y hasta la actualidad<sup>2</sup>, han servido como instrumentos jurídicos de promoción y protección a los inversionistas en los territorios donde han invertido, tal y como están concebidos desde su propia naturaleza, a la vez que han sido utilizados frecuentemente por los inversores, en particular, por las transnacionales para defenderse contra los Estados en los territorios donde establecen sus inversiones, citando alguna de las cláusulas del Tratado que consideren han sido vulneradas, incluida la de expropiación, que ha ganado posición sobresaliente a través de la expropiación indirecta. Ello constituye un hecho en las transnacionales de origen español en América Latina, como se ha

1 Conferencia de Naciones Unidas para el comercio y el desarrollo (UNCTAD): Tabla Acuerdos Internacionales de Inversión más recientes, 2019

2 Conferencia de Naciones Unidas para el comercio y el desarrollo (UNCTAD): Tabla Acuerdos de Inversiones América Latina y el Caribe. América Latina desde la irrupción de estos Acuerdos y hasta la fecha cuenta con alrededor de 767 Acuerdos de inversión, cuenta con 448 APPRI's en vigor, siendo los países con mayor incidencia los siguientes: Argentina 51 en vigor, Cuba 40, Chile 38, México y Uruguay 30, Perú 28 y Venezuela 26.

• **Tahimí Suárez Rodríguez**

Licenciada en Derecho por la Universidad de la Habana. Doctoranda de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana, Cuba.

constatado, país con el cual la región en la década de los 90 suscribió alrededor de 14 Acuerdos de este tipo<sup>3</sup>.

Simultáneamente, durante esos años las empresas españolas comenzaron con su proceso de internacionalización y con ello su elevada presencia en América Latina<sup>4</sup>, así REPSOL, Unión Fenosa Gas, Gas natural, Aguas de Barcelona, Abertis, Telefónica, Iberdrola, Abengoa, el BBVA, entre otras transnacionales han enarbolado un número de demandas contra Estados latinoamericanos, entre las que se pueden citar: Victor Pey Casado/President Allende Foundation vs República de Chile, Técnicas Mediambientales Tecmed vs Estados Unidos Mexicanos, Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. y Autobuses Urbanos del Sur S.A. vs República Argentina, Iberdrola S.A. e Iberdrola Energía S.A.U. vs República de Bolivia, entre otras. La mayoría alegando expropiación indirecta.

Sin embargo, España también ha sido receptor de inversiones en la última década, con prioridad en el sector energético y con ello también ha entrado a ser amenazada como Estado por demandas de inversionistas, que han invocado vulneración de cláusulas de los APPRI'S, en particular, la tan mencionada expropiación indirecta, por lo que de demandante se ha convertido en demandada.

España tiene hasta el momento 72 APPRI'S en vigor, ocupa el 6to lugar entre los países en los que sus inversionistas han demandado a Estados: ha interpuesto 44 demandas<sup>5</sup>, de ellas 37 contra países latinoamericanos, en las cuales se esgrime expropiación indirecta en 18. A su vez se posiciona en el 3er puesto como país más demandado con una cifra de 43 demandas en su haber y de ellas un alto número por expropiación indirecta regulatoria. La Península ibérica muestra en sí misma, el anverso y reverso de una misma moneda.

## II. EXPROPIACIÓN INDIRECTA EN LOS ACUERDOS DE INVERSIÓN DENTRO DEL DERECHO INTERNACIONAL DE INVERSIONES.

### I. Evolución de la expropiación indirecta en los acuerdos de inversión.

La inclusión de la expropiación indirecta en los Tratados se inició con su referencia en el *Harvard Draft Convention on the International responsibility of States* en 1961, seguida por el *Draft Convention on Protection of Foreign Property* elaborado

3 Conferencia de Naciones Unidas para el comercio y el desarrollo (UNCTAD): Tabla de APPRI's España. En 1991 (2), 1992(1), 1993(1), 1994(4), 1995(2), 1996(1), 1997(2) y 1999(1).

4 España sigue siendo el segundo inversor en América Latina y el Caribe después de Estados Unidos, según la CEPAL, lo cual demuestra y constata la importancia que las empresas del país ibérico le conceden a la región, a la cual le unen y favorecen factores como una lengua común y una cultura que le es cercana.

5 PLAZA, B. y RAMIRO, P.: *Justicia privatizada: el Estado español y los mecanismos de resolución de controversias inversor-Estado*, Ecologistas en acción, Observatorio de Multinacionales en América Latina (OMAL) – Paz con Dignidad Madrid, 2016, p. 17.

y adoptado en el Consejo de la OCDE el 12 de octubre de 1967. Posteriormente se incorporó el concepto en tratados internacionales a partir del Programa de Tratados de Inversión Bilateral de EEUU en 1980 y en el art. 1605 del Acuerdo de Libre Comercio entre EEUU y Canadá de 1988. Más tarde, en el año 1993 se estableció también en el conocido art. 1110 del Tratado de Libre Comercio de Norteamérica (NAFTA en sus siglas en inglés), el cual marcó la evolución de dicha figura en este tipo de Tratados y su inserción dentro de las cláusulas de los Acuerdos de Inversión mundialmente. Cada uno de los textos convencionales mencionados introduce aportes al concepto de la expropiación indirecta hasta su configuración actual en la generalidad de los APPRI's.

En la *Harvard Draft Convention on the International responsibility of States* en 1961 en el art. 10.3 (a) y (b) se definen los elementos y el alcance en la toma de la propiedad por el Estado como son: la interferencia estatal que no sólo se extiende al uso sino al disfrute y disposición del bien, privando a su propietario de estos atributos. Además destaca (Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Internacional, 1969) que dicha interferencia del Estado ha de ser irracional y por un tiempo determinado<sup>6</sup>.

Por su parte, el *Draft Convention on Protection of Foreign Property* del Consejo de la OCDE de 1967 en su art. 3b) incorpora la idea no sólo de la toma de propiedad, como un despojo directo del Estado de un bien perteneciente a un inversionista, sino también la adopción de cualquier medida estatal que prive a un propietario (inversionista) de su bien de modo indirecto, con lo cual se inició la distinción entre la manera en que el Estado puede dirigir sus medidas contra el inversionista: directa o indirectamente. En el Proyecto de Convención también se introduce que las medidas han de ser adoptadas por interés público, bajo un debido proceso legal, no ser discriminatorias e ir acompañadas de una compensación bajo la Fórmula Hull, lo que implica que la indemnización ha de ser pronta, adecuada y efectiva<sup>7</sup>.

#### **A) Acuerdos bilaterales de inversión.**

Aun cuando desde el Acuerdo entre Alemania y Paquistán se trató el tema de la expropiación desde la cláusula de protección y seguridad plenas no es hasta el Programa de Tratados de Inversión Bilateral de EEUU en 1980, que este país estableció en la cláusula de expropiación de sus Acuerdos, el reconocimiento del efecto equivalente a una expropiación directa que puede tener una medida

6 Ago, R.: "Document A/CN.4/217 AND ADD.1, First Report of Responsibility of State", en AA.VV.: *Extracto del libro anual de la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas Volumen II*, Naciones Unidas, New York, 1969, p. 144.

7 Organización para la cooperación y el desarrollo económico (OCDE): *Draft Convention on Protection of Foreign Property, text with notes and comments*, OCDE, Paris, 1967, p. 17.

adoptada por el Estado, aunque no se produzca la transferencia del título de propiedad, pues de facto, ha ocurrido lo mismo<sup>8</sup>.

En el caso del art. 1605 del Acuerdo de Libre Comercio entre EEUU y Canadá (FTACUS) de 1988<sup>9</sup> incorpora un elemento adicional al reconocer a la expropiación indirecta progresiva (*creeping expropriation*), que es aquella que se configura cuando una medida por sí sola no se considera expropiatoria, pero combinada con otras se conforma como una expropiación. Por su parte, el art. 1110 del Tratado de Libre Comercio de Norteamérica (NAFTA) de 1994<sup>10</sup> mantiene similar formulación para la cláusula de expropiación que en el FTACUS, con la sola diferencia que elimina la referencia a la *creeping expropriation*. Así se ha mantenido la elaboración habitual de la cláusula de expropiación en la mayoría de los APPRI's después de los años 90 y hasta la actualidad.

Entre los autores que se refieren al concepto de expropiación indirecta, Amado V. y R.C la definen como aquella "que 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 (...), asimismo adicionan que es 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"<sup>11</sup>.

Otros como MELGEN en su Informe sobre Expropiación indirecta y el derecho a la regulación en la ley internacional de la inversión hace una sinonimia entre la expropiación indirecta y la expropiación regulatoria y manifiesta que esta se produce "(...) en los casos en que el Estado priva a una persona del aprovechamiento de su propiedad mediante la aplicación de regulaciones que no producen un cambio en la titularidad del dominio. Normalmente estas regulaciones restrictivas del dominio tienen su fundamento en la protección de la salud, medio ambiente e interés general, etc"<sup>12</sup>.

Como se observa en el criterio de MELGEN sobre la expropiación indirecta regulatoria se refuerza la idea de la intervención del Estado basada en la doctrina de los llamados poderes de policía que este detenta, y que se basan en la

---

8 Art. IV del Tratado entre Los Estados Unidos de América y la República de Panamá sobre el tratamiento y protección de inversiones suscrito el 27/10/1982 y que entró en vigor el 30/05/1991, p. 14.

9 Acuerdo de Libre Comercio entre EEUU y Canadá (FTACUS) suscrito el 04/10/1988 y que entró en vigor el 01/01/1989, p. 179.

10 Tratado de Libre Comercio de Norteamérica (NAFTA) suscrito el 17/12/1992 y que entró en vigor el 01/01/1994, p. 270.

11 AMADO V, J.D. y R.C, BA.: "La Expropiación Indirecta y la protección de las inversiones extranjeras", *Revista de Derecho THEMIS*, núm. 50, 2005, pp. 60-61.

12 MELGEN, D. E.: "Informe sobre Expropiación indirecta y el derecho a la regulación en la ley internacional de la inversión", República Dominicana, 2003, p.3

responsabilidad que el mismo tiene de velar por el interés público y en función de ello adoptar determinadas medidas aun cuando afecten al inversionista. Bajo la custodia del interés público es que el Estado ha de vigilar por la protección de la salud, el medio ambiente o cualquier otro bien de interés público general, lo cual no permitirá se configure la expropiación indirecta siempre que dicha medida sea de alcance general, no si fuera dirigida singularizando a un inversionista, que entonces podría alegar un tratamiento discriminatorio, en tanto, la actuación específica de la medida del Estado sea hacia él y su inversión.

Por su parte, VELÁZQUEZ señala que: “Una zonificación impide construir en determinado lugar. Otra medida prohíbe realizar actividades comerciales. Y otra impide modificar un inmueble en estado ruinoso. Con esas medidas el Estado procura, respectivamente, la protección de intereses públicos como el medio ambiente, la ordenación territorial y la protección de un bien histórico. Sin olvidar esos nobles propósitos, piénsese también en la situación que deberá soportar el titular del predio ubicado en el área de zonificación restringida, el titular de la licencia que le permitía realizar las actividades comerciales ahora vedadas o el titular del inmueble ruinoso que no lo puede modificar para hacerlo habitable. Ninguno de ellos ha perdido los derechos de propiedad derivados de sus títulos. Pero, como consecuencia de las medidas estatales, su titularidad ahora es superflua, su derecho de propiedad es inútil al no poder explotar, usar o beneficiarse de sus bienes. Esa privación indirecta o soterrada de los atributos esenciales de la propiedad o del valor del bien, es lo que se conoce como expropiación indirecta”<sup>13</sup>.

Siguiendo criterio similar de MELGEN, RAFFO VELÁZQUEZ ratifica la responsabilidad del Estado de velar por los intereses públicos generales y a partir de ello, justifica las medidas regulatorias que dicta, “no obstante, si bien la protección de esos intereses puede producirse de manera imprevista ante un hecho que no existía en el momento de aprobarse la inversión del inversionista en el país, en ocasiones, el daño a la salud como al medio ambiente era preexistente, por lo que el Estado en ningún caso debió aprobar dicha inversión, con lo cual mitigaría en alguna dimensión la posibilidad de que el inversionista aludiera a expropiación indirecta regulatoria. (...) Por lo que ciertamente, en algunos casos, el Estado pudiera tener la suficiente previsión antes de aprobar una inversión, lo cual se extiende al actuar diligente y con conocimiento que para ello requiere posean sus funcionarios”<sup>14</sup>.

La Organización para la Cooperación y el Desarrollo económico, en sus denominados papeles de trabajo sobre inversión internacional de su Junta Directiva de Relaciones Financieras y de empresa, definió como “expropiación

13 VELÁZQUEZ MELÉNDEZ, R.: “Expropiación indirecta. Justificación, regímenes, casos, criterios y uso”, *Revista ius et veritas*, núm. 46, 2013, p. 229.

14 VELÁZQUEZ MELÉNDEZ, R.: “Expropiación indirecta. Justificación, regímenes, casos, criterios y uso”, cit., p. 229.

indirecta aquella expropiación o privación de la propiedad que ocurre a través de la interferencia por el Estado en el uso de la propiedad o en el disfrute de los beneficios de esta por su titular, aun cuando la propiedad no sea tomada como tal y no se afecte la propia titularidad de la propiedad, pero las medidas adoptadas por el Estado tengan un efecto similar a la expropiación o la nacionalización"<sup>15</sup>. El CIADI como cita MARISOL PÁEZ, a través de sus diversos laudos, no ha sostenido una única posición para reconocer la presencia de una expropiación indirecta, por un lado ha manifestado que no se estaría ante esta figura cuando las interferencias del Estado sean meramente transitorias en el derecho de propiedad del inversionista extranjero, sin embargo, después en sus propios laudos ha defendido dos tendencias a la vez: una que existirá expropiación indirecta cuando "(...) la interferencia disimulada e incidental en el uso de la propiedad tenga como consecuencia la privación al propietario del uso o del beneficio económico que razonablemente esperaría de la propiedad y la otra solo cuando el efecto de las medidas tomadas por el Estado privan al propietario del título, posesión o acceso a los beneficios y uso económico de la propiedad"<sup>16</sup>.

En consecuencia, la expropiación indirecta entonces se produce cuando se ha privado de la inversión a su dueño (inversionista), no de modo formal, pero sí de facto, a través de interferencias o medidas adoptadas por el Estado como pueden ser: limitar las capacidades de decidir del inversionista, cancelarle determinadas licencias que requiere su inversión, retenerle de forma permanente la transferencia de sus utilidades al exterior; medidas tales, que si bien no constituyen una toma flagrante de la propiedad, si afectan, anulan, los beneficios derivados de los activos (inversión) que son propiedad de la parte correspondiente expropiada, al privarla del uso, disfrute y abuso de su bien de manera efectiva, limitación sobre dicho bien que se produce de modo indirecto, debido a los efectos que la interferencia o medida del Estado produce, en tanto, operan de forma similar a la expropiación directa (toma de la propiedad de hecho y de derecho).

¿Qué sentido tendría para un inversionista una inversión sobre la explotación de determinados yacimientos, si se le cancela la concesión para explotarlos? ¿Cómo podría operar una inversión en una fábrica para producir determinados productos si requiere suministros importados no existentes en el país receptor, y se le prohibiese la importación de los referidos suministros al inversionista? Sin duda alguna, cualquiera de estas inversiones se convertiría en inservible para el

15 Organización para la cooperación y el desarrollo económico (OCDE): *Working Papers on International Investment: "Indirect Expropriation" and the "Right to Regulate" in International Investment Law*, OECD, Paris, 2004, pp. 3-4.

16 PÁEZ, M.: "La expropiación indirecta frente al CIADI: consideraciones para la autorregulación de los actos administrativos de los Estados", *Revista de Estudios Internacionales*, Instituto de Estudios Internacionales, Chile, Universidad de Chile, vol. 39, núm. 153, abril-junio 2006, pp. 24 y 33.

inversor, pues no le será posible recibir por ella los beneficios previstos, no podrá de forma efectiva ejecutarla.

Este tipo de expropiación ha adoptado variantes en su concepción como son la denominada expropiación indirecta progresiva (*creeping expropriation*) y expropiación indirecta regulatoria. La primera referida, a una serie de medidas o interferencias del Estado que por sí solas y de modo independiente no constituirían expropiación, pero al aplicarse en su conjunto y de forma gradual conllevan a que se configure la referida expropiación indirecta. La regulatoria se define como aquella que se produce por interferencias del Estado sobre la base de su actividad regulatoria. Bajo esta figura en cualquiera de sus dos (2) modalidades los inversionistas han demandado a países en arbitrajes de inversión invocando la cláusula correspondiente de los acuerdos bilaterales de inversión, más conocidos como Acuerdos de Promoción y Protección recíproca de inversiones (APPRI's).

Sobre la base de estas elaboraciones en el tratamiento de la expropiación indirecta se han establecido las cláusulas de expropiación en los APPRI's latinoamericanos y españoles, países sobre los que se enmarca el presente trabajo. Sin embargo, habría que destacar, que, si bien las demandas de España contra los países latinoamericanos se han centrado en invocar los APPRI's, para el caso de las reclamaciones contra el Estado español, el Acuerdo de inversión utilizado, ha sido la Carta de la Energía en el ámbito multilateral.

Al examinar la legislación de los países latinoamericanos demandados por empresas españolas se constata, la remisión obligada que han de hacer a los APPRI's, de forma particular para el tratamiento de la figura de la expropiación indirecta, debido a la ausencia en su normativa doméstica.

Argentina, regula la expropiación de modo general en el art. 17 de su Constitución sin hacer distinciones entre la directa y la indirecta. En cuanto a la legislación para la inversión extranjera, el Decreto 1853/93 no establece pronunciamiento al respecto, como tampoco el Código Civil Argentino y la Ley de Minería Argentina hacen referencia a la indirecta, sino que solo enuncian la directa.

Sin embargo, la Ley de expropiaciones, Ley 21.499 de fecha 17 de enero de 1977, dispone en el Título VIII la denominada "expropiación irregular", la cual sería homóloga a la expropiación indirecta, particularmente en el inciso c) art. 51 del referido Título, al establecer que procederá este tipo de expropiación: "cuando el Estado imponga al derecho del titular de un bien o cosa una indebida restricción o limitación, que importen una lesión a su derecho de propiedad". De la mencionada redacción puede interpretarse la restricción o limitación que realice el Estado como una sinonimia de una medida o serie de medidas estatales que producen una cesión al derecho de propiedad en un grado tal que impliquen la

imposibilidad de uso, disfrute o disposición del bien, y con ello la privación del bien por parte de su propietario (inversionista) aunque mantuviese de modo formal el título del bien, manifestándose la expropiación indirecta.

Habría que destacar que la Ley sería de aplicación a inversionistas extranjeros en tanto, en el art. 3 expone que la expropiación se aplica a cualquier tipo de personas sean sujetos tanto privados como públicos. No obstante, ello constituye una interpretación extensiva de la expropiación, en este caso de la indirecta, lo que permite un margen de ambigüedad amplio, por lo que la mayor precisión sobre esta figura sólo se tendrá en los APPRI's argentinos o en sus acuerdos multilaterales con provisiones de inversión.

La formulación de la cláusula de expropiación argentina en sus cincuenta y ocho (58) APPRI'S suscritos, desde los cinco (5) primeros firmados en los años 90 y hasta los dos últimos rubricados en el 2000 y que entraron en vigor en el 2002 como fueron los de Argelia<sup>17</sup> y Tailandia; han mantenido redacciones similares sin marcar un cambio en la concepción de la cláusula de expropiación habitual, y que se constata con la redacción dispuesta en el art. V del Acuerdo para la promoción y protección recíproca de inversiones con el Reino de España, tomada de referente por ser las demandas de inversionistas de este país contra Estados latinoamericanos la que nos ocupan, y que establece:

“La nacionalización, expropiación, o cualquier otra medida de características o efectos similares que pueda ser adoptada por las autoridades de una Parte contra las inversiones de inversores de la otra Parte en su territorio, deberá aplicarse exclusivamente por causas de utilidad pública conforme a las disposiciones legales y en ningún caso deberá ser discriminatoria. La Parte que adoptara alguna de estas medidas pagará al inversor o a su derecho-habiente, sin demora injustificada, una indemnización adecuada, en moneda convertible”<sup>18</sup>.

México por su parte no regula la figura de la expropiación desde su Constitución, sino que hace mención a ella en el art. 27 solo para establecer que la misma ha de realizarse por causa de utilidad pública y mediante indemnización. Sobre la misma sistemática que Argentina, México no regula la figura en la Ley de Inversión extranjera. De igual modo, el país cuenta con una Ley de Expropiaciones de 1936, reformada en el 2012, que sólo concibe el procedimiento a utilizar para la expropiación directa, aunque sin definirla. No obstante, con la adición en la norma del art. 20 bis y su referencia a que “El Jefe de Gobierno del Distrito Federal, en los

17 “Artículo 4: Expropiación y compensación: (1) Ninguna de las Partes Contratantes tomará directa o indirectamente medidas de expropiación o de nacionalización, ni ninguna otra medida que tenga efecto similar contra las inversiones que se encuentran en su territorio y que pertenezcan a inversores de la otra Parte Contratante (...)”.

18 Acuerdo entre la República Argentina y el Reino de España sobre la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones suscrito en fecha 03/10/1991 y que entró en vigor el 28/09/1992, p. 4.

términos de esta ley, podrá declarar la expropiación, ocupación temporal, total o parcial, o la simple limitación de los derechos de dominio (...)"<sup>19</sup>, se abre la brecha para acoger la expropiación indirecta, a pesar de que no realice conceptualización de la figura.

En su ámbito, el Código Civil mexicano solo establece en el art. 580 que "la expropiación por causa de utilidad pública de bienes de incapacitados, no se sujetará a las reglas antes establecidas, sino a lo que dispongan las leyes de la materia". Por su parte, el Código Federal de Procedimientos civiles establece en los numerales del 521 al 529 el procedimiento sobre el avalúo ante la expropiación sin aludir a la directa o la indirecta. Así el mayor desarrollo sobre la figura, México lo asume como su par argentino desde los APPRI's y acuerdos multilaterales de los que es signatario.

En relación con sus treinta dos (32) APPRI'S suscritos, desde el primero suscrito con Suiza en 1995 así como en los cuatro últimos firmados, incluyendo el suscrito con Kuwait en el 2013 y que entrara en vigor en el 2016 dispone en la cláusula de expropiación la referencia a la indirecta sin definirla, como los suscritos con el Reino de España, primero en 1995 y que terminara en 1996, como el posterior firmado en el 2006 y que se mantiene vigente. En ambos en sus arts. V se establece:

"La nacionalización, expropiación, o cualquier otra medida de características o efectos similares (en adelante expropiación) que pueda ser adoptada por las autoridades de una Parte Contratante contra las inversiones en su territorio de inversores de la otra Parte Contratante, deberá aplicarse exclusivamente por razones de utilidad pública"<sup>20</sup>.

"Ninguna Parte Contratante expropiará o nacionalizará una inversión, directa o indirectamente a través de medidas equivalentes a expropiación o nacionalización ("expropiación"), salvo que sea: a) por causa de utilidad pública; b) sobre bases no discriminatorias; c) conforme al principio de legalidad; y d) mediante el pago de una indemnización (...)"<sup>21</sup>.

En el caso de Venezuela desde el art. 115 de su Constitución establece la posibilidad de expropiación de forma general sin hacer distinciones. De igual modo, el país cuenta con una Ley de Expropiación por causa de utilidad pública o interés social de 2002 que se destina sólo a la expropiación forzosa. En su ámbito el Código

19 Ley de expropiación mexicana, publicada en el diario oficial de la Federación el 25 de noviembre de 1936, texto vigente última reforma publicada DOF 27-01-2012, p. 6.

20 Acuerdo para la promoción y protección recíproca de inversiones entre los Estados Unidos Mexicanos y el Reino de España suscrito el 23/06/1995 y que entró en vigor el 18/12/1996, p. 7.

21 Acuerdo para la promoción y protección recíproca de inversiones entre los Estados Unidos Mexicanos y el Reino de España suscrito el 10/10/2006 y que entró en vigor el 03/04/2008, p. 5.

Civil en su art. 547, 2do párrafo, sólo se limita a enunciar que las reglas relativas a la expropiación serán dispuestas por leyes especiales. Paralelamente, en su Ley de Promoción y Protección de inversiones de 1999 en su art. II primer párrafo, al establecer la expropiación reconoce la expropiación indirecta sin definirla. Así, trata desde el propio pronunciamiento en la ley especial, una elaboración similar a la que establece en sus APPRI's, por lo que no aporta elemento adicional, sino que hace un reconocimiento enfático de este tipo de expropiación para las inversiones extranjeras y no sólo desde sus APPRI's.

En relación con sus treinta (30) Acuerdos de inversión bilaterales suscritos, el país sólo marcó diferencia en la cláusula de expropiación en su primer APPRI, suscrito con Italia en fecha 04/06/1990 y que entrara en vigor el 14/09/1993, al establecer de modo preciso que ninguna de las medidas que se adopten por una de las partes en su territorio podrá implicar afectaciones al derecho de propiedad, posesión, control o goce de la inversión, con lo cual hace conceptualización precisa sobre la denominada expropiación indirecta. Sin embargo, en el resto de sus APPRI's suscritos y vigentes, excluyendo el firmado con Vietnam que no concibe la expropiación indirecta, la redacción de la cláusula de expropiación es similar y bajo la misma sistemática conocida a nivel internacional, disponiendo en la cláusula de expropiación la referencia a la indirecta sin definirla, lo cual se demuestra en el suscrito con el Reino de España que en su art. V establece:

"I. Las inversiones realizadas en el territorio de una Parte Contratante por inversores de la otra Parte Contratante no serán sometidas a nacionalizaciones, expropiaciones, o cualquier otra medida de características o efectos similares salvo que cualquiera de esas medidas se realice exclusivamente por razones de utilidad pública, conforme a las disposiciones legales, de manera no discriminatoria y con una compensación al inversor o a su causahabiente de una indemnización pronta, adecuada y efectiva"<sup>22</sup>.

En coincidencia con los países de la región, Chile regula la expropiación de forma general sin hacer distinciones en el art. 19, numeral 24, de su Constitución. En su legislación para la inversión extranjera, Ley 20.848/2015 no establece pronunciamiento alguno al respecto y el Decreto Ley N° 2.186, que aprueba la Ley Orgánica de Procedimiento de Expropiaciones en su primer considerando muestra que su contenido se dirige a la conocida expropiación directa o forzosa y no a la indirecta. De igual modo, el Código Civil Chileno tampoco hace disposición particular, sino que sólo enuncia la figura relacionándola en su art. 1960 cuando esta se produzca en un bien arrendado, pero sin hacer ninguna otra distinción, ello conlleva a asumir que la mayor precisión sobre esta figura sólo se tendrá en

22 Acuerdo entre el Gobierno del Reino de España y la República de Venezuela para la promoción y protección recíproca de inversiones. Inversiones, suscrito en fecha 02/11/1995 y que entró en vigor el 10/09/1997, p. 4.

los APPRI's chilenos o en sus acuerdos multilaterales con provisiones de inversión, como se evidencia en los Acuerdos de complementación económica bajo la ALADI<sup>23</sup>, en los que hace referencia particular a la expropiación con redacciones más cercanas o no a las que aplica en sus APPRI's

En relación con los cincuenta y cuatro (54) APPRI'S suscritos por Chile, desde el primero suscrito con Argentina<sup>24</sup> en 1991, así como en el resto de los firmados a lo largo de estos años, existe una diversidad en la regulación de la figura, reconociéndose en algunos de los Acuerdos, pero en otros ni se alude a la expropiación indirecta como suele ocurrir en el más reciente firmado con Brasil<sup>25</sup> y que no ha entrado en vigor, no siendo posible bajo este Acuerdo invocar la expropiación indirecta.

Por su parte, en el último que entrara en vigor en el 2002 con Grecia<sup>26</sup>, no se destina un artículo a la expropiación de forma general sino que el estándar de protección y seguridad plenas establece el hecho de que "no se le perjudicará al inversionista con medidas injustificadas o discriminatorias, la administración, mantenimiento, usufructo, goce, extensión, venta o liquidación de dichas inversiones", redacción que alude a la expropiación indirecta, aun cuando no se realice de modo expreso. Sin embargo, otros como el APPRI suscrito con el Reino de España mantienen redacción análoga en la cláusula de expropiación que la formulada en los años 90 en la mayoría de los Acuerdos de este tipo, así dispone en su art. 5 lo siguiente:

"La nacionalización, expropiación o cualquier otra medida de características o efectos similares que pueda ser adoptada por las autoridades de una Parte contra las inversiones de inversionistas de la otra Parte en su territorio, deberá realizarse exclusivamente por causa de utilidad pública o interés nacional, conforme a las disposiciones constitucionales y legales y en ningún caso será discriminatoria. La Parte que adoptare estas medidas pagará a la inversionista, sin demora injustificada, una indemnización adecuada, en moneda de libre convertibilidad. La legalidad de la expropiación, nacionalización o medida equiparable, y el monto de la indemnización, serán susceptibles de recurso en procedimiento judicial ordinario"<sup>27</sup>.

23 En el Acuerdo de complementación económica No. 24 entre Chile y Colombia bajo la ALADI se hace una elaboración más precisa sobre la expropiación indirecta en su art. 9.10 con remisión para interpretación al ANEXO 9-C del propio texto.

24 Acuerdo entre el Gobierno de la República Argentina y la República de Chile sobre promoción y protección recíproca de inversiones suscrito el 02/08/1991 y que entró en vigor el 01/01/1995, p. 3.

25 Acuerdo entre el Gobierno de Brasil y la República de Chile para la promoción y protección recíproca de inversiones suscrito el 22/03/1994 y que aún no ha entrado en vigor, p. 9.

26 Acuerdo entre el Gobierno de la República Helénica y la República de Chile para la promoción y protección recíproca de inversiones. Inversiones suscrito el 10/07/1996 y que entró en vigor el 27/10/2002, p. 2.

27 Acuerdo entre el Gobierno del Reino de España y la República de Chile para la promoción y protección recíproca de inversiones suscrito el 02/10/1991 y que entró en vigor el 28/03/1994, p. 3.

Por su parte, Guatemala regula la expropiación de forma general sin hacer distinciones en el art. 40 de su Constitución, estableciendo que la propiedad privada podrá ser expropiada por razones de utilidad colectiva, beneficio social o interés público. Sin embargo, en su Ley de Inversión Extranjera en el Capítulo III destinado a las garantías y derechos de los inversionistas en su numeral 6 reconoce la expropiación indirecta cuando dispone que: “El Estado no podrá expropiar, directa o indirectamente, una inversión de un inversionista extranjero, ni adoptar medida alguna equivalente a la expropiación de esa inversión (...)”. En cuanto a la regulación en el Código Civil, se dispone en el art. 467 el reconocimiento solo a la expropiación forzosa como también ocurre en la Ley de Expropiaciones, Decreto No. 529 que solo concibe la conocida expropiación directa, no así a la indirecta. Ello hace que la mayor precisión sobre esta figura se encuentre en los APPRI’s o en los acuerdos multilaterales con provisiones de inversión que este país ha suscrito.

En relación con sus veintiún (21) APPRI’S desde el primero suscrito con Chile<sup>28</sup> en 1996 así como en el último que entrara en vigor en el 2016 con Trinidad y Tobago<sup>29</sup>, dispone en la cláusula de expropiación la referencia a la indirecta de un modo u otro, pero sin definirla como en el suscrito con el Reino de España en su art. 5 y que establece:

“1. Las inversiones de inversores de una Parte Contratante en el territorio de la otra Parte Contratante no serán sometidas a nacionalización, expropiación ni a cualquier otra medida de efectos similares (en adelante «expropiación») excepto que cualquiera de esas medidas se adopte por razones de utilidad pública o interés social, con arreglo al debido procedimiento legal, de manera no discriminatoria y se acompañe del pago de una indemnización pronta, adecuada y efectiva”<sup>30</sup>.

En cuanto a El Salvador, su Constitución hace referencia a la figura de la expropiación a través de diferentes artículos de forma general sin definirla ni hacer distinciones entre sus tipos; así en el numeral 6, 3er párrafo, para establecer prohibición expresa de expropiación para las empresas que se dedican a la comunicación tanto escrita, de radio o de televisión, en el 106 dispone sólo que la expropiación tendrá lugar por causa de utilidad pública o de interés social legalmente comprobadas y en el 267 para establecer que incumplido el plazo establecido para transferir la tierra por el propietario según la Ley, esta podrá ser expropiada.

28 Acuerdo entre el Gobierno de la República de Chile y la República de Guatemala para la promoción y protección recíproca de inversiones suscrito el 08/11/1996 y que entró en vigor el 10/12/2001, p. 3.

29 Acuerdo entre el Gobierno de Trinidad y Tobago y la República de Guatemala para la promoción y protección recíproca de inversiones suscrito el 13/08/2013 y que entró en vigor el 23/06/2016, p. 7.

30 Acuerdo entre el Gobierno del Reino de España y la República de Guatemala para la promoción y protección recíproca de inversiones suscrito el 09/12/2002 y que entró en vigor el 21/05/2004, p. 2.

Por su parte, la Ley de Inversión Extranjera salvadoreña en el Capítulo II destinado al tratamiento a las inversiones, en su numeral 8 nominado expropiación se limita solamente a reconocer que esta tendrá lugar por causa de utilidad pública o de interés social, legalmente comprobados sin realizar definición de la figura. En cuanto a la Ley de Expropiaciones, D.L. N° 33, del 25 de julio de 1939, publicado el 17 de agosto de 1939 y reformada primero en 1947 y posteriormente mediante D.L. N° 467, del 29 de octubre de 1998 dispone que la expropiación que regula dicha Ley es la forzosa establecida en la Constitución del país, por lo que expresamente se constata que la indirecta no se reconoce. En su ámbito, el Código Civil tampoco hace pronunciamiento particular; sólo enuncia la figura de la expropiación en varios artículos como en el 1748 para referirse a las reglas para la expropiación por utilidad pública u otras cuestiones, por lo que la mayor precisión sobre esta figura sólo existirá como ocurre con la mayoría de los países, en los APPRI's salvadoreños o en sus acuerdos multilaterales con provisiones de inversión.

En relación con sus veintitrés (23) APPRI'S, desde el primero suscrito con Francia en 1978 así como en el último firmado con Finlandia en el 2002 y que entrara en vigor al año siguiente, se dispone en la cláusula de expropiación la referencia a la indirecta sin definirla, como sucede de igual modo en el suscrito con el Reino de España en su art. 5 y que establece:

"I. La nacionalización, expropiación o cualquier otra medida de características o efectos similares (en adelante expropiación) que pueda ser adoptada por las autoridades de una Parte Contratante contra las inversiones en su territorio de inversores de la otra Parte Contratante, deberá aplicarse exclusivamente por razones de utilidad pública o de interés social, conforme a las disposiciones legales, en ningún caso será discriminatoria y estará acompañada del pago al inversor o a su causahabiente de una indemnización pronta, adecuada efectiva"<sup>31</sup>.

En todas las elaboraciones *ut supra* citadas de la cláusula de expropiación de los APPRI's de los países latinoamericanos objeto de este análisis se observa la no conceptualización de la expropiación indirecta. En ellos sólo se hace reconocimiento de la figura al enunciarla como cualquier otra medida de características o efectos similares a la expropiación o nacionalización sin hacer distinción entre un tipo u otro de expropiación. Se ha de destacar que dicha formulación tiene como soporte la teoría del *sole effect*, que permite entender porque se alude a efectos equivalentes a la expropiación o nacionalización como si ambos actos fueran lo mismo, cuando no lo son, excepto cuando se consideran los efectos que generan,

31 Acuerdo entre el Gobierno del Reino de España y la República de el Salvador para la promoción y protección recíproca de inversiones suscrito el 14/02/1995 y que entró en vigor el 20/02/1996, p. 3.

en particular, el esencial de ambas figuras: privar de la propiedad al propietario y en este punto de convergencia es donde se constata la similitud.

Debido al alto nivel de ambigüedad que se manifiesta en dichas elaboraciones de las cláusulas de expropiación en los APPRI's latinoamericanos, la probabilidad de que los Estados de la región sean demandados por cualquier medida que adopten contra un inversionista es elevada, a partir de la percepción que realice un inversor sobre el hecho de que se ha producido un efecto equivalente a la conocida expropiación directa o la nacionalización en su inversión, es decir, la transferencia de la propiedad, aun cuando formalmente no se haya realizado. Esta redacción carece de una definición precisa sobre expropiación indirecta, a lo que se adiciona la ausencia de presupuestos para determinar cuándo se ha producido la referida expropiación, a saber: carácter de la interferencia por parte del Estado, permanencia o temporalidad de la intromisión estatal, privación sustancial o parcial al inversor de su inversión, entre otras cuestiones. No existe lugar a dudas, que la utilización de la cláusula bajo tan imprecisa redacción se hace controversial y abre una brecha extensa para las demandas contra los Estados.

En el caso de Chile, se ha de expresar que con la elaboración que adopta en la totalidad de sus APPRI's, similar al resto de los países latinoamericanos, marca diferencia en su redacción con el art. 6 del Modelo de APPRI que el país adoptara en 1994, no en el sentido de su contenido que es similar, al no conceptualizar la expropiación indirecta, sino al manifestar que ninguna parte contratante podrá tomar medidas que priven directa o indirectamente al inversor de su inversión, sin embargo, no ha de obviarse que la mayoría de sus APPRI's fueron elaborados antes de la adopción del Modelo.

En el caso de España su Constitución regula la expropiación de forma general sin hacer distinciones en el art. 33.3 y sin nominar esta, sólo aludiendo a que nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos, salvo por utilidad pública o interés social. De igual modo, mantiene la sistemática seguida en varios países de no referirse en su Ley de Inversión Extranjera a esta figura. Por su parte, el país cuenta con una Ley de Expropiaciones de 1954, que se concibe sólo para la expropiación forzosa, como también ocurre en el ámbito del Código Civil que sólo hace alusión a esta conocida expropiación, remitiendo a las Leyes especiales que la regulan, por lo que la mayor precisión sobre esta figura sólo se tendrá en los APPRI's españoles o en sus acuerdos multilaterales con provisiones de inversión, como es el caso particular de la Carta de la energía (TCE)<sup>32</sup>, la cual ha sido el invocada en la mayoría de las demandas por expropiación indirecta contra España.

---

32 Carta de la energía, constituye n Acuerdo multilateral firmado en diciembre de 1994, después de tres años de negociaciones por 49 Estados y tiene como propósito esencial consiste en establecer y mejorar el marco jurídico para la cooperación en los asuntos energéticos fijados por la Carta Europea de la Energía.

En relación con sus ochenta y ocho (88) APPRI'S suscritos y setenta y dos (72) en vigor, y desde el primero firmado con el Reino de Marruecos en 1989, que ya no está vigente, así como los últimos suscritos con Bahrein, Mauritania, Gambia, Congo y Etiopía, habiendo entrado en vigor sólo los dos (2) primeros en el 2014 y 2016 respectivamente, todos disponen en la cláusula de expropiación la referencia a la indirecta sin definirla, y solo reconociendo la existencia de esta ante cualquier medida que tenga efecto equivalente o similar a la nacionalización y expropiación.

### **B) Acuerdos multilaterales de inversión.**

Por su parte, los Acuerdos multilaterales relacionados con materia de inversiones o de otro tipo con provisiones de inversión, también han establecido en sus articulados cláusulas de manera general y particular para la expropiación, y dentro de ella de modo especial para la expropiación indirecta, como el Acuerdo de Promoción y Protección de Inversiones de la Asociación de Naciones del Sudeste Asiático<sup>33</sup>, el Acuerdo Internacional Modelo del Instituto Internacional para el Desarrollo Sustentable<sup>34</sup>, los diversos Tratados de Libre Comercio u otros más recientemente, como el Acuerdo Global Comercial y Económico (CETA) entre la Unión Europea y Canadá<sup>35</sup>, firmado el 30 de octubre del 2016 y que entró en vigor provisionalmente el 21 de septiembre del 2017, con una aplicación provisional de la casi totalidad del mismo (excepto el capítulo referido a la protección de inversiones).

El CETA, a la par que define la expropiación indirecta en su Anexo 8-A bajo elementos similares que los modelos colombiano e indio, también destina una cláusula para hacer excepción inclusive a la llamada expropiación indirecta regulatoria, con lo cual intenta proteger a los Estados ante este tipo de expropiación, cuando dispone en la sección destinada a la protección de la inversión en su art. 8.9 lo relativo a ello. Adicionalmente, el último que ha entrado en vigor de los suscritos en el 2018 como el Tratado Integral y Progresista para la Asociación Transpacífica solo enuncia en la cláusula de expropiación, indirecta sin definirla, pero la conceptualiza en el anexo del citado Acuerdo en el que incluso incluye presupuestos determinados<sup>36</sup>.

33 Acuerdo de Promoción y Protección de inversiones de la ASEAN, adoptado en fecha 14/12/1987, p. 3.

34 MANN, H., MOLTKE, K V., PETERSON, L E. y COSBEY, A.: *Acuerdo Internacional Modelo del IISD sobre inversión para el desarrollo sostenible*, Instituto Internacional para el desarrollo sostenible, Winnipeg, Manitoba, 2005, pp. 20-21.

35 Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) between Canada and The European Union, suscrito el 30 de octubre del 2016 y que entró en vigor provisionalmente el 21 de septiembre del 2017, p. 331.

36 Tratado Integral y Progresista para la Asociación Transpacífica suscrito en fecha 08/03/2018 y que entró en vigor el 30/12/2018 del que son parte Australia, Brunei Darussalam, Canadá, Chile, Japón, Malasia, México, Nueva Zelanda, Perú, Singapur y Vietnam, Capítulo 9, pp. 9-9, 9-36.

Como se destacaba anteriormente, el ámbito multilateral ha constituido el soporte y el centro de las demandas contra el Estado español por expropiación indirecta a diferencia de sus pares latinoamericanos, particularmente sobre la base de la cláusula de expropiación de la Carta de la Energía establecida en el art. 13 y que dispone lo siguiente:

“(I). Investments of Investors of a Contracting Party in the Area of any other Contracting Party shall not be nationalized, expropriated or subjected to a measure or measures having effect equivalent to nationalization or expropriation (hereinafter referred to as “Expropriation”) except where such Expropriation is:

(a) for a purpose which is in the public interest;

(b) not discriminatory;

(c) carried out under due process of law; and

(d) accompanied by the payment of prompt, adequate and effective compensation (...).”<sup>37</sup>.

### III. DEMANDAS POR EXPROPIACIÓN INDIRECTA EN INVERSIONES.

#### I. Anverso y reverso de una misma moneda.

##### A) Demandas de España contra Latinoamérica por expropiación indirecta.

España, país que se ha ubicado como segundo inversionista del 2007 al 2015 en América Latina<sup>38</sup>, posición que mantiene en la actualidad<sup>39</sup>, ha demandado a través de sus transnacionales en 37 ocasiones a Estados latinoamericanos por arbitrajes de inversión: Venezuela 9 veces, Argentina 8; México 4; Ecuador, Chile, Perú y Bolivia 3; El Salvador, Guatemala, Colombia y Costa Rica 1<sup>40</sup>. Se ha alegado expropiación indirecta en 18 de estos casos, siendo resueltos y publicados íntegramente 9 de estos fallos.

Los países *ut supra* citados mantienen un hilo en común de convergencia en última instancia para normar la referida figura y defenderse contra las mencionadas demandas: los APPRI's. Las cláusulas de expropiación utilizadas en estos

37 Tratado de la Carta de la energía suscrita en fecha 17/12/1994, p. 39.

38 Informe CEPAL 2017, pp. 87-88. Cuadro I.A1.3.

39 Confederación Española de organizaciones empresariales: “España, puente entre el mundo y América Latina”, *Revista de la Confederación Española de organizaciones empresariales*, n/a, 2018, p. 1.

40 PLAZA, B. y RAMIRO, P.: *Justicia privatizada: el Estado español y los mecanismos de resolución de controversias inversor-Estado*, cit, pp. 19-20. Tabla I. Número de demandas ante el CIADI presentadas por multinacionales españolas (1998-2015) Fuente: Informe Justicia Privatizada. El Estado español y los mecanismos de resolución de controversias inversor-Estado.

Acuerdos son reflejo de aquellas elaboradas en los años 90, por lo que carecen de presupuestos expresos para la configuración de la figura de la expropiación indirecta como aquellos enarbolados en los últimos tiempos en los modelos APPRI de Colombia, o la India, por citar sólo algunos ejemplos.

El colombiano define con precisión la figura haciendo la distinción de su determinación caso a caso así como cumplirse los supuestos para su configuración referidos a: al alcance de la medida o serie de medidas, el impacto económico de la medida o de la serie de medidas, el grado de interferencia sobre las expectativas distinguibles y razonables del inversionista o de la inversión y el carácter de la medida o la serie de medidas teniendo en cuenta los objetivos públicos legítimos perseguidos<sup>41</sup>.

Por su parte el Modelo Indio define la expropiación directa a la vez que establece como el Colombiano el análisis caso a caso para la expropiación indirecta así como constatarse una permanente y completa privación del valor de la inversión, permanente y completa privación del derecho de administración y control de los derechos del inversor sobre la inversión, y apropiación de la inversión por el Estado Anfitrión que resulte una transferencia completa o casi completa del valor de la inversión<sup>42</sup>.

Esta precisión no se aprecia en los APPRI's de los países de Latinoamérica demandados por expropiación indirecta por los inversionistas españoles ni tampoco en sus legislaciones.

El art. V del Acuerdo para la promoción y protección recíproca de inversiones entre la República Argentina y el Reino de España *ut supra* mencionado ha servido de soporte a las demandas de inversionistas españoles contra Argentina por expropiación indirecta, estando resueltas actualmente y publicados sus laudos solo de tres (3) y se refieren a los casos siguientes:

Caso Telefónica, S.A. vs República Argentina (Laudo CIADI No. ARB/03/20). La inversión se relaciona con el hecho de que Telefónica es dueña del 97, 91 % de las acciones de Telefónica Argentina, compañía en la cual invirtió entre otras cantidades US\$ 5500 millones. Sin embargo, en 1989 se produce una Ley de Reforma estatal que implicó que el Estado se adueñara de la compañía de teléfonos distribuyendo los activos de esta a empresas que formaban un consorcio en enero de 1990 mediante dos (2) Decretos. Dentro del Consorcio se encontraba una subsidiaria de Telefónica S.A. (*Telefónica International Holding BV*), unida a la compañía Inversora Catalinas, S.A. que tenía el 60% de las acciones en Sociedad

41 Art. VIII.2 del Modelo Colombiano de APPRI 2011, p. 6.

42 Art. 5.3 del Indian Model BIT 2015, p. 8

Licenciataria Sur Sociedad Anónima, a la que le fuera cambiado el nombre en uno de los referidos Decretos por el de Telefónica de Argentina, S.A. (TASA).

El hecho de que el Estado se adueñara de la compañía de teléfonos y por ende que cambiara el modo de permitir a las compañías proveer de servicios, antes de la Reforma Legal del Estado, no implicó consecuencias hasta tanto no se hicieron efectivas la Emergencia Pública y el Acta de Reforma del sistema de cambio extranjero en enero de 2002.

Es a partir de ese momento en que se provocaron cambios en las tarifas de TASA, pero que Telefónica, S.A. no consideró estuvieran basados en interés público, sino que el Estado argentino había dado al traste con las garantías legales específicas, económicas y financieras de las que había proveído a Telefónica, S.A. cuando realizó su inversión en TASA y que entre otros artículos del APPRI con España se vulneraba el referido a la expropiación por medidas equivalentes. Ello se basa en que las acciones adoptadas por el Estado argentino en relación con las tarifas por servicios telefónicos y otros ajustes financieros con implicaciones en aquellas, habían tenido el mismo efecto de la expropiación directa aún sin despojar del título formalmente a Telefónica, pues la privaba del goce de su inversión, debido a que las afectaciones provocadas obligaron a proceder a la liquidación de la empresa anticipadamente, es decir, se había configurado una expropiación indirecta.

No obstante, el Estado argentino no estuvo de acuerdo al respecto, y esgrimió que la medida fue general y no dirigida a Telefónica, S.A. como inversor, así como tampoco a su inversión ni a compromisos contraídos por el Estado argentino específicamente con Telefónica. Por otra parte, la inversión de Telefónica, S.A. sólo consistía en su participación accionarial en TASA y por ende el reclamo es en el ámbito contractual y no de inversión, pero ello entra en contradicción con la definición de inversión que se brinda en el APPRI entre Argentina y España, al reconocer las acciones u otras formas de participación como inversión.

De similar forma, alega que Telefónica, S.A. muestra incremento del valor de sus acciones lo que constata que se mantuvo financieramente sólida y que estuvo activa como compañía, por lo que los daños a su inversión no ocasionaron un impacto económico tal que privase al inversor de su inversión o la hiciese inutilizable para considerar que se había producido una expropiación indirecta (las medidas equivalentes a expropiación adoptadas por el Estado argentino como fueron los cambios en las tarifas)<sup>43</sup>.

---

43 Decisión de Tribunal de objeción de jurisdicción sobre Caso No. ARB/03/20, Telefónica, S.A. vs la República Argentina, 25 de mayo de 2006, pp. 5, 6, 7, 8, 10, 38, 59 y 60.

De modo que la expropiación indirecta que se empleó en este caso, alegando Telefónica, S.A. destrucción del valor de la inversión debido a la liquidación de TASA, después de la reforma legal del sistema argentino, que incluyó el cambio en las tarifas de los servicios, como el llevar la convertibilidad a US a 1:1, implicó una interferencia del Estado Argentino con afectaciones evidentes en la inversión, a través del marco regulatorio, con lo cual se estaría en presencia de una expropiación indirecta regulatoria.

Caso Teinver, S.A., Transportes de Cercanía, S.A. y Autobuses urbanos del Sur, S.A. vs República Argentina. (Laudo CIADI No. ARB/09/1). La inversión consiste en que Teinver, S.A., Transportes de Cercanía, S.A. y Autobuses urbanos del Sur, S.A. que conforman el Grupo Marsans desde el 2008 adquirieron Air Comet, sociedad instrumental de las Aerolíneas. Es en este año en que el Estado argentino realiza un grupo de acciones ejecutivas y de legislación progresivas, que constituyeron una expropiación indirecta de Aerolíneas y que se dirigieron a mantener tarifas particularmente bajas que impidieron el cobro de precios suficientes por tarifas aéreas llevando a una situación financiera compleja a Teinver, S.A., Transportes de Cercanía, S.A. y Autobuses urbanos del Sur, S.A. como a Aerolíneas.

Según las demandantes todas estas medidas conllevaron a la reducción del valor de la inversión así como los privó de derechos legales que afectaron el uso y disfrute de la inversión por los inversores, aun cuando el Estado argentino no lo reconoce y alega que los inversores nunca perdieron el control sobre la inversión<sup>44</sup>. El Tribunal consideró que se había producido expropiación en sus dos tipos, lo que incluye a la indirecta basada esta última en el hecho de la restricción tarifaria que estableció el Estado argentino.

La expropiación indirecta se utilizó como en la anterior demanda alegando destrucción del valor de la inversión, a lo que se adiciona también pérdida de los derechos contractuales, y no disposición sobre las tarifas de los servicios, todo lo cual constituye una interferencia del Estado Argentino en dicha inversión.

Caso Urbaser, S.A. y Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa vs República Argentina (Laudo CIADI No. ARB/07/26). La inversión se basaba en una concesión de servicio de agua y cloacas dada por el Estado argentino a Gran Buenos Aires, S.A. (AGBA), empresa creada por inversionistas y accionistas extranjeros, entre ellos Urbaser, S.A. y Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa. La concesión fue otorgada en el año 2000.

<sup>44</sup> Laudo CIADI Caso No. ARB/09/1, Teinver, S.A., Transportes de Cercanía, S.A. y Autobuses urbanos del Sur, S.A. vs la República Argentina, 21 de julio de 2017, pp. 35, 36, 37, 75-82, 362-395, 398-405, 408-436 y 445.

Las demandantes esgrimen haber encontrado diversos obstáculos por parte de las autoridades provinciales que impidieron operar la concesión de forma eficiente y confiable, a lo que se le adicionó las consecuencias por la crisis de Argentina en el año 2002. El marco regulatorio se modificó sustancialmente sin posibilidades reales de renegociar la concesión, atentándose de este modo contra el valor de AGBA, configurándose una expropiación indirecta, concluyendo el proceso totalmente en el año 2006 cuando el Estado Argentino rescindió la concesión y se eliminó el valor residual de la inversión<sup>45</sup>.

El Estado argentino alude que no existió tal expropiación, sino que las medidas adoptadas fueron parte de sus facultades dentro del poder de policía, de carácter general y no discriminatorio, además de considerar que las referidas medidas no constituyeron una interferencia sustancial de la inversión o una privación total de ella, pues la operación del servicio por AGBA no se tornó inviable y el contrato no se hizo imposible, así como tampoco ninguna de las medidas adoptadas implicó interferencia en la administración de AGBA de modo que constituyera una privación del control de las inversiones por las demandantes.

Sin embargo, en este caso el Tribunal rechazó el argumento de la demanda sobre expropiación indirecta, no así sobre los otros supuestos. Al respecto, manifestó que no existió expropiación indirecta pues la pérdida de ingresos de AGBA, a pesar de ser una reducción en la inversión, no fue de un grado tal que constituyera una privación de los ingresos que condujera a una expropiación indirecta, por otra parte, el cambio del marco regulatorio fue general, como medida adoptada por el país ante la crisis, no fue ni con una intención específica hacia AGBA ni tampoco discriminatoria.

Los casos aceptados como los rechazados por expropiación indirecta sobre la base de los APPRI's argentinos, se complejizan por la ambigüedad que muestran en la cláusula de expropiación para la configuración de esta figura, en particular el suscrito con España, teniendo en cuenta que la única referencia que se realiza se sustenta en identificarla, sin hacer cualquier otra caracterización que delimite el alcance de los actos a calificar como expropiación indirecta tales como pudieran ser: las cifras de pérdida que dentro de las inversiones se consideren como de impacto económico para las empresas, o la temporalidad o permanencia en el tiempo, que clasifica la interferencia del Estado como sustancial.

Ante el dilema de imprecisión descrito, los inversores tienen la libertad de identificar una medida equivalente a expropiación aduciendo sólo equivalencia a expropiación, basada en la percepción por el inversionista de que se le ha privado

---

<sup>45</sup> Laudo CIADI Caso No. ARB/07/26, Urbaser, S.A. y Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa vs la República Argentina, 8 de diciembre de 2016, pp. 276, 277, 278 y 279.

de la inversión *de facto*, ante una actuación del Estado y sus autoridades que le han ocasionado determinados daños a la citada inversión, y que atentan contra el disfrute y disposición de la misma.

México por su parte ha sido demandado por las empresas españolas bajo la cláusula de expropiación del APPRI del 2006 suscrito con el Reino de España, el cual constituye una copia de la establecida en el art. 6 del Modelo APPRI mexicano adoptado posteriormente en el 2008 y que aún se mantiene. Las demandas en las que ya existe y ha sido publicada decisión son las siguientes:

Técnicas Medioambientales TECMED, S.A. vs Estados Unidos Mexicanos (Laudo CIADI No. ARB(AF)/00/2). La inversión se refiere a terrenos, construcciones y otros activos adquiridos en licitación pública convocada por las autoridades mexicanas en el Estado de Sonora, México para la venta de un inmueble, construcciones e instalaciones y otros bienes relativos al confinamiento controlado de desechos industriales peligrosos "Cytrar". El confinamiento requería de licencias sucesivas para funcionar, las que fueron emitidas hasta que en un momento fueron canceladas, dando origen a la demanda.

En la reclamación la demandante hace referencia a un acto expropiatorio por denegación de la prórroga de una licencia, lo cual hace desaparecer cualquiera de las expectativas del inversionista, además de ocasionar afectaciones a aquel por los beneficios que deja de percibir por su inversión y que se refieren a: lo que no le será posible amortizar por las inversiones ya realizadas, incumplimiento de contratos, entre otros, y que le impiden el real uso de su inversión y la disposición sobre esta, la cual en resumen es inservible, en tanto, su centro de operaciones es en el propio lugar donde se deniega la licencia, por lo que no puede operar, poner en funcionamiento su inversión<sup>46</sup>.

Ciertamente, si se analiza el alcance de la medida de denegar la prórroga de la licencia, se entiende que esta ha implicado una privación al inversor de modo total de su inversión, la que solo es posible realizar en dicho lugar, al estar dirigida la concesión a realizar edificaciones para confinamiento de desechos peligrosos. ¿Qué sentido tendría entonces para un inversionista una inversión en un lugar determinado por requerimientos ambientales y de seguridad que se han de cumplir, si se le cancela la concesión totalmente en dicho lugar? La expropiación indirecta se configuraría por ser solo ese lugar el permitido como única concesión para realizar la inversión en relación con esa actividad, por lo que si no puede hacerlo, el derecho de administración por parte del inversionista de su inversión

46 Laudo CIADI Caso No. ARB(AF)/00/2, Técnicas Medioambientales TECMED, S.A. vs Estados Unidos Mexicanos, 29 de mayo de 2003, pp. 37-67 y 89.

y el control sobre ella es nulo, por ende, su inversión es inservible, en tanto, no le es posible operar en lugar distinto.

Abengoa, S.A. y Cofides, S.A. vs Estados Unidos Mexicanos (Laudo CIADI No. ARB(AF)/09/2). La inversión consistió en la construcción de un complejo compuesto por una planta de estabilización-inertización de residuos industriales peligrosos, un confinamiento controlado para los residuos estabilizados e inertizados y una planta para el tratamiento de los lixiviados que aquellos generan. Para el proyecto la empresa española Abengoa, S.A. creó la sociedad SDS e inició el proceso para la aprobación del referido proyecto en el 2003, comenzando las obras en el 2006 y la construcción de la Planta a finales del 2007, completándose la obra en un 75% en diciembre de ese propio año. Sin embargo, a la par comenzaron manifestaciones entre los partidarios de la Planta y los que se oponían a la construcción de esta, llegándose a confrontaciones violentas e incidentes en contra de la Planta, lo que generó se adoptara la decisión de no prorrogar la licencia de construcción de la Planta, que se ratificó en febrero del 2008 aludiendo que la no prórroga era por tiempo indefinido. Posteriormente en el 2010 se produjo una segunda revocación, unida a otras medidas del Estado mexicano como multas impuestas, dilación de la aprobación de las diversas licencias hasta su clausura en el 2011.

Abengoa, S.A. entonces notificó su intención de arbitraje en el 2008 alegando expropiación indirecta constructiva o progresiva, debido a las medidas que se llevaron a cabo de modo paulatino y acumulativo por el Estado mexicano y sus funcionarios. Basa los argumentos de la expropiación indirecta en que la privación de la inversión ha sido total y permanente, por su no realización, pues la cancelación de la licencia impedía concluir la construcción de la Planta y su puesta en marcha de modo concreto, así como usar y disponer de ella, aun cuando formalmente Abengoa ostente el título de propiedad. Paralelamente se adiciona que tales actuaciones del Estado mexicano dieron al traste con las expectativas legítimas del inversor al creer que las diversas licencias expedidas por las autoridades mexicanas como las de construcción, de funcionamiento, de impacto ambiental, entre otras eran válidas y no serían revocadas después de iniciar la construcción de la Planta, la cual operaba de modo regular y por ende su inversión era viable<sup>47</sup>.

En cuanto a Venezuela los empresarios españoles han invocado en sus demandas el art. V del APPRI suscrito entre ambos países, referido a la cláusula de expropiación, tratándose a continuación aquellos casos conocidos y publicados:

Valores Mundiales S.L. y Consorcio Andino S.L. vs la República Bolivariana de Venezuela (Laudo CIADI No. ARB/13/11). La inversión consiste en la participación

<sup>47</sup> Laudo CIADI Caso No. ARB(AF)/09/2, Abengoa, S.A. y Cofides, S.A. vs Estados Unidos Mexicanos, 18 de abril de 2013, pp. 31-56, 66-69, 84-89, 109-120, 135, 136, 140, 141, 149 y 153.

con el 100% de las acciones de Valores Mundiales, S.L. en Monaca, C.A. y a su vez Consorcio Andino S.L. con igual participación accionarial en Demaseca, C.A., ambas compañías venezolanas dedicadas a la producción y comercialización de harina de maíz y de trigo, entre otros productos alimenticios.

Los demandantes alegaron expropiación indirecta progresiva del Estado Venezolano a través de las medidas paulatinas adoptadas antes y después de la promulgación del Decreto No. 7.394 y debido al propio Decreto, referidas entre otras a: nombramiento de seis (6) y cuatro (4) administradores especiales en Monaca, C.A. y Demaseca, C.A. respectivamente en sustitución del ciudadano venezolano Sr. Fernández Barrueco implicado en proceso penal y con acciones y bienes en estas compañías, inmovilización de sus cuentas bancarias y la prohibición de registrar o notarizar actos societarios antes de que se dictara el Decreto No. 7.394; que otorgó a los administradores especiales extensas potestades sobre las mencionadas empresas. Como se observa, existe una privación total y permanente sobre la inversión (6 años) y del control sobre esta, en tanto, las Demandantes perdieron el control de las Compañías y se ha destruido el valor de sus inversiones.

De igual modo, las demandantes debido a las medidas del Estado Venezolano quedaron imposibilitadas de distribuir o recibir dividendos y transferir capitales; determinar sobre sus acciones; elegir o designar nuevos miembros de junta directiva; aprobar balances y estados financieros; ordenar la venta de activos; y reformar o modificar los estatutos de las Compañías. La intervención sistemática en la vida diaria de las Compañías implicó requerir de la autorización de funcionarios de Venezuela ante cualquier decisión financiera o comercial que se adoptara, las que fueron consideradas expropiación indirecta.

Sin embargo, el tribunal rechazó la configuración de la expropiación indirecta en esta demanda bajo los argumentos de no existencia de la privación del uso y disposición de la inversión de forma permanente, en tanto, el Decreto No. 7.394 no derivó *per se* en acciones que configuraran expropiación indirecta, pues no impidió que las compañías percibieran sus utilidades o dividendos.

Por otra parte, el nombramiento de administradores especiales no significó que éstos detentaran la administración total y sin límites de las compañías, sino que se encargaran de la custodia, conservación y administración de los bienes de las empresas en función del proceso penal al que se sometía a uno de sus accionistas, en función de preservar los bienes y no destruirlos.

Se observa que el Decreto no derivó como la acción que consumó la expropiación indirecta progresiva alegada por los demandantes, lo cual se constata con los reportes entregados por Gruma (mayor accionista de Valores Mundiales y de Consorcio Andino) en 2011, en los que se exponen que las medidas anteriores

al Decreto no habían implicado que las compañías no mantuvieran el control o no detentaran la titularidad de sus bienes, acciones, o el control de sus operaciones. A lo que se adiciona que dichas medidas no tuvieron un impacto negativo o de disminución en el valor de la inversión, pues a partir del 2010 se incrementaron los niveles de utilización de las compañías marcando un desempeño incluso superior. Gruma reconoció no existir señal alguna de indicio de deterioro del valor de su inversión neta en las Compañías, hecho que refuta posibilidad de alegar este argumento de la disminución del valor de la inversión<sup>48</sup>.

En relación con Chile bajo la precitada redacción de la cláusula de expropiación en el art. 5 del APPRI entre la República de Chile y el Reino de España ha sido conocido y publicado el caso de empresarios españoles contra el Estado Chileno por expropiación indirecta Sociedad Anónima Eduardo Vieira vs La República de Chile (Laudo CIADI No. ARB/04/7). La inversión consistió en la participación de Vieira en la empresa chilena CONCAR a partir del año 90, la cual solicitó desde entonces y hasta el 2001 autorizaciones para realizar actividades pesqueras en aguas exteriores y no sólo en aguas interiores, siendo en todos los casos denegada, bajo un extenso proceso que incluyó dictamen final de la Contraloría, momento en el cual CONCAR solicitó al Ministerio de Economía cumplir con este. Sin embargo, se desestima nuevamente la referida solicitud considerando que la Ley chilena vigente exigía para otorgar dichas autorizaciones que se tuvieran registro de actividades de captura en aguas exteriores durante los años de 1990 al 2000, lo cual era imposible para CONCAR, en tanto, todas sus solicitudes al respecto le fueron rechazadas justamente durante esos años.

En función de ello, la demandante Vieira, alega que debido a la vulneración del trato justo y equitativo y el de nación más favorecida, se ha generado una medida equivalente a expropiación teniendo en cuenta los daños que se le han ocasionado a la demandante, derivados de la no rectificación oportuna de un acto administrativo de las autoridades chilenas competentes, término que conlleva a referirse a la llamada expropiación indirecta. Sin embargo, el Tribunal no lo consideró de ese modo, denegando dichos argumentos, al alegar que el Estado Chileno adoptó su posición en función de normativas vigentes, aun cuando puedan ser vistas con fundamento adecuado para el caso o no<sup>49</sup>.

De igual modo, bajo el APPRI con España el Estado guatemalteco resultó demandado en el caso hecho público Iberdrola Energía S.A vs La República de Guatemala (Laudo CIADI No. ARB/09/5). La inversión consistió en la compra por Iberdrola de las acciones de la Empresa Eléctrica de Guatemala S.A. (EEGSA)

48 Laudo CIADI Caso No. ARB/13/11, Valores Mundiales S.L. y Consorcio Andino S.L. vs la República Bolivariana de Venezuela, 25 de julio de 2017, pp. 59-101 y 185-188.

49 Laudo CIADI Caso No. ARB/04/7, Sociedad Anónima Eduardo Vieira vs La República de Chile, 21 de agosto de 2007, pp. 8-24 y 56.

en julio de 1998, momento a partir del cual la compañía española asumió brindar el servicio eléctrico al país, sin embargo, las disposiciones de la Ley General de Electricidad sobre la determinación de las tarifas, el valor adicionado de la distribución, el valor nuevo de reemplazo, el costo del capital y las funciones y poderes de la Comisión Nacional de Energía Eléctrica (CNEE) así como los poderes de la Comisión de expertos durante el proceso de revisión y fijación de precios en las tarifas de distribución de electricidad entre el período 2008-2013 dieron al traste con la referida inversión según la demandante.

Tal criterio se basa en que el Estado Guatemalteco revocó el marco legal que le sirvió para atraer inversiones en ese sector bajo el cual Iberdrola realizó su inversión en ese país. Sin embargo, al modificarse este, la inversión no se comportó del modo en que fuese previsto y fueron modificados todos los principios, criterios, política y hasta el sistema legal sobre los que fue hecha. El Gobierno guatemalteco impuso unas tarifas de distribución de la electricidad por cinco años (2008-2013) que destruyeron la riqueza neta de la Empresa Eléctrica de Guatemala, por lo que habría que alegar que se atentó contra las expectativas legítimas del inversor, lo cual prueba que hubo expropiación indirecta, no sobre lo dispuesto en el APPRI entre España y Guatemala que no refiere los supuestos para la configuración de la expropiación indirecta, pero si conforme a la doctrina que permite esgrimir el tema de las expectativas del inversor contra el Estado Guatemalteco y ello debido justamente a la imprecisión de la cláusula de expropiación del APPRI que ocupa este caso<sup>50</sup>.-

Sobre la base de la redacción de la cláusula de expropiación del APPRI entre El Salvador y España ha sido conocido y publicado el caso Inceysa Vallisoletana, S.L. vs La República de El Salvador (Laudo CIADI No. ARB/03/26). La inversión consiste en la participación de la demandante en un contrato para servicios, instalación, administración y operación de plantas de revisión técnica vehicular, lo que incluye la revisión de emisiones contaminantes de gases, partículas y ruidos. Este contrato se materializó a partir de ganar la demandante la licitación objeto del mismo.

La demandante alega expropiación indirecta por el Estado Salvadoreño de los derechos que el contrato le confiere, debido a la resolución unilateral e injustificada del Contrato. Unido a ello se adicionan los incumplimientos contractuales de El Salvador que vacían de contenido económico los derechos de Inceysa derivados del Contrato. Sin embargo, este arbitraje no se reconoció como tal, en tanto, Inceysa cometió fraude en el proceso de licitación que implicó su elección y no la de otras compañías, en tanto, no mostró sus reales estados financieros así como no tenía la experiencia en el sector que se supuso tenía, razones más que

50 Laudo CIADI Caso No. ARB/09/5, Iberdrola Energía S.A vs La República de Guatemala, 17 de agosto de 2012, pp. 13-39, 53, 55, 56, 62-65, 67-73, 85-90 y 100.

suficientes para que el Gobierno Salvadoreño resolviera el contrato de modo unilateral, lo cual invalida las alegaciones de la demandante sobre expropiación indirecta por dicha resolución<sup>51</sup>.

### ***B) Expropiación indirecta: una embestida contra el Estado español.***

España de país demandante a través de sus empresas radicadas en el exterior se ha convertido en el 3er país más demandado a nivel mundial, con una cifra de 43 demandas en su haber, como huella a la embestida que las trasnacionales han provocado al Estado español a través de sus poderes hegemónicos, siendo algunas de ellas por expropiación indirecta.

La expropiación indirecta asociada a inversiones en el país ibérico comienza con las demandas asociadas al corte de las subvenciones dadas por el Estado Español a los inversores en materia de energía desde el 2004. Se ha de destacar que excepto las demandas interpuestas por inversionistas argentinos y venezolanos en 1997 y 2012 respectivamente, el resto de las demandas Inversionista-Estado se han sustentado en un Tratado multilateral, en este caso: La Carta de la energía. Tratado, invocada en las demandas españolas, lo cual se muestra en los cuatro (4) casos resueltos actualmente y publicados sus laudos, a saber:

Caso Charanne B.V. Construction Investments S.A.R.L. vs el Reino de España (Laudo No. 062/2012 del Instituto de la Cámara de Comercio de Estocolmo)<sup>52</sup>. La inversión se relaciona con generar y comercializar energía eléctrica mediante centrales solares fotovoltaicas, a partir de la adquisición por la demandante de su participación en la sociedad T Solar. En el sector de las energías renovables el Estado español aplicaba un régimen especial de incentivos e invenciones, entre las que se encontraba un sistema de primas y tarifas reguladas para retribuir la producción de electricidad de origen solar fotovoltaico, el cual modificó en el 2010, aludiendo las demandantes que ello afectó el valor económico de la inversión de un modo tal que se produjo una expropiación indirecta.

La decisión del tribunal desestimó dicha alegación en tanto demostró que para que se configurara la misma, las medidas adoptadas por el Estado español modificando la legislación que favorecía la inversión debían provocar una privación total al inversionista de la inversión, efecto que sería el considerado equivalente a una expropiación, hecho que no se produjo, pues T-Solar mantuvo sus derechos como accionista, sin que estos fueran limitados, siguió operando y obteniendo

51 Laudo CIADI Caso No. ARB/03/26, Inceysa Vallisoletana, S.L. vs La República de El Salvador, 2 de agosto de 2006, pp. 9-13, 26 y 103.

52 Laudo del Instituto de la Cámara de Comercio de Estocolmo No. 062/2012 Charanne B.V. Construction Investments vs el Reino de España, 21 de enero de 2016, pp.23-53, 75-81, 87, 88, 90-100, 106-113, 126-130, 133-149 y 155.

ganancias, aun cuando las referidas medidas disminuyeran su rentabilidad. No fue despojada de su bienes y activos ni tampoco del disfrute y disposición de ellos. Por otra parte, la disminución del valor de la inversión no significó una pérdida equivalente a la privación de la propiedad, en tanto el valor de la inversión no fue destruido, siendo el mejor ejemplo que la rentabilidad de las plantas de T-Solar se mantuvieron con números positivos.

En este caso se vuelve a la polémica sobre si el impacto de la medida fue de una interferencia tal que afecta el valor de la inversión de modo sustancial, o implique su destrucción, de manera que sea equivalente a haber privado al inversionista por completo o en una parte significativa, del uso o del beneficio económico razonablemente esperado de la inversión. El simple hecho de que la medida o la serie de medidas generen un impacto económico adverso sobre el valor de una inversión, en sí mismo, no constituye una expropiación indirecta.

Caso Eiser Infrastructure Limited y Energía Solar Luxembourg S.À R.L. vs el Reino de España (Laudo No. ARB/13/36 CIADI). La inversión consistió en la participación accionaria de EISER en octubre de 2007 en el proyecto ASTE, proyecto gigante de energía solar del que adquirieron el 85%, el cual se beneficia del Real Decreto 661/2007, promulgado en mayo de ese año por el Estado español, y por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial, el que EISER reconoció y acogió.

En los meses de marzo y mayo de 2012 después de elevadas inversiones es que las plantas de EISER comenzaron a operar y fueron inscritas finalmente en los meses de noviembre y diciembre de ese propio año. No obstante, en el 2008, los prestamistas del proyecto ASTE habían solicitado una Garantía de la Ventana de Tarifa contra el riesgo de finalización tardía de los proyectos ASTE, que los excluiría del Régimen Especial del RD 661/2007, lo que se logró a través de un Memorando de Entendimiento en el 2009 entre Eiser y Elecnor. En el propio año el Gobierno español promulga el Real Decreto Ley 6/2009 ("RDL 6/2009"), que introdujo un proceso de pre-inscripción ("RAIPRE") para limitar el número de proyectos potencialmente elegibles para el régimen del RD 661/2007. Los proyectos ingresados en el registro contaban con tres años para completarse e inscribirse de forma definitiva.

El 8 de diciembre de 2010, se promulgó el RDL 1614/2010, que implementó el acuerdo entre las operadoras y el gobierno. El art. 4 confirmaba que las revisiones tarifarias contempladas en el RD 661/2007 no aplicarían a las plantas CSP inscritas. El 30 de noviembre de 2010, se escribieron cartas en representación de las tres plantas, renunciando a su derecho de vertido de energía eléctrica a la red antes del día 1 de agosto de 2012. En tres Resoluciones separadas de fecha 2 de febrero de 2011 y 1 de marzo de 2011, se aceptó la renuncia de las plantas

a sus derechos de suministro de energía con anterioridad al día 1 de agosto de 2012. En noviembre de 2011 con la llegada al poder de un nuevo gobierno se adoptaron diversas medidas y se promulgó en enero de 2012 el RDL 1/2012, que suspendía las nuevas inscripciones para el Régimen Especial. Sin embargo, en el año 2012, cuando las plantas estaban a punto de terminarse y entrar en servicio, las autoridades españolas nuevamente afirmaron su participación en el Régimen Especial bajo el RD 661/2007.

Adicionalmente, otras normas fueron promulgadas hasta el 2014 que modificaron el art. 34 de la Ley del Sector Eléctrico de 1997, eliminaron todo el régimen de tarifas fijas y primas, sustituyeron a la Ley del Sector Eléctrico de 1997 y eliminaron por completo la distinción entre Regímenes Ordinario y Especial y finalmente marcaron el fin definitivo del régimen del RD 661/2007.

A partir de las mencionadas normas, las plantas de las Demandantes no se ajustaban al estándar aplicado de manera retroactiva de plantas hipotéticamente "eficientes". Las compañías operadoras entraron entonces en negociaciones de reestructuración de deuda con sus entidades crediticias externas, por lo que, durante los próximos años, todos los ingresos que superaran los costos operativos de ASTE irían a las entidades crediticias externas, estando imposibilitados de pagar los préstamos de los inversores (que estaban capitalizándose) o como retorno de capital; por lo que se produce una destrucción total del valor. Se pierde todo el valor en este proyecto en concreto.

España alega que la reclamación de que expropió ilícitamente las inversiones de las Demandantes en parte mediante la adopción del impuesto del 7% sobre la producción de energía en virtud de una de las leyes promulgadas hasta el 2014, como fue la Ley 15/2012 es inadmisibles porque las Demandantes no cumplieron con el art. 21(5)(b) del TCE, al obviar uno de los requisitos que se establecen para invocar expropiación por medidas impositivas, referido particularmente a que las Demandantes no sometieron su reclamación a la Autoridad Fiscal Competente en relación a que dicho impuesto era expropiatorio. Similar consideración fue la hecha por el Tribunal<sup>53</sup>, el cual no reconoció la demanda por expropiación indirecta sino por violación del trato justo y equitativo.

Caso *Isolux Infrastructure Netherlands, B.V. vs el Reino de España* (Laudo No. Arbitraje SCC V2013/153). La inversión de *Isolux Infrastructure Netherlands, B.V.* (IIN) se efectuó bajo la promesa de una "máxima rentabilidad" garantizada por el pago de un *Feed in Tariff* (FIT) a largo plazo. El valor económico de la inversión de IIN consistía en la seguridad de vender la energía eléctrica producida

53 Laudo CIADI Caso No. ARB/13/36, *Eiser Infrastructure Limited y Energía Solar Luxembourg S.À R.L. vs el Reino de España*, 4 de mayo de 2017, pp. 21-53, 60-72, 117-120 y 173-174.

bajo el Régimen Especial, a una tarifa regulada: el FIT, por lo que la abolición de ese Régimen Especial destruye ese valor económico, al sustituirlo por un nuevo régimen con valor retroactivo que conlleva una rentabilidad muy inferior. A partir de ello la Demandante invocó expropiación indirecta de la inversión de IIN en el sentido del art. 13(1) del Tratado multilateral de la "Carta de la energía", basado como en el caso anterior en el cambio del marco regulatorio en relación con el sector energético que el Estado español efectuó a partir del 2012. Sin embargo, para el Reino de España las medidas adoptadas se basaron en el ejercicio de su poder soberano (*police powers*), y por ende no se consideran expropiatorias.

Adicionalmente, la Demandante en su defensa, junto a los argumentos contra la doctrina de *police powers*, alega que una expropiación indirecta pueda resultar tanto de una pérdida de valor de la inversión, como es el caso en el presente arbitraje, como de una pérdida de control sobre la inversión. De igual modo, argumenta que la jurisprudencia arbitral sobre la que el Reino de España sustenta sus argumentos sobre la no existencia de expropiación sin pérdida de control en la inversión como es *Electrabel c. Hungría*, también reconoce que la expropiación consiste en una privación significativa, existiendo un consenso sobre el contenido del estándar de privación sustancial, el cual se constata cuando las medidas hayan tenido el efecto de desposeer al inversor de la inversión o de su control, y también cuando la pérdida sufrida por el inversor es severa o radical.

Por su parte, la Demandada manifiesta que el TCE no contiene una definición de expropiación indirecta, lo que obliga a considerar dos premisas: "la privación sustancial, radical, severa, devastadora o fundamental de sus derechos", o "la aniquilación virtual, neutralización efectiva o destrucción de hecho de su inversión, su valor o disfrute". A la vez mantiene el fundamento de la ausencia de expropiación refiriéndose al efecto de las medidas sobre la supuesta inversión de la Demandante, cuando precisa el hecho de que la rentabilidad de las medidas cuestionadas garantizara al inversor un 7'1% TIR después de impuestos, una tasa superior a la rentabilidad máxima esperada confesada por la propia ISOLUX (de 6,19% tras la Ley 2/2011). Además, destaca que ni la Demandante ni el grupo ISOLUX al que pertenece, han reflejado en sus libros de contabilidad deterioro alguno vigente de sus activos.

En este caso el Tribunal consideró que no existió expropiación indirecta, sin embargo, uno de los miembros del Tribunal no coincidió con la decisión final y expuso sus criterios, los cuales se refieren a que si bien el régimen de incentivos implementado por los RD 661/2007 y 1578/2008 no estaba dirigido a una "generalidad" indeterminada sino a un número reducido de interesados, las expectativas legítimas pueden generarse a partir del ordenamiento jurídico vigente al momento de realizarse la inversión, es decir, que si el Demandante

puede prever la posibilidad posteriormente a la realización de la inversión no sería posible a la Demandante, invocar expectativas legítimas como fundamento de su reclamo.

La discusión no se basa en la potestad del Estado receptor de modificar su legislación en cualquier momento cual es una facultad *per se* de éste, sino que, si al hacerlo de modo legítimo afecta los derechos adquiridos o expectativas legítimas del inversor, le corresponde indemnizar a este de los perjuicios ocasionados. En síntesis, cuando un inversor cumple con los requisitos establecidos por la normativa vigente para ser acreedor de un beneficio específico y determinado, su desconocimiento posterior por parte del Estado receptor de la inversión, viola una expectativa legítima<sup>54</sup>.

Caso Novenergia II vs Reino de España (Laudo No. 2015/063 Cámara de Comercio de Estocolmo). La inversión consistió en la construcción y organización de ocho plantas fotovoltaicas, para las cuales el Estado español ofrecía y garantizaba ciertas condiciones a los inversores, lo que conformaba un régimen regulatorio especial. Sin embargo, posteriormente el Gobierno español no lo cumplió, ocasionando un daño significativo a Novenergia ascendente a una pérdida de 61,3 millones de euros.

Sobre esa base Novenergia invocó expropiación indirecta por considerar que las medidas adoptadas por España fueron desproporcionadas e implicaron una pérdida sustancial del valor de la inversión, a la par que limitaron la duración del régimen especial, modificaron la revisión del mecanismo de tarifa fija, impusieron una tasa a la producción de energía eléctrica así como suprimieron el anterior régimen relacionado con el Real Decreto 661/2007, a la vez que lo reemplazaron por un sistema de remuneración menos favorable. Esta privación sustancial y permanente implicó que la demandante viese afectado sus derechos, y en tal caso, no pudiera utilizar sus plantas de acuerdo con las garantías presentadas en régimen especial, cual constituyeron expectativas razonables de la demandante sobre los beneficios económicos de su inversión.

Por su parte el Estado español defendió su posición de que no existió expropiación indirecta, alegando que dichas medidas las adoptó bajo el velo de la doctrina de los poderes de policía, como parte del nuevo marco regulatorio que estableció para el sector energético. Finalmente, el Tribunal desestimó la demanda al considerar que los actos regulatorios adoptados por España no fueron dirigidos a regular particularmente las Plantas del demandante y por ende no es previsible que tuvieran un carácter expropiatorio, pues no afectaron los derechos de propiedad

---

54 Laudo SCC No. V2013/153, Isolux Infrastructure Netherlands, B.V. vs el Reino de España, 12 de julio de 2016, pp. 116-126, 158-163, 170, 171, 201-204, 215-225 y 227-228.

del demandante, el cual según su apreciación se mantuvieron intactos, pues la disminución del valor de los activos está asociado al no respeto del estándar de trato justo y equitativo y no al hecho de expropiar en este caso indirectamente<sup>55</sup>.

En todos estos casos, el instrumento jurídico invocado ha sido el Tratado de la Carta de la Energía (TCE) como se refiere en el Informe de Justicia Privatizada cuando expone que “(...) este tratado, firmado a mediados de los años noventa con los objetivos de garantizar el suministro de hidrocarburos a la Unión Europea y de potenciar el sector energético de los países de Europa central, ha sido utilizado como referencia por un conglomerado de grandes empresas e inversores -entre los que destacan diferentes multinacionales de la energía, entidades financieras y fondos privados de inversión- para ir demandando al Estado español ante el CIADI por “una expropiación indirecta de los beneficios que según sus cálculos (estimatorios) podrían haber obtenido con la legislación de partida sobre la cual se basaron para invertir”. Es decir: hicieron inversiones puramente especulativas en el sector de las renovables esperando obtener altas rentabilidades gracias a las primas que otorgaba el Estado y, cuando se recortaron dichas subvenciones, pasaron a utilizar los instrumentos que les brinda la *lex mercatoria* para reclamar el lucro cesante”<sup>56</sup>.

La misma idea abrigada por las multinacionales españolas contra los estados latinoamericanos: le ha sido aplicada ahora al Estado español por compañías europeas, su propia política se convirtió en bumerán hacia ella, tanto que de no estar implicado en arbitrajes Inversionista-Estado en la década de los 90, ha comenzado a ocupar los primeros lugares entre los países más demandados, llegando al día de hoy a ostentar el tercer lugar<sup>57</sup>.

Como se observa tanto en las demandas contra países latinoamericanos como contra el Estado español, la expropiación indirecta que mayormente se configura es la regulatoria, aunque también la progresiva ha tomado lugar en algunas de ellas.

Por otra parte, para la configuración de la expropiación indirecta en los casos aludidos se ha esbozado los elementos *de privación sustancial de la inversión basado en varias cuestiones*: si la medida ha implicado una privación al inversor de modo

55 Laudo Cámara de Comercio de Estocolmo Caso No. 2015/063, Novenergia II vs Reino de España, 15 de febrero de 2018, pp. 166-173.

56 PLAZA, B. y RAMIRO, P.: *Justicia privatizada: el Estado español y los mecanismos de resolución de controversias inversor-Estado*, cit., p. 8.

57 Como refiere el grupo Ecologistas en acción en el libro “El 97 no importa ”Ahora, en la Unión Europea, estamos sufriendo los mismos planes de ajuste estructural, austeridad y disciplina fiscal que se impusieron en América Latina en las últimas décadas del siglo pasado; de igual manera, hoy con tratados como el TTIP y el CETA se pretende restringir nuestra soberanía económica en la misma medida en que la soberanía latinoamericana se vio afectada por la llegada de “nuestras empresas” hace dos décadas. Así, esta nueva ronda de tratados comerciales y acuerdos de inversión supone otro paso más en el avance de la arquitectura de la impunidad construida a favor de las compañías multinacionales y del capital (...)”.

total o parcial de su inversión y el tiempo en que se aplicó la medida, es decir, si se produjo de forma temporal o permanente.

En cuanto al impacto económico, se ha de analizar que no basta que el impacto sea adverso a la inversión sino que este haya tenido una magnitud tal sobre la inversión que no sea posible para el inversionista recuperarlo, lo que hace inutilizable por ende la inversión y con ello que se genere una expropiación indirecta, sin embargo, qué valor se entenderá como afectación a la inversión que implique se considere una expropiación indirecta. Este es otro aspecto ambiguo y que puede tener incidencia al momento de configurarse o no una expropiación indirecta.

En relación con el grado de interferencia sobre las expectativas distinguibles y razonables del inversionista o de la inversión, se conceptualiza este vinculándolo con el hecho de que en el momento de la aprobación de la inversión bajo las leyes vigentes en ese momento, el inversionista modeló la proyección de su inversión con lo cual se hizo unas expectativas que con una intromisión simple del Estado puede hacerlas desaparecer, ¿cómo determinar entonces hasta dónde afectó la intromisión estatal dichas expectativas para que el inversionista pueda alegar expropiación indirecta?, ¿cuál será la interferencia que reconozca el inversionista para calificarla como que se ha interpuesto a sus expectativas, qué se define como expectativa distinguible y razonable?, ¿sobre qué bases se construyen las expectativas que se reconocen en cada uno de los textos de los Acuerdos de inversión sobre los que se han soportado estas demandas?

También relacionado con estos tres presupuestos que pueden proveer una expropiación indirecta aparece el hecho de que el carácter de la medida o la serie de medidas fuera general o particular hacia un inversionista y en función de ello se determina si existe expropiación indirecta o no.

Sin embargo, aun sobre la base de los citados presupuestos existen cuestiones imprecisas y que desatan la polémica de cualquier decisión arbitral, pues en la mayoría de los casos existen indefiniciones como las siguientes:

No se establece en los Acuerdos de inversión que sirven de soporte a las demandas el límite de tiempo para considerar que la privación fue temporal o permanente ¿se considerará temporal un (1) año o sólo hasta seis (6) meses?

Sobre cuáles valores de la inversión se entenderá que la privación ha sido parcial o total, ¿parcial significará el despojo de un 50, 70% del total de la inversión o no? ¿Valores menores?, ¿a partir de cuál valor? Vuelve en este punto a constatarse una imprecisión en las redacciones de los Acuerdos que no suplen el vacío que se ha de enfrentar.

#### IV. CONCLUSIONES:

Los Acuerdos de Inversiones latinoamericanos como españoles no han provisto de una referencia precisa a la expropiación indirecta en la cláusula de expropiación que en ellos se establece, abriendo una brecha para que se invoque este tipo de expropiación y se interpongan demandas contra los Estados de Latinoamérica y España en Tribunales internacionales desde la perspectiva de los inversores.

El caso español es paradigmático en tanto en los últimos años se convirtió de país de origen de las demandas en país demandado, destacándose en su haber una cifra significativa asociada a Tratados en el ámbito multilateral y no meramente bilateral.

De cualquier modo, el saldo de las demandas para los países, se muestra como un indicador negativo, sean de un mayor o menor grado de desarrollo, lo que determina la necesidad de una formulación sobre la cláusula de expropiación más precisa desde la realidad de cada uno y considerando la manera en que discurren las administraciones, así como el comportamiento de los funcionarios e instituciones dentro del amplio entramado empresarial existente.

## BIBLIOGRAFÍA

AGO, R.: "Document A/CN.4/217 AND ADD.I, First Report of Responsibility of State", en AA.VV.: *Extracto del libro anual de la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas Volumen II*; Naciones Unidas, New York, 1969, disponible en: [http://legal.un.org/84B397CA-49BD-4469-9E50-32B3113BC3B5/FinalDownload/DownloadId-CCBD13B6F9B913114173A924DDF3BE75/84B397CA-49BD-4469-9E50-32B3113BC3B5/ilc/documentation/english/a\\_cn4\\_217.pdf](http://legal.un.org/84B397CA-49BD-4469-9E50-32B3113BC3B5/FinalDownload/DownloadId-CCBD13B6F9B913114173A924DDF3BE75/84B397CA-49BD-4469-9E50-32B3113BC3B5/ilc/documentation/english/a_cn4_217.pdf)

AMADO V, JD. y R.C, BA.: "La Expropiación Indirecta y la protección de las inversiones extranjeras", *Revista de Derecho THEMIS 50*, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2005.

MANN, H., MOLTKE, K. V., PETERSON, L. E. y COSBEY, A.: "Acuerdo Internacional Modelo del IISD sobre inversión para el desarrollo sostenible", *Instituto Internacional para el desarrollo sostenible*, Winnipeg, Manitoba, Canadá, 2005.

MELGEN, D. E.: "Informe sobre Expropiación indirecta y el derecho a la regulación en la ley internacional de la inversión", *República Dominicana*, 2003, Disponible en: <http://www.eliasmelgen.com/publicaciones/ExpropiacionIndirecta.pdf>

PÁEZ, M.: "La expropiación indirecta frente al CIADI: consideraciones para la autorregulación de los actos administrativos de los Estados", *Revista de Estudios Internacionales*, Instituto de Estudios Internacionales, Chile, Universidad de Chile, vol. 39, núm. 153, abril-junio 2006.

PLAZA, B. y RAMIRO, P.: *Justicia privatizada: el Estado español y los mecanismos de resolución de controversias inversor-Estado*, Observatorio de Multinacionales en América Latina (OMAL) – Paz con Dignidad, Madrid, 2016, Disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS/CountryCases/>

VELÁZQUEZ MELÉNDEZ, R.: "Expropiación indirecta. Justificación, regímenes, casos, criterios y usos", *Revista ius et veritas*, núm. 46, 2013.