

El análisis de la actuación estatal en supuestos de expropiación indirecta de inversiones foráneas, tras una década de práctica arbitral*

The analysis of State action in cases of indirect expropriation of foreign investments after a decade of arbitral practice

Ivette S. Esis Villarroel**

A través del estudio de laudos arbitrales dictados en la última década, este trabajo tiene como objetivo determinar la existencia de elementos de análisis comunes de los árbitros para examinar la actuación estatal en litigios de expropiación indirecta de inversiones extranjeras. Utilizando el método inductivo, se revisaron 172 laudos dictados entre los años 2010 y 2021. De ellos, se sistematizaron y analizaron 149. Partimos de la hipótesis inicial conforme a la cual algunos tribunales en la actualidad analizan con más detalle tal actuación. Este estudio arrojó hallazgos de interés. En primer lugar,

Through the study of different arbitral awards issued in the last decade, this work aims to determine the existence of common analytical elements of arbitrators to examine state action in indirect expropriation of foreign investments cases. Using the inductive method and the *case-by-case approach* method, 172 awards issued between 2010 and 2021 were reviewed. Of these, 149 were systematized and analyzed. We start from the initial hypothesis according to which some tribunals currently analyze such action in more detail. This study yielded several

RESUMEN / ABSTRACT

* Este trabajo forma parte del Proyecto ANID/ Fondecyt Iniciación No. 11190168, financiado por la Agencia Nacional de Investigación y Desarrollo de Chile (ANID), titulado "Protección de la inversión chilena en el exterior frente al riesgo de expropiaciones indirectas", del cual Ivette S. Esis Villarroel es Investigadora Responsable. La autora agradece a María Gabriela De Abreu Negrón y Gabriel Briceño, ayudantes de investigación del referido Proyecto, por su colaboración en la revisión de laudos arbitrales; así como también agradece al Prof. Dr. Jaime Phillips por sus valiosos comentarios y aportes.

** Académica e investigadora. Facultad de Derecho, Universidad Finis Terrae (Santiago, Chile). Doctora en Derecho (Universidad de Valencia, España). Correo electrónico: iesis@uft.cl / ivette.esis@gmail.com Dirección postal: Avenida Pedro de Valdivia 1509, Edificio Pocuro, piso 3. Facultad de Derecho, Universidad Finis Terrae, Santiago de Chile.

Este artículo fue recibido el 5 de enero de 2022 y aceptado el 10 de noviembre de 2022.

se demostró que en 42% de los casos la revisión del acto estatal no fue considerado como un criterio identificador de expropiaciones indirectas. Incluso, en un 2% de los casos fue calificado como un elemento no relevante. Mientras que en 47% de los litigios sí fue analizado. De este porcentaje, en 26% de los casos se consideró un acto legítimo, mientras que en 21% se trató de un acto ilegítimo, vale decir, que constituyeron expropiaciones indirectas. En 9% de los casos, se determinó que la actuación estatal era de *iure gestionis* y no de *iure imperii*. En segundo lugar, se determinó la existencia de cuatro elementos en el examen realizado por los tribunales arbitrales: (a) la identificación de la actuación o conducta atribuible al órgano estatal reclamada por el inversor; (b) la presunción de legitimidad de la actuación del órgano estatal; (c) los supuestos de ilegítima actuación del órgano estatal; y, (d) la carga de la prueba. Consideramos que el examen de la actuación estatal es muy importante dado que permite la realización de un estudio exhaustivo del problema planteado y que su resolución sea mucho más completa y transparente para las partes involucradas y para la colectividad. Si la medida realmente atiende a objetivos públicos estaríamos en presencia de una actuación soberana y legítima del Estado. En cambio, si se demuestra que no ha sido así, podría activarse el sistema de responsabilidad de los Estados por la comisión de actos contra el Derecho Internacional. Bajo este escenario, puede enfrentarse el Estado anfitrión a costosos litigios, al detrimento de la calidad de vida de sus ciudadanos por la generación de deuda pública no financiera externa y al aumento del riesgo reputacional frente a sus pares en la comunidad internacional.

Palabras clave: Derecho internacional, expropiación directa e indirecta, arbitraje de inversiones, carácter de la medida estatal.

findings. In the first place, it was shown that in 42% of the cases the revision of the state action was not considered as an identifying criterion of indirect expropriations. In 2%, it was even classified as a non-relevant element. While in 47%, the state measure was analyzed. Of this percentage, in 26% of the cases it was considered a legitimate act, while in 21% it was an illegitimate act. In 9% of the cases, it was determined that the state action was *iure gestionis* and not *iure imperii*. In second place, the study showed the existence of four common elements that correspond to (a) the identification of the action or conduct attributable to the State organ claimed by the investor; (b) the presumption of legitimacy of the State organ's action; (c) the assumptions of illegitimate action by the State. We believe that the examination of State action is very important since it allows an exhaustive study of the problem raised and that its resolution is much more complete and transparent for the parties involved and for the community. If the measure really meets public objectives, we would be in the presence of a sovereign and legitimate action by the State. However, if this proves not to have been the case, the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts system may be engaged. Under this scenario, the host State may face costly litigation, detriment to the quality of life of its citizens through the generation of external non-financial public debt and increased reputational risk vis-à-vis its peers in the international community.

Keywords: International Investment Law, direct and indirect expropriation, investment arbitration, character of State measures.

Introducción

El Derecho Internacional Económico y, en particular, el régimen jurídico internacional de las inversiones extranjeras y los mecanismos de solución de conflictos inversor-Estado, se ha convertido en un área muy relevante durante las últimas décadas. Convergen en ella tres grandes intereses: los del Estado receptor de la inversión, que requiere atraer la inversión extranjera directa a los fines de mejorar sus condiciones socioeconómicas; los del Estado de origen del inversionista, que desea que su nacional sea tratado conforme a los estándares negociados en el tratado que lo vincula con el Estado anfitrión; y los del inversor, quien asume diversos riesgos para obtener lucro más allá de sus fronteras¹. Esta convergencia de intereses ha dado lugar a la celebración de casi 3000 tratados bilaterales y de capítulos especiales incorporados en tratados de libre comercio, con el propósito de brindar la seguridad jurídica requerida para incentivar el flujo internacional de la inversión extranjera directa².

Buena parte de estos tratados contiene reglas sustantivas como trato justo y equitativo, plena protección y seguridad, tratamiento nacional, cláusula de nación más favorecida, libre transferencia de capitales. Pero, también, cláusulas de resolución de conflictos entre Estados sobre la interpretación y el cumplimiento del instrumento convencional. Y, en muchos casos, se incorporan mecanismos de solución de controversias entre inversores extranjeros y Estados receptores de inversión como la negociación y el arbitraje de inversiones. Este tipo particular de arbitraje se caracteriza por ser un denominado *ternium genus* entre el arbitraje de Derecho Internacional Público y el arbitraje comercial³, toda vez que lo que se ventila en este tipo de litigios se refiere a la violación o no por parte del Estado de un tratado de inversiones.

El interés que ha suscitado el arbitraje de inversiones ha ido en aumento en consideración no solo al número de casos iniciados por inversionistas contra Estados receptores –administrados por el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) y otras instituciones arbitrales como la Corte Permanente de Arbitraje (CPA) o el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo (SCC, en siglas inglesas)–, sino también debido al interés público que en estos arbitrajes se ventila: (i) desde el escrutinio que realizan algunos tribunales arbitrales sobre las acciones y omisiones del Estado receptor reclamadas por los inversores como violatorias de alguna de las garantías materiales ofrecidas en el tratado de inversión aplicable; (ii) la legitimidad y la transparencia de los procesos arbitrales; y, (iii) hasta la preocupación de los ciudadanos y las autoridades públicas por la deuda externa no financiera de los Estados, derivada de los laudos arbitrales condenatorios⁴.

¹ SALACUSE 2021, 52.

² UNCTAD 2022.

³ RUEDA 2009, 60.

⁴ FEBLES POZO 2020, 1-4; PALUMA, ESIS Y BRICEÑO 2020, 558-577.

Uno de los reclamos más frecuentes en la litigiosidad inversor-Estado se refiere a los casos de expropiación indirecta⁵. Consideradas medidas que –sin mediar un título traslativo de la propiedad del particular al Estado– generan el mismo efecto equivalente a una expropiación directa, su identificación responde al análisis de las circunstancias fácticas y legales de cada caso⁶. En esta tarea, la Conferencia de Naciones Unidas para el Comercio y el Desarrollo (UNCTAD) y la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) coinciden en afirmar que deben ser analizados el grado de interferencia de la medida estatal en la propiedad del inversionista (impacto económico, duración de la medida); el carácter del acto estatal en estudio y la vulneración de las legítimas expectativas del inversor⁷. Desde el punto de vista doctrinal, seguido por la práctica de los arbitrajes de inversiones, existen dos grandes tendencias: Una, que considera que el criterio de identificación más importante debe ser la privación sustancial de la propiedad, como efecto o consecuencia de la medida estatal (denominado *sole effect doctrine*). Y, otra que exige el examen de todos los elementos recomendados por UNCTAD y OCDE, incluyendo el examen de la legitimidad de la acción del Estado receptor⁸.

Acogiendo la segunda posición, este trabajo tiene como objetivo determinar, a través del estudio de distintos laudos arbitrales dictados en la última década, la existencia de elementos de análisis comunes por parte de los árbitros para examinar la actuación estatal en los supuestos de expropiación indirecta de inversiones extranjeras. A pesar de la diversidad de tribunales arbitrales *ad hoc* y de la multiplicidad de fuentes aplicables, partimos de la hipótesis conforme a la cual algunos tribunales sí están examinando con detalle si el acto estatal atiende al interés público que el Estado indica proteger. Para cumplir con este propósito, utilizando el método *case-by-case approach* y el método inductivo, fueron identificados 172 laudos arbitrales dictados entre 2010 y 2021. De dicha cantidad, a la fecha de redacción de este trabajo, fueron analizados 149. No se incluyeron en este análisis laudos de jurisdicción ni los relativos a la violación de otras garantías. Excepcionalmente se consideraron algunos litigios sobre trato justo y equitativo y expropiación directa. De ahí que, en primer lugar, este trabajo contiene un breve análisis sobre la denominada *causa expropriandi* como requisito de una expropiación directa y lícita bajo el Derecho Internacional. En segundo lugar, se estudian las nociones generales del poder regulatorio de los Estados y su relación con las expropiaciones indirectas; y, de seguidas, exponemos los hallazgos encontrados en el referido estudio y nuestras reflexiones y conclusiones finales.

⁵ LIM *et al.*, 2019, 346.

⁶ ANTHONY 2017, 325.

⁷ OECD 2004; UNCTAD 2012, 62-63.

⁸ MC.LACHLAN y WEINIGER 2008, 295-296; SORNARAJAH 2015, 210; ZARRA 2017, 101; LÓPEZ ESCARCENA 2020, 118-119; PRISLAN 2021, 187.

I. La *causa expropriandi* como requisito de legalidad de una expropiación bajo el Derecho Internacional

Las reglas atinentes a la adquisición del derecho de propiedad sobre un activo corresponden a la regulación contenida en el derecho nacional (del Estado receptor) bajo el cual se constituye y, una vez adquirido, el Derecho Internacional le otorga la debida protección⁹. Ahora bien, este derecho no es absoluto debido a la existencia de limitantes en atención a su función social. En efecto, el derecho de propiedad está limitado al cumplimiento de objetivos de carácter general y la autoridad competente tiene la obligación de determinar en forma soberana cuál es la causa de utilidad pública o interés social perseguido¹⁰. En el Derecho Internacional, esta exigencia la observamos en el marco del régimen jurídico internacional de protección de derechos humanos y bajo el ámbito del denominado Derecho internacional de las inversiones (DII), entendida como un área especializada del Derecho internacional económico.

En el primer caso, el derecho de propiedad es reconocido en los artículos 17 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 1º del Protocolo adicional al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Aunque escapa del objetivo de nuestro trabajo, sí debemos puntualizar ciertas consideraciones expresadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte Europea de Derechos Humanos (CEDH). Por un lado, la CIDH ha expresado que las razones de utilidad pública o interés social constituyen uno de los requisitos para que un Estado pueda justificar válidamente la privación del derecho de propiedad, bajo los términos de la Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 21)¹¹. Se considera que la privación o la restricción al derecho de propiedad responden a medidas de carácter excepcional y, por lo tanto, debe analizarse la legitimidad de utilidad pública que acompaña el acto estatal¹². La "utilidad pública" y el "interés social" –refiere la Corte– obedece a los bienes cuyo uso contribuya al desarrollo de una sociedad democrática¹³. Por otro lado, la CEDH también ha afirmado que la toma de una propiedad se justifica solo cuando se demuestra que la expropiación es en beneficio del interés público y conforme a los requerimientos legales correspondientes¹⁴. Aunque se admite el concepto amplio de la utilidad pública y se reconozca plena potestad soberana a las autoridades públicas para dictar legítimamente actos que

⁹ Douglas 2009, 52-53; Esis Villarroel 2018, 174-175; Cox 2019, 311-32. *América Móvil S.A.B. de C.V. v. República de Colombia* (2021), § 319.

¹⁰ QUEZADA RODRÍGUEZ 2018, 92-93. Kulick 2012, 50.

¹¹ *Ivcher Bronstein v. Perú* (2001) § 128, *Salvador Chiriboga v. Ecuador* (2008), § 61. BURGORGUE-LARSEN 2013, 625; LÓPEZ ESCARCENA 2014, 531-576.

¹² *Salvador Chiriboga v. Ecuador* (2008), § 65.

¹³ *Salvador Chiriboga v. Ecuador* (2008), § 73.

¹⁴ *Sharxhi y otros v. República de Albania* (2018), § 166-167. LÓPEZ ESCARCENA 2014, 63-65.

interfieran en el Derecho de propiedad de la persona, se exige también un estudio de proporcionalidad entre el interés general del colectivo y la protección del derecho de propiedad individual¹⁵.

En el segundo caso, bajo el ámbito del DII el Derecho de propiedad es también objeto de protección conforme a diversos tratados especiales en la materia (tratados bilaterales de promoción y protección de inversiones y capítulos de inversiones contenidos en tratados de libre comercio). Dichos instrumentos convencionales contienen, generalmente, listas enunciativas de activos y de operaciones que califican como inversión¹⁶. Si el activo o la operación realizada por el inversionista foráneo en el territorio del Estado receptor se subsume en la referida lista, calificaría como inversión y, por consiguiente, estaría bajo el marco de protección material del tratado. En efecto, los convenios transfronterizos en materia de inversión reconocen la potestad soberana de los Estados a expropiar activos de nacionales y extranjeros, siempre que se cumplan con ciertos requisitos: (i) que atienda a una causa de interés público o de utilidad pública; (ii) que no se trate de una medida discriminatoria; (iii) que sea respetado el debido proceso y (iv) deba pagarse una compensación por la pérdida de la propiedad¹⁷.

En el marco del arbitraje de inversiones, el artículo 42 de la Convención sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados (Convención de Washington) establece que el tribunal arbitral debe aplicar el derecho elegido por las partes y, en su defecto, el derecho del Estado receptor y las normas de Derecho Internacional. Esto implica la revisión de ambos órdenes jurídicos, particularmente en supuestos cuando el tratado aplicable así lo exija; cuando el derecho interno remita la solución conforme al Derecho internacional; o, cuando no provea solución al respecto¹⁸. Al analizar con detenimiento algunos tratados de inversión, observamos que las nociones de "interés público" y la "utilidad pública o social" corresponden a la denominada *causa expropiandi*¹⁹. Y, en este punto, observamos tres tipos de regulación transfronteriza: (i) tratados que no tienen una definición de los términos "interés público" o de "utilidad pública"²⁰; (ii) otros convenios que indican que el "propósito público" o "*public purpose*"

¹⁵ *Sociedad Anónima del Ucieza v. Reino de España* (2014) § 71-73. Joseph 2013, 860.

¹⁶ MONEBHURRUN 2014, 12-15.

¹⁷ A modo ilustrativo podemos citar el artículo 6 del Convenio sobre promoción y protección recíproca del Reino de Noruega y la República de Chile, así como el artículo 10.9.1. del Capítulo IX del Tratado de Libre Comercio entre Chile y Estados Unidos. En el caso de la República Popular de China, Chile celebró en 2006 un tratado de libre comercio que posee algunas disposiciones generales en materia de inversiones.

¹⁸ KULICK 2012, 14. HERNÁNDEZ 2016, p. 74. Véase también *América Móvil S.A.B. de C.V. v. República de Colombia* (2021), § 332-340.

¹⁹ LIM *et al.*, 2019, 324; REINISCH Y SCHREUER 2020, 187.

²⁰ Veáanse los artículos 6 del Tratado de promoción y protección de inversiones entre la República de El Salvador y la República de Chile (1996), del Tratado de promoción y protección de inversiones entre la República de Guatemala y la República de Chile (1996) y del Acuerdo de promoción y protección de inversiones entre la República de Cuba y la República de Chile (1996).

se refiere a un concepto del Derecho Internacional consuetudinario²¹; y (iii) tratados que expresamente remiten al orden jurídico de cada Estado involucrado en el tratado²².

El examen realizado por los tribunales arbitrales de la actuación estatal parte del consentimiento del propio Estado al celebrar y ratificar tratados que lo autorizan²³. Hace casi una década se pensaba que en el DII los tribunales arbitrales no examinaban la razón o motivación de una expropiación²⁴. Sin embargo, esto ha ido variando con el tiempo, a pesar de las dificultades que la práctica arbitral evidencia en la apreciación de la *causa expropriandi*. Esto obedece a que, tal como refieren Reinisch y Schreuer, los tribunales gozan de amplia discrecionalidad y han tomado decisiones divergentes en razón a los hechos de cada caso y a las soluciones contenidas en el tratado internacional aplicable²⁵. Como pueden verse en los dos literales que siguen a continuación, observamos en nuestro estudio dos tendencias:

A) Siguiendo lo planteado en el párrafo anterior, la primera tendencia corresponde a la de aquellos tribunales arbitrales que no entraron a analizar o examinar la motivación estatal de causa de utilidad pública o social de la medida expropiatoria. Pero, sin embargo, sí han objetado la falta de pago del Estado al inversor de una compensación²⁶. Varios ejemplos ilustran la situación planteada. En el litigio *Copper Mesa Mining Corp. v. Ecuador*, relacionado con la expropiación de una concesión para la explotación de cobre, el tribunal arbitral expresó que no era su función determinar el interés nacional de la República demandada. Sin embargo, debido a que no se respetó el debido proceso y no fue pagada la compensación correspondiente, declaró ilegal el acto expropiatorio bajo el tratado aplicable (Canadá-Ecuador)²⁷. En el asunto *Tenaris Talta v. Venezuela (I)*, el tribunal arbitral consideró que la nacionalización de los activos de los inversionistas fue ilegal al incumplir con el pago de la compensación convenida en los tratados de inversión aplicables²⁸. Y, en el litigio *Guaracachi America, Inc. y Rurelec PLC v. Bolivia*, el tribunal arbitral no cuestionó la causal de utilidad pública y beneficio social del Decreto de nacionalización de los activos de inversionistas ingleses en la empresa eléctrica Guaracachi, por no ser objeto de debate entre las partes y porque

²¹ Artículo 10.7: Expropiación e Indemnización CAFTA-Dr y el Protocolo Alianza del Pacífico, Capítulo 10, artículo 10.12. MARTÍNEZ-FRAGA y REETZ 2015, 124-125.

²² Acuerdo de Libre Comercio América Central y México (2011). Capítulo XI Inversión. Anexo 11.11.

²³ PÉREZ 2012, 318.

²⁴ JOSEPH 2013, 860.

²⁵ REINISCH Y SCHREUER 2020, 195-196, 204.

²⁶ *Stans Energy Corp. y Kutisay Mining LLC v. República de Kirguistán (II)* (2019), § 613; *Marion y Reinhard Unglaube v. República de Costa Rica* (2012), § 166; *Mobil Corporation, Venezuela Holdings, B.V. et al v. República Bolivariana de Venezuela* (2014), § 305; *OI European Group B.V. v. República Bolivariana de Venezuela* (2015), § 411.

²⁷ *Cooper Mesa Mining Corp. v. República de Ecuador* (2016), §6.64.

²⁸ *Tenaris S.A. y Talta-Trading e Marketing Sociedade Unipessoal Ltda. v. República Bolivariana de Venezuela (I)* (2016), § 512.

—en su opinión— su definición y contexto deben seguir los postulados del Derecho interno boliviano²⁹. Lo que se refutó fue la falta de pago de la debida compensación por parte de Bolivia a los inversores.

B) La otra tendencia responde a la de ciertos tribunales arbitrales que examinan el carácter de la medida estatal. Este estudio lo realizan caso-a-caso, conforme a la normativa interna y al tratado aplicable. De esta forma, los árbitros analizan no solo si hubo o no privación del derecho de propiedad, sino también cuál fue el propósito público o causa de utilidad pública que justificó el Estado receptor como motivo para expropiar la inversión foránea. En este escenario, la carga de la prueba recae en el propio Estado para defenderse del alegato contrario del inversionista demandante. Así quedó reflejado en el caso *ADC Affiliate Limited et al v. Hungría*, cuyo tribunal arbitral explicó que la razón de interés estratégico del Estado de expropiar debe ser demostrado sino probado³⁰. Esto fue reiterado en el asunto *Koch Nitrogen International SÁRL v. Venezuela*, cuyo tribunal consideró que las políticas estatales previas al decreto de expropiación de los activos del inversor suizo en unas plantas de amoníaco y urea no violaron el tratado aplicable, debido a que fueron dictadas de buena fe con el propósito de atender a las necesidades alimentarias de la población³¹.

Esta tendencia nos parece adecuada dado que permite comprender qué ocurrió en cada litigio. Los requisitos convencionales exigen el cumplimiento de los requisitos, incluyendo la *causa expropriandi*. Solo tomar en cuenta si hubo o no pago de compensación y no la motivación estatal, hace que el examen de los árbitros no sea suficiente para determinar si la expropiación fue o no conforme al Derecho Internacional. A modo ilustrativo, en *Ioannis Kardassopoulos et al v. Georgia* el tribunal arbitral determinó que la expropiación de los intereses de los inversores —de origen griego e israelí— manifestada a través de la cancelación de una concesión y derechos de un *joint venture* para el desarrollo de un oleoducto— fue legítima en su motivación dado el interés de dicho país de potenciar su economía³².

Asimismo, en dos litigios se mostró la situación contraria: la presencia de un acto ilegítimo y no conforme bajo el DII. En primer lugar, en el asunto *Flughafen et al v. Venezuela*, la intervención y toma del control físico de las instalaciones de un aeropuerto concesionado por inversores de nacionalidad chilena y suiza, además de una serie de decisiones judiciales que avalaron la

²⁹ *Guaracachi America, Inc y Rurelec PLC v. Estado Plurinacional de Bolivia* (2014), § 437-438. También en el asunto *South American Silver Limited v. Estado Plurinacional de Bolivia* (2018), § 875, el tribunal arbitral consideró el incumplimiento de pago de la indemnización como elemento para considerar la ilegalidad de la expropiación. Sin embargo, en el litigio se demostró que el interés de la demandada en la expropiación de las concesiones mineras era evitar la continuidad de un conflicto social en la localidad.

³⁰ *ADC Affiliate Limited; ADC & ADMC Management Limited v. Hungría* (2016), § 431-432; *British Caribbean Bank Limited v. Belice* (2014), § 236.

³¹ *Koch Nitrogen International SÁRL v. República Bolivariana de Venezuela* (2017), § 7.17-7.20

³² *Ioannis Kardassopoulos y Ron Fuchs v. Georgia* (2010), § 391-392.

actuación de las autoridades administrativas, no lograron ser justificadas por la República demandada durante el arbitraje. En efecto, el tribunal arbitral consideró que las razones de utilidad pública o de “preservación de los derechos de los usuarios” no fueron debidamente probadas³³. Y, en segundo lugar, en el litigio *Vestey Group Limited v. Venezuela*, el tribunal arbitral examinó el interés público perseguido por las autoridades estatales cuando fueron expropiados activos propiedad del inversor inglés. La República argumentaba que la medida dictada obedecía a que la empresa no había demostrado los títulos de propiedad sobre las tierras de uso agrícola y, para asegurar el acceso de la población a los alimentos, ordenó su recuperación por razones de utilidad pública. El tribunal arbitral determinó la inexistencia de un vínculo o nexo entre el objetivo público declarado y la expropiación propiamente dicha, debido a que se evidenció que el inversor contribuía –junto al Estado– a la consecución de la seguridad alimentaria de la población³⁴.

II. La potestad regulatoria de los Estados versus los intereses de los inversionistas: la identificación de una expropiación indirecta

Como indicamos en líneas anteriores, las expropiaciones indirectas se distinguen por la inexistencia del título formal traslativo de la propiedad privada a manos del Estado, pero sus efectos son equivalentes a una expropiación directa³⁵. La práctica arbitral revela un elenco de actuaciones estatales que constituyen ejemplos ilustrativos de esta situación tales como la revocación o la anulación de licencias y permisos previamente otorgados; la imposición de cargas legales y fiscales desproporcionadas y arbitrarias; la ocupación temporal y forzosa de activos (en especial, de bienes inmuebles) por autoridades administrativas del Estado receptor; el dictamen de actos administrativos que interfieren en el manejo y administración de la inversión o que imposibilitan la repatriación de capitales, entre otros.

³³ *Flughafen Zürich A.G. y Gestión e Ingeniería IDC S.A. v. República Bolivariana de Venezuela* (2014), § 528.

³⁴ En particular, el tribunal arbitral expresó que “(...) la idea es determinar si la medida tenía un nexo razonable con el propósito público declarado o, en otras palabras, era al menos capaz de promover ese propósito”. La República argumentó que el propósito de la toma de posesión de la empresa Agroflore –propiedad de los inversores ingleses– consistía en asegurar el acceso de la población a los alimentos. Sin embargo, durante el arbitraje, aceptó que la empresa fue muy productiva y que la producción de carne se vendía en el mercado nacional a precios regulados. Luego, un experto de la parte demandada testificó ante el tribunal que, para ese entonces, el gobierno venezolano importaba ganado del extranjero a precios más altos que los nacionales y luego subsidiaba su precio para revenderlo en el mercado a un bajo costo. Ante esta situación, el tribunal consideró que el inversionista compartía la carga con la República de satisfacer las necesidades alimentarias de la población. Y por el hecho de expropiarla, no mejoró dicho acceso dado que no se evidenció que la producción de carne aumentara luego del dictamen de la medida o que la población tuviese mayor acceso a ella”. *Vestey Group Limited v. República Bolivariana de Venezuela* (2016), § 293-300.

³⁵ FAYA RODRÍGUEZ 2013, 219-246. Asimismo, ver: *M. Meerapfel Söhne AG v. República Centroafricana* (2011), §354.

La doctrina ampliamente ha descrito dos grandes tipos: por un lado, la expropiación indirecta progresiva o *creeping expropriation* conformada por una serie de actos estatales que, en su conjunto, gradualmente afectan la propiedad y el control de la inversión; y, por otro, la denominada expropiación indirecta de carácter regulatorio, como consecuencia de las acciones del Estado receptor para proteger ciertos intereses colectivos legítimos³⁶. Precisamente esta última es la que más ha generado interés y puntos de inflexión³⁷.

Tal como refiere Montt, la existencia, el contenido y los límites al derecho de propiedad dependen de decisiones soberanas de órganos del Estado. En particular, respecto a los límites e intervenciones en ciertos sectores, cualquier cambio regulatorio sobre derechos económicos y libertades genera ganadores y perdedores³⁸. E, incluso –como explica Levashova– potencialmente puede frustrar expectativas de inversionistas creadas a partir de ese marco ofrecido inicialmente por el Estado receptor³⁹. Estas limitaciones e intervenciones privilegian la protección de ciertos ámbitos de la vida nacional para resguardar intereses tales como el cuidado del medioambiente, la salud pública, la protección de los intereses de los consumidores o la seguridad nacional, por sobre los intereses individuales de los ciudadanos⁴⁰.

Cuando se reclama la existencia de expropiaciones indirectas de inversiones foráneas por causa de una medida regulatoria, nos preguntamos: ¿cómo podemos distinguir si estamos en presencia de una medida estatal que realmente atiende a la protección de los “legítimos intereses” del Estado receptor –y, por tanto, no compensables– de aquéllas que, lejos de atender a esa motivación, constituyan una expropiación indirecta violatoria de los tratados internacionales de inversión, y por ende compensables? En principio, se presume la legitimidad de las medidas estatales cuando tienen como propósito la protección de un objetivo público legítimo, supuesto en el cual se considera que la actuación estatal se ha realizado de buena fe⁴¹.

Como se analiza en el punto 3 de este trabajo, en la práctica arbitral inversor-Estado se ha evidenciado un interesante elenco de casos donde se contrastan los intereses del Estado en preservar y cuidar legítimamente sus objetivos públicos y los del inversor en pro de mantener la operatividad y la viabilidad económica de su inversión⁴². Claramente este último asume una

³⁶ ANTHONY 2017, 327; SUÁREZ RODRÍGUEZ 2020, 648. LEVASHOVA 2019, 238-239.

³⁷ NOVAK 1996, 20-21; LEHMANN 2021, 75; MONTT 2009, 231; LEHMANN 2021, 74.

³⁸ MONTT 2012, 168-169.

³⁹ LEVASHOVA 2019, 153.

⁴⁰ HERNÁNDEZ 2016, 4. RIZO 2020, 73-100; KOLO 2016, 407-408. Véase también *Señor Tza Yap Shum v. República de Perú* (2011), § 145; *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona SA y Vivendi Universal SA v. República Argentina* (2010), § 132-140.

⁴¹ UNCTAD 2012, 78; COX 2019, 152; LEVASHOVA 2019, 25; *Quiborax S.A., Non Metallic Minerals S.A. y Allan Fosk Kaplún v. Estado Plurinacional de Bolivia* (2015), § 202.

⁴² *RosInvestCo UK Ltd. v. Federación Rusa* (2010), § 611-621; *Magyar Farming Company Ltd, Kintyre Kft and Inicia Zrt v. Hungría* (2019), § 344-347; *Serafin García Armas y Karina García Gruber v. República Bolivariana de Venezuela* (2019), § 298.

serie de riesgos cuando decide emprender económicamente más allá de sus fronteras y busca mitigarlos, en la medida de lo posible. Además, está consciente que el Estado receptor puede soberanamente modificar su marco regulatorio. Sin embargo, el ejercicio de esta facultad tiene límites establecidos en su propio Derecho interno como también en los tratados de inversión que ratifica con otros países⁴³.

Conforme al artículo 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de Tratados, los instrumentos convencionales deben ser cumplidos de buena fe y no puede el Estado invocar su propio Derecho interno para intentar desvincularse de sus efectos. Por tanto, en estos supuestos, si bien un Estado puede ejercer legítimamente su potestad regulatoria, le acompaña también el deber de conducir sus actuaciones en armonía conforme a su orden jurídico interno, en diálogo a lo convenido en los tratados internacionales⁴⁴. El incumplimiento de una obligación internacional y, en nuestro caso, el dictamen de una medida arbitraria o desproporcional, que no atienda a un objetivo público legítimo y que acarree la pérdida del derecho de propiedad al inversionista foráneo, puede activar el sistema de responsabilidad internacional de los Estados. En efecto, conforme al Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad de los Estados por Hechos Ilícitos (2001), la actuación o la omisión del Estado contrarios a las obligaciones contraídas con otros Estados puede originar reclamaciones contra el primero⁴⁵. En nuestro caso, esto ocurre cuando no se cumplen los requerimientos exigidos bajo los tratados de inversión⁴⁶. A ello también se agrega el aumento del riesgo reputacional de este Estado frente a sus pares en la comunidad internacional y las consecuencias que se generaran para la ciudadanía. La experiencia latinoamericana evidencia la afectación económica para los Estados cuando actúan en forma contraria al Derecho internacional, debido a la deuda pública no financiera generada por laudos arbitrales dictados en su contra⁴⁷.

Frente a toda esta situación, la delimitación entre las medidas estatales legítimas y las de carácter indirecto se ha puesto de relieve en los recientes tratados de inversión. Los equipos negociadores de los Estados se han preocupado por incorporar en estos instrumentos convencionales: (i) la definición general de una expropiación indirecta; (ii) los criterios para determinarla –incluyendo el análisis del carácter de la medida estatal–; y, (iii) la aclaratoria

⁴³ MONTT 2010, 234; *ADC Affiliate Limited; ADC & ADMC Management Limited v. Hungría* (2006), § 423.

⁴⁴ MONTT OYARZÚN 2015, 154-156. En efecto, la potestad legislativa de los Estados y el poder de policía que les asiste debe ejercerse conforme a las obligaciones contraídas a través de tratados internacionales relativos a inversiones. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ 2020, 11. Véase *Magyar Farming Company Ltd, Kintyre Kft and Inicia Zrt v. Hungría* (2019), §347.

⁴⁵ Véase artículos 1 al 4 del Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos, adoptado por la Comisión de Derecho Internacional de la Organización de Naciones Unidas, AG en su Resolución 56/83.

⁴⁶ MARBOE 2017, 6-10. ESIS VILLARROEL 2018, 380. JOSEPH, 2013, 844.

⁴⁷ ESCOVAR, CARRASQUERO Y CAMPOS 2021, 2-7.

conforme a la cual una medida estatal que atienda a un interés público legítimo no es considerada una expropiación indirecta, salvo que sea desproporcional o discriminatoria⁴⁸. Esto último ha sido una reiterada recomendación de la UNCTAD a los países⁴⁹.

III. El análisis de la medida estatal en supuestos de expropiación indirecta

No es tarea fácil identificar una expropiación indirecta de inversiones foráneas⁵⁰. Tal dificultad viene dada por las distintas circunstancias fácticas y legales de cada caso y que cada tribunal arbitral es discrecional a la hora de tomar sus decisiones. De los tres criterios esgrimidos por la OCDE, UNCTAD y algunos tratados, examinamos en este trabajo el referente al análisis de la actuación estatal. El objetivo de nuestra investigación consistió en determinar, a partir del análisis de casos, la existencia de ciertos elementos comunes considerados por los tribunales arbitrales para comprender si la medida estatal atendió o no a la protección de un legítimo objetivo público. Partimos este análisis con la hipótesis de que, en la práctica reciente, algunos tribunales arbitrales analizan con más detalle tal actuación.

Con este propósito, se hizo una revisión de laudos arbitrales de inversión dictados entre 2010 y 2021. No fueron considerados laudos sobre jurisdicción como tampoco los referentes al reclamo de inversionistas por violación de otras garantías materiales. Utilizando el método inductivo y método *case-by-case approach*, se revisaron litigios donde los inversores reclamaban a los Estados anfitriones la expropiación indirecta de su inversión y algunos referentes a expropiación directa y al trato justo y equitativo. En total fueron identificados 172 laudos arbitrales. De dicha cantidad, a la fecha de redacción de este trabajo, sistematizamos y estudiamos 149. Es decir, 87% del universo de laudos. Con ello, podemos afirmar que los resultados aquí expuestos tienen poca probabilidad de modificación o variación.

Luego de varios meses de revisión, lectura y análisis, tal como puede verse en el Gráfico N. 1, se demostró que en 42% de los casos la revisión de la medida estatal no fue considerada como un criterio identificador de expropiaciones indirectas. Incluso, en un 2% de los casos fue calificado como un elemento no relevante. Mientras que en 47% de los litigios sí fue analizada la medida estatal. De este porcentaje, 26% se consideró un acto legítimo, mientras que en 21% se trató de un acto ilegítimo (por discriminación, arbi-

⁴⁸ FERNÁNDEZ MASIÁ 2020, 125-126. En efecto, Chile ha seguido esta línea incorporando estos tres elementos en los tratados celebrados durante las últimas dos décadas. Así está contemplado en el Anexo 10-D, Capítulo 10 del Acuerdo de Libre Comercio Chile-Estados Unidos (2004); el Anexo 11-D, Capítulo 11 del Acuerdo de Libre Comercio Chile-Perú (2009); el Anexo 9-C, Capítulo 9 del Acuerdo de Libre Comercio Chile-Colombia (2009); el Anexo 10-B Capítulo 10 del Acuerdo de Libre Comercio Australia-Chile (2009); el Anexo 10-12 Capítulo 10 del Protocolo del Acuerdo Marco de la Alianza del Pacífico (2014); y el Capítulo 8 del Acuerdo de Libre Comercio entre Argentina y Chile (2019).

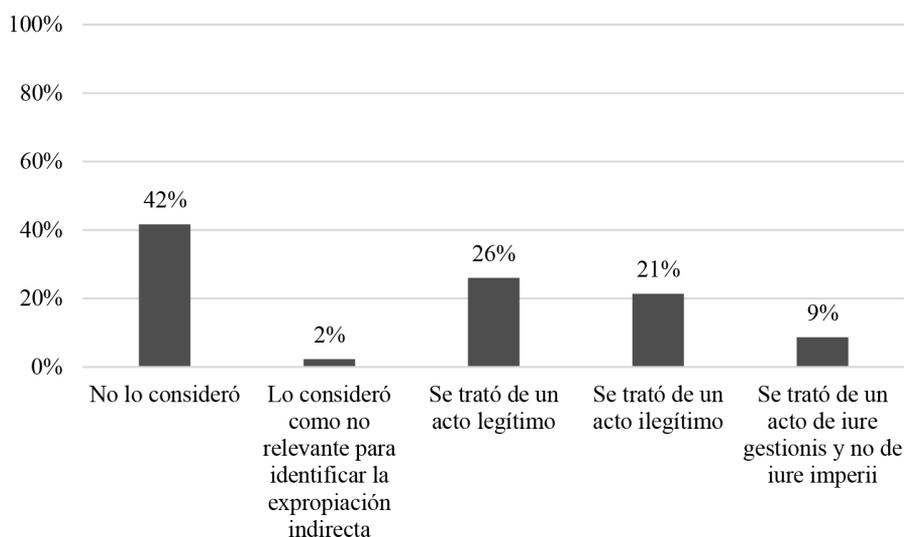
⁴⁹ UNCTAD 2022, 20.

⁵⁰ Cox 2019, 99.

trariedad y falta de proporcionalidad). En 9% de los casos, se determinó que la actuación estatal era de *iure gestionis* y no de *iure imperii*.

Asimismo, atendiendo a la forma como los tribunales arbitrales analizaron la actuación del Estado, se evidenció la existencia de cuatro criterios de análisis comunes: (a) la identificación de la actuación o conducta atribuible al órgano estatal reclamada por el inversor; (b) la presunción de legitimidad de la actuación del órgano estatal; (c) los supuestos de ilegítima actuación del órgano estatal: (i) discriminación; (ii) arbitrariedad y (iii) falta de proporcionalidad; y, (d) la carga de la prueba.

Gráfico N° 1. Análisis del acto estatal en litigios de expropiación indirecta⁵¹



Fuente: elaboración propia.

1. Identificación de la actuación o conducta atribuible al órgano estatal reclamada por el inversor

Conforme al artículo 25 de la Convención de Washington, los tribunales arbitrales pueden tener jurisdicción *ratione materiae* sobre un litigio siempre que verse sobre un problema jurídico relacionado con una inversión (y no un asunto meramente comercial). Esta previsión obliga al panel de árbitros a examinar el caso y determinar si hubo o no incumplimiento de una obligación contenida en el tratado aplicable⁵². Pero también, en el ámbito que nos ocupa, el tribunal arbitral debe analizar el carácter de la actuación del órgano estatal que ha dado origen al reclamo del inversor. En tal sentido, debemos

⁵¹ En la organización de la estadística, la autora agradece a la cientista social Francisca Ávila Celis por su valioso apoyo.

⁵² DE BRABANDERE 2015, 27.

distinguir entre los actos de soberanía (*de iure imperii*) y los actos de gestión (*iure gestionis*). Los primeros responden a actos ejecutados por los Estados para atender asuntos de carácter oficial o público; mientras que los segundos corresponden a los actos de naturaleza civil o comercial⁵³.

Como regla general, las actuaciones de carácter soberano de órganos estatales (judiciales, administrativos o legislativos) conforme al Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad de los Estados por Hechos Ilícitos, son que las que pueden originar reclamaciones cuando no se cumplen los requerimientos exigidos bajo el Derecho Internacional y, en nuestro caso, bajo los tratados de inversión. De ahí que se examine la conducta (acto u omisión) de *iure imperii* desarrollada por el ente estatal que sea capaz de generar responsabilidad transfronteriza⁵⁴. A modo ilustrativo, en el caso *Abaclat et al v. Argentina*, ante el reclamo de los inversionistas italianos por la falta de pago de capital e intereses causados por bonos de deuda pública emitidos por la República Argentina, el Tribunal Arbitral consideró que el problema no se trató de un reclamo contractual⁵⁵.

Sin embargo, esta regla admite una excepción. Nos referimos a la potencial existencia de una cláusula paraguas en el instrumento convencional de inversiones aplicable. Aunque escapa del objetivo principal de este trabajo, debemos indicar que esta cláusula obliga a los Estados a cumplir no solo las obligaciones convencionales, sino también aquéllas de carácter contractual asumidas frente al inversor foráneo⁵⁶. Se abre la posibilidad de “elevar” un reclamo de carácter contractual a este ámbito. Aunque no existe una opinión uniforme sobre su procedencia, recomendamos el análisis de la redacción de la cláusula, así como de las negociaciones que dieron lugar a su inclusión en el tratado aplicable al caso, siguiendo las pautas establecidas en la Convención de Viena de Derecho de Tratados⁵⁷.

En efecto, a lo largo de los años los tribunales arbitrales han estudiado el carácter de la actuación del ente estatal reclamada por el inversor extranjero en los supuestos de expropiaciones. Varios laudos arbitrales coinciden en afirmar que la calificación de un acto como una expropiación, responde al ejecutado en ejercicio de poderes soberanos, tal como ha ocurrido en los casos *Señor Tza Yap Shum v. Perú*⁵⁸, *Iberdrola v. Guatemala*⁵⁹, *Crystallex v. Venezuela*⁶⁰, *OAO Tatneft v. Ucrania*⁶¹, *Getma International et al v. Guinea*⁶²

⁵³ CASANOVAS 2017, 159; CASANOVAS 2013, 324.

⁵⁴ GONZÁLEZ DE COSSIO 2013, 351.

⁵⁵ *Abaclat et al v. República Argentina* (2011), § 318.

⁵⁶ MEREMISKAYA 2009, 13-15.

⁵⁷ MALICK 2020, 1-2. *Carlos Ríos y Francisco Ríos v. República de Chile* (2021), § 259.

⁵⁸ *Señor Tza Yap Shum v. República de Perú* (2011), § 171 y ss.

⁵⁹ *Iberdrola Energía S.A. v. República de Guatemala* (2012), § 323.

⁶⁰ *Crystallex International Corporation v. República Bolivariana de Venezuela* (2016), § 707.

⁶¹ *OAO Tatneft v. Ucrania* (2014), § 464.

⁶² *Getma International et al v. República de Guinea (II)* (2016), § 374.

y *Serafín García Armas y Karina García Gruber v. Venezuela*⁶³. No obstante lo anterior, frente a las circunstancias de cada asunto, cuando el inversionista reclama como expropiatorias ciertas medidas estatales consistentes en la modificación o de terminación de contratos, licencias o concesiones, los tribunales verifican la actuación contractual o soberana ejercida por la autoridad pública. Como referimos al inicio de este apartado, el estudio realizado reflejó que en 9% de los casos los tribunales determinaron que la actuación estatal era de *iure gestionis* y, por tanto, se consideró que el problema planteado respondía a un asunto contractual y no a la violación de una obligación contenida en el tratado de inversión invocado por el demandante.

A modo ilustrativo, lo planteado ocurrió en los asuntos *Convial Callao v. Perú*⁶⁴ y *Ulyseas v. Ecuador*⁶⁵. En ambos casos, los inversores reclamaban la expropiación indirecta de sus activos por causa de una serie de actuaciones de las autoridades de los Estados receptores en el marco de contratos de inversión. Los tribunales arbitrales estudiaron los actos ejecutados por los funcionarios y, en particular, lo determinante era conocer el carácter con el cual actuaron: como mera parte contractual o como ente soberano. Dado que los contratos facultaban a las autoridades a declarar su caducidad y que la actuación de dichos órganos obedeció a la voluntad de las partes, se consideró que dichos funcionarios estaban actuando de *iure gestionis* y no ejercieron actos de soberanía. Ahora bien, el tribunal arbitral del litigio *Vigotop v. Hungría* determinó que, en estos supuestos de análisis de la conducta estatal, no existe expropiación cuando: (i) la terminación del contrato se dé por las causales en él establecidas y no por acto soberano (ley o acto administrativo) –lo que confirma que los actos de *iure imperii* serían susceptibles de generar responsabilidad internacional de los Estados–; y, (ii) el propio contrato establezca las reglas de actuación de buena fe contractual por parte del órgano estatal y así sea probado⁶⁶.

2. La presunción de legitimidad de la actuación del órgano estatal

Como indicamos en el punto 2 de este trabajo, la autoridad estatal puede ejercer ciertas acciones (u omisiones) en pro de su consecución la protección de intereses públicos legítimos. Gracias a su poder regulatorio, el Estado puede intervenir en la economía (especialmente en los supuestos de fallos del mercado o de externalidades negativas que ciertas actividades generan) así como en otras áreas de la vida nacional⁶⁷. No es casual, por tanto, que las

⁶³ *Serafín García Armas and Karina García Gruber v. República Bolivariana de Venezuela* (2019), § 279.

⁶⁴ *Convial Callao S.A. y CCI - Compañía de Concesiones de Infraestructura S.A. v. República de Perú* (2013), §504-540.

⁶⁵ *Ulyseas, Inc. v. República de Ecuador* (2012), § 178-179.

⁶⁶ *Vigotop Limited v. Hungría* (2014), § 331. Ver también *Muhammet Çap & Sehil Inaat Endustri ve Ticaret Ltd. Sti. v. Turkmenistán* (2021), §858.

⁶⁷ HUIDOBRO SALAS 2010, 249. Ver también *Getma International et al v. República de Guinea (II)* (2016).

medidas estatales tengan una motivación especial para proteger no solo a la ciudadanía, sino también las grandes materias que atañen al colectivo.

Como indicamos en líneas superiores, en 26% de los laudos analizados se consideró como legítima la actuación estatal y, por tanto, la inexistencia de una expropiación indirecta. Ahora bien, si contabilizamos todos los intereses públicos comunes que han esgrimido las autoridades públicas para justificar su actuación en los litigios de expropiación indirecta de esta última década observamos: (i) la protección de la salud colectiva⁶⁸; (ii) la protección del medioambiente⁶⁹; (iii) la preservación y organización del sistema financiero⁷⁰; (iiii) la preservación de la conectividad aérea⁷¹; (iv) la seguridad nacional⁷²; (v) la seguridad alimentaria de los ciudadanos⁷³; (vi) el desarrollo socioeconómico e intereses del Estado⁷⁴; y, (vii) la protección de la población en periodos especiales⁷⁵.

3. Los supuestos de ilegítima actuación por parte del órgano estatal

El poder regulatorio de los Estados no es ilimitado. Tanto la doctrina como la práctica arbitral coinciden en afirmar que las medidas estatales dictadas sobre la base de la discriminación, la arbitrariedad o la desproporcionalidad, no son legítimas y, por ende, implican la violación de un tratado internacional –en nuestro caso, al configurarse como expropiaciones indirectas–. Bajo este supuesto, al actuar en forma contraria al Derecho Internacional debe el Estado reparar los daños y perjuicios causados al inversor⁷⁶. De la revisión realizada, en 21% de los casos analizados fue considerada la medida estatal como un acto ilegítimo. Veamos a continuación las principales causas:

⁶⁸ *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. y Abal Hermanos S.A. v. República Oriental del Uruguay* (2016), § 286; *Chemtura Corporation v. Canada* (2010), § 266; *Olympic Entertainment Group AS v. Ucrania* (2021), § 95.

⁶⁹ *Chemtura Corporation v. Canadá* (2010), §138-184; *Abengoa S.A. y COFIDES S.A. v. Estados Unidos Mexicanos* (2013), § 619; *Burlington Resources Inc. v. Ecuador* (2012), § 486; *Occidental Petroleum Corporation y Occidental Exploration and Production Company v. Republica de Ecuador (II)* (2012), §450; *Bear Creek Mining Corporation v. República de Perú* (2017), § 430-432; *Infinito Gold Ltd. v. Costa Rica* (2021), § 699; *Eco Oro Minerals v. Colombia* (2021), § 629-637.

⁷⁰ *Marfin Investment Group v. República de Chipre* (2018), § 830-905; *Señor Tza Yap Shum v. República de Perú* (2011), § 129; *Valeri Belokon v. Kirguistán* (2014), § 204-209.

⁷¹ *Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. y Autobuses Urbanos del Sur S.A. v. República Argentina* (2017), § 968.

⁷² *Gemplus S.A., SLP S.A., Gemplus Industrial S.A. de C.V. v. Estados Unidos Mexicanos* (2010), § 8-28.

⁷³ *UP y CD Holding Internacionale v. Hungría* (2018), §379; *Koch Minerals Sàrl y Koch Nitrogen International Sàrl v. República Boliviana de Venezuela* (2017), § 7.17-7.18; *Serafin García Armas y Karina García Gruber v. República Bolivariana de Venezuela* (2019), § 280.

⁷⁴ *Yukos Universal Limited (Isla de Man) v. Federación Rusa* (2014), § 581; *Inmaris Perestroika Sailing Maritime Services GmbH et al v. Ucrania* (2012), §303-304.

⁷⁵ *UAB E energija (Lithuania) v. República de Letonia* (2017), § 1080-1092.

⁷⁶ *Philip Morris Brands Sàrl, Phillip Morris Products, S.A. y Abal Hermanos S.A. v. República Oriental del Uruguay* (2016), § 286.

A) Arbitrariedad

La arbitrariedad, bajo el Derecho internacional, se considera como un acto que incumple el sentido corriente de la razón, y que pretende esquivar algún requerimiento legal⁷⁷. En el conocido caso *Elsi*, decidido por la Corte Internacional de Justicia, el alto tribunal explicó que dicho concepto se refiere a una actuación deliberada que intenta alejarse del debido proceso⁷⁸. En este sentido, los inversionistas locales y foráneos –pero en especial estos últimos– esperan del Estado receptor una actuación cónsona conforme a su propio orden jurídico y las normas internacionales en materia de inversiones⁷⁹. En nuestro estudio, los tribunales arbitrales que analizaron la justificación de la actuación estatal reconocieron plenamente el poder regulatorio que el Estado receptor posee pero se exige también límites de razonabilidad y el cumplimiento del debido proceso⁸⁰.

En nuestro análisis, varios casos llamaron nuestra atención. Así, en el asunto *Deutsche Bank v. Sri Lanka*, se evidenció una actuación arbitraria, poco transparente y violatoria del debido proceso de las autoridades del Estado receptor. No solo incumplió Sri Lanka las obligaciones pactadas en un contrato de futuro de petróleo a favor de la institución bancaria demandante, sino que –además– el Banco Central y la Corte Suprema de ese país, a través de actos administrativos y decisiones judiciales, avalaron el incumplimiento del contrato; expropiaron sin justificación la inversión de Deutsche Bank, sin probar la protección de un interés público sustancial ni legítimo⁸¹.

En el caso *Burlington v. Ecuador* el tribunal arbitral analizó varias actuaciones realizadas por las autoridades ecuatorianas en el sector petrolífero: la modificación legislativa de la alícuota del impuesto a las ganancias extraordinarias (del 50 al 99%), el juicio seguido por las autoridades ecuatorianas contra el inversor por el cobro de impuestos por pagar, la ocupación física de los activos y la declaratoria de caducidad del contrato de participación de exploración y explotación de petróleo. Las primeras dos actuaciones se consideraron legítimas, pero no así las segundas. Aunque se reconoció el poder de policía de Ecuador para proteger el medioambiente, la República demandada no demostró que la ocupación física de las instalaciones ni la orden de caducidad del contrato, con la consecuente paralización de las actividades de los pozos petroleros, lograrían mitigar el riesgo de daños al ambiente de la zona. Al contrario, la toma constituyó una expropiación indirecta dado que el inversor no pudo controlar ni ocupar su inversión desde que la medida fue dictada⁸². En el litigio *Bear Creek Mining v. Perú*, el tribunal arbitral consideró

⁷⁷ VADI 2018, 132.

⁷⁸ *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) (Estados Unidos de América v. República de Italia)* (1989), § 128.

⁷⁹ SCHREUER Y REINISCH 2020, 164-165.

⁸⁰ *Valeri Belokon v. República de Kirguistán* (2014), § 211-212.

⁸¹ *Deutsche Bank AG v. República Democrática Socialista de Sri Lanka* (2012), §521-524.

⁸² *Burlington Resources Inc. v. República del Ecuador* (2012), § 529-545.

no justificado el Decreto 032 que revocó las concesiones para explotar unas minas de plata en dicho país. Se concluyó que la actuación estatal no tuvo un propósito público en particular (ni por asuntos medioambientales ni por la conflictividad social existente en el lugar de operaciones), sino que revocó arbitrariamente el derecho al inversor de origen canadiense a ejercer sus actividades previamente otorgado⁸³.

Asimismo, en el asunto *Gemplus et al. v. México*, la orden de requisa y posterior orden de intervención administrativa dictadas por la autoridad mexicana contra las operaciones de la concesión del registro nacional de vehículos por razones de “seguridad nacional”, sin explicar su justificación ni las circunstancias que dieron lugar a tal medida, condujeron a la expropiación indirecta de los intereses del inversionista francés en dicho país⁸⁴. En el caso *Serafín García Armas y Karina García Gruber v. Venezuela*, se cuestionó seriamente la legalidad de una serie de acciones ejecutadas por las autoridades de dicho país contra la propiedad de los inversores. La expropiación indirecta se concretó con las medidas preventivas de decomiso, ocupación y operatividad temporal que condujeron al cese de las actividades de la empresa dedicada a la distribución y comercialización de alimentos. El tribunal consideró que dicha actuación excedió los objetivos mencionados en los actos administrativos dictados por las autoridades para asegurar el acceso de alimentos a la población, lo que configuró el ejercicio ilegítimo de su poder regulatorio o de “preservación del orden público nacional”⁸⁵.

B) Falta de proporcionalidad

Otro elemento analizado por los tribunales arbitrales se refiere a la proporcionalidad de la medida estatal reclamada como el inversor como expropiatoria⁸⁶. Derivado de las decisiones de la CEDH⁸⁷, este concepto atiende a la búsqueda de un balance entre los intereses del Estado anfitrión a través de la medida dictada en pro de proteger intereses públicos versus el grado de daño a los derechos del inversor foráneo que se generan como consecuencia de esta⁸⁸. El examen de la proporcionalidad exige probar el nexo causal entre la privación alegada por el inversor y la justificación estatal de las medidas⁸⁹.

⁸³ *Bear Creek Mining Corporation v. República de Perú* (2017), § 415-423.

⁸⁴ *Gemplus S.A., SLP S.A. y Gemplus Industrial S.A. de C.V. v. Estados Unidos Mexicanos* (2010), § 8-27.

⁸⁵ *Serafín García Armas y Karina García Gruber v. República Bolivariana de Venezuela* (2019), § 279-291.

⁸⁶ *Getma Internacional et al v. República de Guinea (II)* (2016), § 386; *Señor Tza Yap Shum v. República de Perú* (2011), § 148; *Marfin Investment Group v. República de Chipre* (2018), § 830; *Philip Morris Brands Sàrl, Phillip Morris Products, S.A. y Abal Hermanos S.A. v. República Oriental del Uruguay* (2016), § 286.

⁸⁷ LÓPEZ ESCARCENA 2020, 112-137.

⁸⁸ ZARRA 2017, 97; MARTÍNEZ FRAGA Y REETZ 2015, 58.

⁸⁹ *Infinito Gold Ltd. v. República de Costa Rica* (2021), §717-718.

La doctrina afirma que en este estudio deben ser cumplidos tres requerimientos⁹⁰: (i) el análisis de la idoneidad de la medida: vale decir, que exista una relación causal entre la medida y su propósito. Por lo tanto, debe tratarse de un acto motivado por un legítimo interés estatal y que, a través de este, el Estado pueda conseguir su protección; (ii) la identificación de la necesidad de la medida. Esto quiere decir que el acto estatal sea el único recurso disponible para poder afrontar la protección del interés público, generando las consecuencias menos gravosas posibles. Y, (iii) la determinación de la proporcionalidad *strictu sensu* o propiamente dicha, donde se examina si el sacrificio exigido al inversor realmente es acorde con los objetivos públicos que el Estado legítimamente pretende proteger⁹¹. Si el estudio de las circunstancias del caso demuestra que ha sido desproporcional el sacrificio del inversor foráneo frente a la discrecionalidad estatal, la medida podría ser considerada no legítima y, por ende, podría el primero solicitar indemnización al Estado por los daños causados. Veamos a continuación tres ejemplos:

En el caso *Occidental v. Ecuador*, se discutió ampliamente la proporcionalidad del decreto de caducidad de un contrato de participación para la exploración y explotación de petróleo y la toma física de las instalaciones petroleras, propiedad de los inversores de origen estadounidense, por parte de las autoridades ecuatorianas. Considerando el uso del criterio de la proporcionalidad del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, como aplicable también en el ámbito del DII, el tribunal arbitral determinó que el decreto ecuatoriano fue desproporcional. Ecuador usó su potestad regulatoria para declarar la caducidad del contrato sin tener un fin legítimo, por lo que su actuación violó disposiciones del derecho local, del derecho internacional y del propio tratado de inversiones⁹².

En el asunto *Mohamed Abdel Raouf Bahgat v. Egipto*, relacionado con la expropiación indirecta de activos de un inversor de doble nacionalidad (finés y egipcio) en una empresa de extracción de hierro y producción de acero, el tribunal arbitral revisó el carácter de las medidas adoptadas por la República demandada. En particular, estimó la importancia de entender cuál fue el propósito de Egipto con su actuación para poder calificarla como legítima bajo el Derecho Internacional, y si las medidas estatales fueron proporcionales considerando ese objetivo. Bajo el argumento del ejercicio de su poder regulatorio y con el propósito de evitar que el inversor incumpliera ciertos compromisos con el Estado con ocasión de la compra de acciones de una planta de acero, Egipto ordenó: la detención del inversor, la congelación de sus cuentas bancarias, la incautación de sus propiedades, la prohibición de entrada de los empleados a las áreas del proyecto, entre otras medidas. Aunque el inversor mantuvo la propiedad de sus acciones en la referida empresa,

⁹⁰ LÓPEZ ESCARCENA 2020, 123; RAJPUT 2018, 165; CRAIG 2016, 611-617.

⁹¹ ZARRA 2017, 105.

⁹² *Occidental Petroleum Corporation y Occidental Exploration and Production Company v. República de Ecuador (II)* (2012), § 403-404; 450-456.

la inversión sufrió un grave perjuicio en un lapso de 6 años dado que todas las actuaciones estatales comprometieron la viabilidad económica del proyecto. El tribunal arbitral determinó que, a pesar de que las medidas tenían un propósito legítimo, fueron desproporcionales respecto al fin perseguido por las consecuencias significativas e irreversibles causadas en la inversión del demandante⁹³.

Finalmente citamos el asunto *Olympic Entertainment Group v. Ucrania*, relativo al reclamo por expropiación indirecta de las acciones de un inversor estonio en la empresa Olympic Casino, dedicada al sector de juegos de azar. Debido a la ocurrencia de un grave accidente de una de sus salas, las autoridades estatales ordenaron la suspensión de sus actividades por un mes y, posteriormente, fue promulgada una ley que prohibió dichos juegos en el país. Como consecuencia de dichas actuaciones, Olympic Casino se declaró en quiebra. El tribunal arbitral analizó el carácter de las medidas estatales en atención a varios elementos: la buena fe, no discriminación, debido proceso y la proporcionalidad. Llamó la atención al panel de árbitros la promulgación de la ley especial en la materia ante la falta de pruebas y evidencias suficientes, que cambió radicalmente de legal a ilegal la actividad económica. Sin embargo, no consideró que la actuación legislativa fue de mala fe, toda vez que habían sido sometidos previamente a la discusión parlamentaria otros proyectos de leyes en este ámbito. También tomó en cuenta que las medidas adoptadas tuvieron como objetivo proteger la salud pública y la moral del país. Sin embargo, el panel de árbitros determinó que eran desproporcionales porque la legislación eliminó la inversión y destruyó el sector económico en que se desenvolvía, conociendo que estos efectos eran previsibles para el momento de dictar las medidas⁹⁴.

C) Discriminación

Existe discriminación cuando el Estado receptor tiene un trato diferenciado de una inversión respecto de otras existentes en el mismo sector económico donde se desarrollan. Así fue afirmado por el tribunal arbitral del caso *Teinver v. Argentina*. En este asunto, a pesar de que las partes habían llegado a un acuerdo para que la demandada comprara las acciones de la demandante, Argentina tomó el control de las aerolíneas al nombrar un gerente general y no reportar tal hecho. Si bien no hubo evidencia de discriminación y que el tribunal consideró válido el argumento conforme al cual la actuación estatal tenía como propósito preservar la conectividad aérea, se consideró finalmente ilegal dado que Argentina no pagó la indemnización correspondiente a los inversionistas⁹⁵. De igual forma, en *Eco Oro Minerals v. Colombia*, la actuación de las autoridades estatales de limitar el área de explotación de oro en

⁹³ *Mohamed Abdel Raouf Bahgat v. República Árabe de Egipto* (2019), § 226-232.

⁹⁴ *Olympic Entertainment Group AS (Estonia) v. Ucrania* (2021), §85-101.

⁹⁵ *Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. y Autobuses Urbanos del Sur S.A. v. República Argentina* (2017), § 951, 984-985.

el páramo de Santurbán en pro del cuidado del frágil medioambiente de la zona, no fue considerada una medida discriminatoria toda vez que afectó a todos los operadores mineros que allí actuaban⁹⁶.

Una situación distinta se presentó en los litigios *Quiborax v. Bolivia* y *RosInvest v. Rusia*. El primero, relacionado con la revocación de una concesión para la explotación de ulexita en la región de El Gran Salar de Uyuni (Potosí, Bolivia), se demostró el trato diferenciado brindado al inversionista chileno en razón de su nacionalidad sin justificación⁹⁷. Mientras que, en el segundo litigio, se evidenció también el trato discriminatorio que recibió el inversor por parte de las autoridades fiscales rusas frente a las otras empresas en el mismo sector petrolero, que terminó con la expropiación indirecta de sus activos en ese país⁹⁸.

Otro caso sobre discriminación ocurrió en el asunto *UP and C.D. Holding Internationale v. Hungría*. Los demandantes eran propietarios de una empresa especialista en tickets (vouchers) de alimentos y entraron en el mercado húngaro a través de una subsidiaria en 1996, con tickets para comida fría y otros para comida caliente. En 2011, Hungría impuso una serie de reformas tributarias incluyendo al sector alimenticio y, posteriormente, creó unas tarjetas alternativas a las producidas por los inversionistas, prohibiéndoles a estos últimos a emitir las suyas. En el laudo arbitral, el tribunal indicó que aun cuando las acciones se mantenían legalmente en manos de sus propietarios, las acciones estatales generaron la pérdida de su valor económico. Además, no se demostró el propósito público de las medidas de asegurar una mejor nutrición y suministro de comida a los trabajadores húngaros, toda vez que el verdadero objetivo de la actuación estatal consistió en la exclusión de los emisores de tarjetas extranjeros del mercado⁹⁹.

4. La carga de la prueba

Finalmente, otro de los aspectos analizados por los tribunales arbitrales se refiere a la carta de la prueba: ¿quién debe demostrar que el carácter de la medida estatal fue o no legítimo? Al respecto, UNCTAD explica que es el inversor foráneo quien tiene la carga de la prueba de demostrar que la medida fue dictada arbitrariamente por parte del Estado anfitrión, o que es discriminatoria o que se trata de una medida irregular¹⁰⁰. En el análisis observamos dos tendencias: una que exige al Estado receptor demostrar que su medida atiende a objetivos legítimos y que sus actuaciones tienen como propósito

⁹⁶ *Eco Oro Minerals v. Colombia* (2021), § 640.

⁹⁷ *Quiborax S.A., Non Metallic Minerals S.A. y Allan Fosk Kaplún v. Estado Plurinacional de Bolivia* (2015), § 202 -256.

⁹⁸ *RosInvestCo UK Ltd. v. Federación Rusa* (2010), § 620-632.

⁹⁹ *UP (formerly Le Chèque Déjeuner) and C.D Holding Internationale v. Hungría* (2018), § 412-417.

¹⁰⁰ UNCTAD 2012, 93.

último responder a su protección¹⁰¹. Y, otra por la cual los tribunales arbitrales refieren que es el inversor quien debe demostrar con un razonamiento claro y concreto cuáles actos estatales que, según el Derecho Internacional, pueden constituir una expropiación, tal como ocurrió en *Iberdrola Energía v. Guatemala*¹⁰², *Koch Minerals v. Venezuela*¹⁰³ y *Les Laboratoires Servier et al v. Polonia*¹⁰⁴.

Reflexiones y consideraciones finales

El derecho de propiedad sobre activos en un determinado Estado se constituye conforme a su propio ordenamiento jurídico y, una vez creado, goza protección bajo el Derecho Internacional. En efecto, se trata de un derecho humano reconocido por los principales tratados transfronterizos en esta materia. Como no se trata de un derecho absoluto dada su función social, se reconoce también que su expropiación –como medida excepcional– debe ser debidamente fundamentada por una causa de utilidad pública o de interés del colectivo, tal como refieren la CIDH y la CEDH. En el marco del DII, también se reconoce el derecho de propiedad, pero de una forma distinta. Esto quiere decir que el activo o la operación desempeñada por el inversor extranjero debe calificar como “inversión” bajo los términos del tratado aplicable. En caso afirmativo, goza de las garantías procesales y materiales contenidas en el instrumento convencional especial.

Una de las garantías sustantivas responde a la expropiación. Bajo el Derecho internacional los Estados tienen plena soberanía para regular sus asuntos internos y, de ellos, decidir si privan del derecho de propiedad a nacionales y extranjeros sobre determinados activos. A esta facultad estatal le acompaña el deber de justificar la causa o la motivación de dicho acto, que se trate de una medida no discriminatoria, sea respetado el debido proceso y se pague una debida compensación al propietario afectado. Estos requisitos deben ser cumplidos para considerar la medida expropiatoria directa como lícita bajo el DII. En particular, respecto a la *causa expropriandi* observamos tres tipos de regulación transfronteriza: tratados que no tienen una definición de los términos “interés público” o de “utilidad pública”; los que indican que el “propósito público” o “*public purpose*” se refiere a un concepto del Derecho Internacional consuetudinario; y los que expresamente remiten al orden jurídico del Estado en cuestión.

El sistema de resolución de controversias inversor-Estado –y, en particular, el arbitraje de inversiones– ha sido un espacio clave en la interpretación y en la aplicación de las garantías contenidas en los tratados de inversión. Las

¹⁰¹ *Abengoa S.A. y COFIDES S.A. v. Estados Unidos Mexicanos* (2013), § 619-624. *Chemtura Corporation v. Canadá* (2010), §138-184.

¹⁰² *Iberdrola Energía S.A. v. República de Guatemala* (2012), § 323.

¹⁰³ *Koch Nitrogen International SÁRL v. República Bolivariana de Venezuela* (2017), § 7.23.

¹⁰⁴ *Les Laboratoires Servier, S.A.A., Biofarma, S.A.S., Arts et Techniques du Progres S.A.S. v. República de Polonia* (2012).

cláusulas de expropiación no han sido la excepción a la regla. A diferencia de lo que se consideraba hace una década atrás, donde se pensó que los tribunales arbitrales no analizaban la motivación de la medida estatal reclamada por el inversor como expropiación indirecta, el panorama actual ha cambiado.

Durante esta última década, el análisis realizado por los tribunales arbitrales de la utilidad pública en las expropiaciones directas revela dos grandes tendencias: la primera, donde no se estudia la justificación estatal sino solo si hubo pago de una compensación al propietario. Y, la segunda, donde sí se analiza dicha causa o motivación alegada por el Estado. Consideramos conveniente esta última tendencia porque permite comprender la verdadera motivación que orientó a un Estado a tomar una medida excepcional como esta. Además, conlleva a que los tribunales arbitrales hagan un análisis más exhaustivo y que la resolución del litigio sea mucho más completa y transparente no solo para las partes involucradas (inversor-Estado), sino también para la ciudadanía en su interés en conocer si la actuación de su propio Estado fue o no contraria al Derecho Internacional.

Respecto a las expropiaciones indirectas, la situación es un poco más complicada para el operador jurídico. Al tratarse de situaciones donde no media un título formal de la propiedad, sino la afectación a este derecho con efectos semejantes a una expropiación directa, se recomienda el análisis caso-a-caso de cada litigio, sus circunstancias fácticas y la normativa aplicable. Dada la diversidad de litigios, donde cada asunto ha sido resuelto por tribunales arbitrales diferentes, el desafío consiste en identificar algún tipo de criterio orientador respecto a cómo son resueltos estos casos. Y, en efecto, luego del estudio realizado, se obtuvieron resultados interesantes.

Del estudio realizado podemos concluir que nuestra hipótesis se confirma parcialmente. Es decir que, en casi la mitad de los casos analizados (47%), los tribunales arbitrales sí examinaron la actuación estatal. De este porcentaje, 26% la consideró legítima, mientras que en 21% de los casos se trató de un acto no legítimo. Y, en el 42% de los litigios analizados, la revisión de la medida estatal no fue considerada como un criterio identificador e, incluso, en 2% de los litigios fue calificado como un elemento no relevante. A pesar de las diferencias legales y fácticas y de la discrecionalidad de cada tribunal arbitral, sí fue posible identificar criterios de orientación sobre cómo los tribunales arbitrales analizan los actos estatales considerados como expropiaciones indirectas. Este hallazgo es de interés no solo para abogado litigante en estos casos y académicos, sino también una guía para aquellos dedicados a la negociación de los tratados.

El primero de ellos consiste en el estudio de la actuación del Estado como ente soberano, recordando que bajo el Derecho internacional se analiza si la autoridad pública competente ha actuado de *iure imperii* y, a su vez, si tal actuación dialoga o no con las reglas contenidas en el tratado de inversiones. En 9% de los casos analizados se determinó que la actuación estatal era de *iure gestionis* y, por tanto, se consideró que el problema planteado

respondía a un asunto contractual y no a la violación de una obligación contenida en el tratado de inversión invocado por el demandante.

El segundo aspecto nos remite a la legitimidad de los actos estatales. No se discute el poder regulatorio del Estado y se comprende que los cambios que se realicen pueden traer consecuencias que potencialmente podrían afectar los intereses y hasta las legítimas expectativas del inversor foráneo. Bajo el Derecho internacional se presume que la actuación del Estado anfitrión atiende a la protección de objetivos públicos. El análisis de los laudos evidenció como objetivos generalmente esgrimidos por los Estados la preservación de la salud colectiva, el cuidado al medioambiente, el mantenimiento del sistema financiero nacional, la seguridad nacional, el acceso de los ciudadanos a la alimentación o al desarrollo socioeconómico del propio Estado anfitrión.

Sin embargo, esta potestad tiene límites y esto nos conlleva al tercer aspecto detectado. La práctica arbitral inversor-Estado evidencia varios litigios en los cuales el Estado argumenta el ejercicio de su poder de policía como defensa frente al reclamo del inversor. Pero si se demuestra que la autoridad ha actuado en forma discriminatoria, si ha ejercido actos arbitrarios o si se evidencia desproporcionalidad en su actuación generando un grave perjuicio a la inversión extranjera, podemos estar en presencia de una expropiación indirecta y no de una medida legítima. Y, como cuarto aspecto, aunque se argumenta que quien tiene la carga de la prueba es el inversor a la hora de demostrar estas situaciones en el curso de un arbitraje de este tipo, lo cierto también que corresponde a los Estados mostrar que su actuación es totalmente legítima y conforme al Derecho Internacional.

En nuestra opinión, en el examen de los árbitros de una potencial situación de expropiación indirecta de inversión extranjera, el criterio del grado de privación o de afectación de la medida estatal en el derecho de propiedad del inversor es muy importante. Sin embargo, este estudio debe complementarse con el análisis de la actuación de los funcionarios públicos involucrados en cada caso, tomando en cuenta el objetivo público que el Estado legítimamente pretende proteger versus el sacrificio exigido al inversor foráneo.

Las consecuencias del accionar de las autoridades estatales tienen importantes implicaciones para el propio Estado receptor y su colectividad. Conforme al Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad de los Estados por Hechos Ilícitos, un acto estatal de *iure imperii* contrario al Derecho Internacional y, en nuestro caso, contrario a los preceptos de los tratados de inversión, puede activar el sistema de responsabilidad transfronteriza de los Estados. Bajo este panorama, puede enfrentarse el Estado anfitrión a costosos litigios y al aumento del riesgo reputacional frente a sus pares en la comunidad internacional. La experiencia latinoamericana evidencia la afectación económica para los Estados debido a la deuda pública no financiera generada por laudos arbitrales dictados en su contra. Pero, muy particularmente, afecta a los ciudadanos quienes, en definitiva, terminan asumiendo la

obligación de pago de dicha deuda (muchas veces por vía impositiva), lo que genera un detrimento importante de su calidad de vida.

Bibliografía citada

- ANTHONY, Yvette (2017). The evolution of indirect expropriation clauses: lesson's from Singapore's BITs/FTAs. *Asian Journal of International Law*, 7, 319-336.
- BURGORGUE-LARSEN, Laurence (2013). Economic and Social Rights. En: Úbeda de Torres, Ama-ya y Burgorgue-Larsen, Laurence, Ed. *The Inter-American Court of Human Rights. Case Law and Commentary* (613-639). Oxford University Press.
- CASANOVAS y LA ROSA, Oriol (2013). La Inmunidad del Estado, En Díez de Velazco Vallejo, Manuel (Ed.), 18° ed., *Instituciones de Derecho Internacional Público*. Tecnos, 324-343.
- CASANOVAS, Oriol (2017). *Compendio de Derecho Internacional Público*. Editorial Tecnos.
- COX, Johanne (2019). *Expropriation in investment treaty arbitration*. Oxford University Press.
- DE BRABANDERE, Eric (2015). *Investment treaty arbitration as public international law*. Cambridge University Press.
- DOUGLAS, Zachary (2009). *The international law of investment claims*. Cambridge, Cambridge University Press.
- ESCOVAR ALVARADO, Ramón; CARRASQUERO STOLK, Andrés y CAMPOS VILLALBA, Mariana (2021). *Deuda externa venezolana por demandas arbitrales*. Caracas, Cedice Libertad - Centro de Difusión del Conocimiento Económico, 1-25.
- ESIS VILLARROEL, Ivette (2018). *La expropiación en el sistema internacional de protección de inversiones extranjeras*. Tirant lo blanch.
- FAYA RODRÍGUEZ, Alejandro (2013). ¿Cómo se determina una expropiación indirecta bajo los tratados de inversión? Un análisis contemporáneo. En Sonia Rodríguez Jiménez y Herfried Wöss (Coords.), *Foro de arbitraje en materia de inversión: tendencias y novedades* (pp. 219-246). Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Autónoma de México.
- FEBLES POZO, Nayiber (2020). La transparencia y el interés público en el arbitraje de inversiones. *Vniversitas* (69), 1-13.
- FERNÁNDEZ MASIÁ, Enrique (2020). La situación del arbitraje de inversiones en Latinoamérica: base jurídica, evolución y situación presente. En Carlos Esplugues Mota (Ed.), *Tratado de inversiones extranjeras y arbitraje de inversiones en Iberoamérica* (pp. 111-136). Tirant lo blanch.
- GARCÍA DE ENTERRÍA y MARTÍNEZ-CARANDE, Eduardo y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón (2008). *Curso de Derecho administrativo* (11ª ed.). Thomson Civitas.
- GONZÁLEZ DE COSSIO, Francisco (2013). ¿Cuándo pacta es servanda?: Las cláusulas paraguas en arbitraje de inversión. En Carlos Soto Coaguila y Delia Revoredo Marsano de Mur (Coord.), *Arbitraje Internacional: Pasado, presente y futuro. Libro Homenaje a Bernardo Cremades e Yves Derains* (T II, pp. 327-357). Instituto Peruano de Arbitraje.
- GRAIG, Paul (2016). *Administrative law*. 8ª ed. Sweet & Maxwell - Thomson Reuters.
- HERNÁNDEZ, José Ignacio (2016). Balance y perspectivas del arbitraje internacional de inversiones. *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano* (10), 69-94.
- HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, José Ignacio (2020). El derecho administrativo global como fuente de derecho en el arbitraje internacional de inversiones. *Hacia un ius constitutionale comune*, 3/20. *Pre-prints series of the Center of European Studies Luis Ortega Alvarez y Jean Monnet Chair of European Administrative Law in Global Perspective* (3/20). https://www.academia.edu/43832674/EL_DERECHO_ADMINISTRATIVO_GLOBAL_COMO_FUENTE_DE_DERECHO_EN_EL_ARBITRAJE_INTERNACIONAL_DE_INVERSIONES_Jos%C3%A9_Ignacio_Hern%C3%A1ndez_G
- HUIDOBRO SALAS, Ramón (2010). Orden público económico y regulación (notas de la actividad comercial por vía electrónica. *Revista de Derecho Público* (73), 243-260.
- JOSEPH, Sara (2013). Trade law and investment law. En: Shelton, Dinah (Ed.). *The Oxford Handbook of International Human Rights* (pp. 845-870). Oxford University Press.

- KOLO, Abba (2016). Expropriatory Taxation in the Latin American Experience/Impuestos expropiatorios en la experiencia latinoamericana, en Tanzi, Attila; Asteriti, Alessandra; Polanco Lazo, Rodrigo y Turrini, Paolo (Eds.) *International Investment Law in Latin America / Derecho Internacional de las Inversiones en América Latina: Problems and Prospects / Problemas y Perspectivas*. Brill Editores, 400-436.
- KULICK, Andreas (2012). *Global public interest in international investment law*. Cambridge University Press.
- LEHMANN, Thomas (2021). Police powers doctrine: a reliable State defense in times of Covid-19? *Revista de Direito Internacional*, 18(2), 72-89.
- LEVASHOVA, Yulia (2019). *The Right of States to Regulate in International Investment Law: The Search for Balance Between Public Interest and Fair and Equitable Treatment*. Kluwer Law International.
- LIM, Chin Leng; HO, Jean y PAPIRINSKIS, Martins (2019). *International investment law and arbitration*. Cambridge University Press.
- LÓPEZ ESCARCENA, Sebastián (2014). La propiedad y su privación o restricción en la jurisprudencia de la Corte Interamericana. *Revista Ius et Praxis*, 1, 531-576.
- LÓPEZ ESCARCENA, Sebastián (2018). Contextualizando el Derecho administrativo global. *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, 11, 259-305.
- LÓPEZ ESCARCENA, Sebastián (2020). Más allá del efecto y de la intención: la proporcionalidad en los arbitrajes de inversión. *Revista de Derecho* (22), 112-137.
- MARBOE, Irmgard (2017). *Damages in Investor-State Arbitration*. Brill NV.
- MALICK, Arpit Kumar (August 12, 2020). *Interpretation of the Umbrella Clause in Bilateral Investment Treaties* (pp. 1-2). <https://ssrn.com/abstract=3859323>
- MARTÍNEZ FRAGA, Pedro y RYAN REETZ, Clement (2015). *Public Purpose in International Law. Rethinking regulatory sovereignty in the global era*. Cambridge University Press.
- MEREMISKAYA, Elina (2009). La cláusula paraguas: lecciones de convivencia para los sistemas jurídicos. *Revista Internacional de Arbitraje* (julio-diciembre), 13-59.
- MCLACHLAN, Campbell; SHORE, Laurence & WEINIGER, Matthew (2008). *International investment arbitration: Substantive principles*. Oxford University Press.
- MONTEHURRÚN, Nitish (2014). Crónicas do Direito Internacional Privado. *Revista de Direito Internacional*, Nº 11, Vol. I, 10-18.
- MONTT OYAZÚN, Santiago (2005). Aplicación de los tratados bilaterales de protección de inversiones por tribunales chilenos, responsabilidad del Estado y expropiaciones regulatorias en un mundo crecientemente globalizado. *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 32, Nº 1, enero-abril, 19-78.
- MONTT OYARZÚN, Santiago (2009). *State Liability in Investment Treaty Arbitration: Global Constitutional and Administrative Law in the BIT Generation*. Hart Publishing.
- MONTT OYARZÚN, Santiago (2015). Codificación y enseñanza del derecho administrativo en Chile. *Revista de Derecho Administrativo Económico* (21), 131-170.
- MUCI BORJAS, José Antonio (2010). Control judicial y arbitraje internacional conforme al Derecho administrativo global. *Revista de Derecho Público* (122), 71-85.
- NOVAK, William (1996). *The people's welfare: Law & regulation in nineteenth-century America*. The University of North Carolina Press.
- OECD (2004). Indirect Expropriation and the Right to Regulate. *International Investment Law. OECD Working Papers on International Investment* (4). OECD Publishing.
- ONU (2001). *Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos, adoptado por la Comisión de Derecho Internacional de la Organización de Naciones Unidas, AG. Resolución 56/83*.
- PALUMA, Thiago; ESIS, Ivette y BRICEÑO, Gabriel (2020). El (largo) camino de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales de inversión. *Revista de Direito Internacional*, 17(3), 558-577.
- PÉREZ PACHECO, Yaritza (2012). Objeciones a la jurisdicción arbitral del CIADI. *Cuadernos de Derecho Transnacional*. Marzo, Vol. 4, Nº 1, 316-333.
- PRISLAN, Vid (2021). Judicial expropriation in International Investment Law. *International and Comparative Law Quarterly*, 70, 165-195.

- RAJPUT, Aniruddha (2018). *Regulatory Freedom and Indirect Expropriation in Investment Arbitration*. Kluwer Law International.
- REINISCH, August y SCHREUER, Christoph (2020). *International protection on investment: the substantive standards*. Cambridge University Press.
- RIZO MASSU, Catalina Sofía (2020). International Investment Law and right to health. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 47, N° 1, 73-100.
- RUEDA GARCÍA, José Ángel (2009). *Las medidas cautelares en el Arbitraje de Inversiones*. Tesis Doctoral presentada por su autor para optar al título de Doctor en Derecho. Universidad de Alcalá, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Público.
- SALACUSE, Jeswald (2021). *The law of investment treaties*. Oxford University Press.
- SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso (2009). *Principios de derecho administrativo general II* (2ª ed.). lustel.
- SORNARAJAH, Muthucumaraswamy (2015). *Resistance and change in the International Law of Foreign Investment*. Cambridge University Press.
- SUÁREZ RODRÍGUEZ, Tahimi (2020). Aproximación a la expropiación indirecta en Latinoamérica y España: Dos caras de una misma moneda. *Revista Boliviana de Derecho* (30), 640-675.
- UNCTAD (2012). Expropriation: a sequel. *UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II*. United Nations.
- UNCTAD (2021). Recent developments in the IIA regime: accelerating IIA reform. *IIA Issues Notes* (3). United Nations.
- UNCTAD (2022). Review of 2020 investor-State arbitration decisions. IIA Reform issues at a glance. *IIA Issues Notes* (2). United Nations.
- VADI, Valentina (2018). *Proportionality, Reasonableness and standard of review in International Investment Law and Arbitration*. Elgar International Investment Law.
- ZARRA, Giovanni (2017). Right to Regulate, Margin of Appreciation and Proportionality: Current Status in Investment Arbitration in light of Philip Morris v. Uruguay. *Revista de Direito Internacional*, 14(2), 94-120.

Normativa citada

- Acuerdo de Libre Comercio entre la República de Chile y la Mancomunidad de Australia. Anexo 10-B Capítulo 10. 6 de marzo de 2009.
- Acuerdo de Libre Comercio entre la República de Chile y la República de Argentina. Capítulo 8 1 de mayo de 2019.
- Acuerdo de Libre Comercio entre la República de Chile y los Estados Unidos de América. Anexo 10-D, Capítulo 10. 1 de enero de 2004.
- Acuerdo de Libre Comercio entre la República de Chile y la República de Colombia. Anexo 9-C, Capítulo 9. 8 de mayo de 2009.
- Acuerdo de Libre Comercio entre la República de Chile y la República de Perú, Anexo 11-D, Capítulo 11. 1 de marzo de 2009.
- Acuerdo sobre promoción y protección recíproca del Reino de Noruega y la República de Chile 4 de noviembre de 1994.
- Acuerdo de Libre Comercio entre América Central, Estados Unidos y República Dominicana 10 de agosto de 2014.
- Acuerdo de Libre Comercio entre América Central y México, 22 de noviembre de 2011.
- Acuerdo de promoción y protección de inversiones entre la República de Cuba y la República de Chile, 30 de septiembre de 2000.
- Convención Americana de Derechos Humanos, 22 de noviembre de 1969
- Convención de Viena sobre Derecho de Tratados. 23 de mayo de 1969.
- Declaración Universal de Derechos Humanos, 10 de diciembre de 1948.
- Protocolo adicional al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. 20 de marzo de 1952.
- Protocolo de la Alianza del Pacífico. 10 de febrero de 2014.
- Tratado de libre comercio República Dominicana-Centroamérica-Estados Unidos (CAFTA-Dr), 5 de agosto de 2004.

Tratado de promoción y protección de inversiones entre la República de El Salvador y la República de Chile, 18 de noviembre de 1999.

Tratado de promoción y protección de inversiones entre la República de Guatemala y la República de Chile, 10 de diciembre de 2001.

Jurisprudencia citada (laudos arbitrales y sentencias judiciales internacionales)

Abaclat et al v. República Argentina, CIADI. Caso No. ARB/07/5. Laudo arbitral (04 de agosto de 2011).

Abengoa S.A. y COFIDES S.A. v. Estados Unidos Mexicanos, CIADI. Caso No. ARB(AF)/09/2. Laudo arbitral (18 de abril de 2013).

ADC Affiliate Limited; ADC & ADMC Management Limited v. Hungría. Caso No. ARB/03/16. Laudo arbitral (02 de octubre de 2006).

América Móvil S.A.B. de C.V. v. República de Colombia, CIADI. Caso No. ARB(AF)/16/5. Laudo arbitral (07 de mayo de 2021).

Bear Creek Mining Corporation v. República de Perú, CIADI. Caso No. ARB/14/21. Laudo arbitral (30 de noviembre de 2017).

British Caribbean Bank Limited v. Belice, CPA. Caso No. 2010-18. Laudo arbitral (19 de diciembre de 2014).

Burlington Resources Inc. V. República de Ecuador, CIADI. Caso No. ARB/08/5. Laudo arbitral (14 de diciembre de 2012).

Carlos Ríos y Francisco Ríos v. República de Chile, CIADI. Caso No. ARB/17/16. Laudo arbitral (11 de enero de 2021).

Chemtura Corporation v. Canadá, UNCITRAL. Laudo arbitral (02 de agosto de 2010).

Convial Callao S.A. y CCI - Compañía de Concesiones de Infraestructura S.A. v. República de Perú, CIADI. Caso No. ARB/10/2. Laudo arbitral (21 de mayo de 2013).

Copper Mesa Mining Corp. V. República de Ecuador, CPA. Caso No. 2012-2. Laudo arbitral (15 de marzo de 2016).

Crystallex International Corporation v. República Bolivariana de Venezuela, CIADI. Caso No. ARB(AF)/11/2. Laudo arbitral (04 de abril de 2016).

Deutsche Bank AG v. República Democrática Socialista de Sri Lanka, CIADI. Caso No. ARB/09/2. Laudo arbitral (31 de diciembre de 2012).

Eco Oro Minerals Corp. V. República de Colombia, CIADI. Caso No. ARB/16/41. Laudo arbitral (09 de septiembre de 2021).

Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI), Estados Unidos de América v. República de Italia. No. 76 (20 de julio de 1989).

Flughafen Zürich A.G. y Gestión e Ingeniería IDC S.A. v. República Bolivariana de Venezuela, CIADI. Caso No. ARB/10/19. Laudo arbitral (18 de noviembre de 2014).

Guaracachi America, Inc y Rurelec PLC v. Estado Plurinacional de Bolivia, CPA. Caso No. 2011-17. Laudo arbitral (31 de enero de 2014).

Gemplus S.A., SLP S.A., Gemplus Industrial S.A. de C.V. v. Estados Unidos Mexicanos, CIADI. Caso No. ARB(AF)/04/3. Laudo arbitral (16 de junio de 2010).

Getma International et al. v. República de Guinea, CIADI. Caso ARB/11/29. Laudo arbitral (16 de agosto de 2016).

Iberdrola Energía S.A. v. República de Guatemala, CIADI. Caso No. ARB/09/5. Laudo arbitral (17 de agosto de 2012).

Infinito Gold Ltd. V. Costa Rica, CIADI. Caso No. ARB/14/5. Laudo arbitral (03 de junio de 2021).

Inmaris Perestroika Sailing Maritime Services GmbH et al v. Ucrania, CIADI. Caso No. ARB/08/8. Laudo arbitral (01 de marzo de 2012).

Ioannis Kardassopoulos y Ron Fuchs v. Georgia, CIADI. Caso No. ARB/05/18. Laudo arbitral (03 de marzo de 2010).

Ivcher Bronstein v. República de Perú. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C No. 74, Sentencia Fondo, Reparaciones y Costas (6 de febrero de 2001).

- Koch Nitrogen International SÁRL v. República Bolivariana de Venezuela*, CIADI. Caso No. ARB/11/19. Laudo arbitral (30 de octubre de 2017).
- Les Laboratoires Servier, S.A.A., Biofarma, S.A.S., Arts et Techniques du Progres S.A.S. v. República de Polonia, CPA (reglas de arbitraje UNCITRAL)*. Laudo arbitral (14 de febrero de 2012).
- LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. Y LG&E International, Inc. V. República Argentina*, CIADI. Caso No. ARB/02/1. Decisión sobre responsabilidad (03 de octubre de 2006).
- Magyar Farming Company Ltd, Kintyre Kft and Inicia Zrt v. Hungría*, CIADI. Caso ARB/17/27. Laudo arbitral (13 de noviembre de 2019).
- Marion y Reinhard Unglaube v. República de Costa Rica*, CIADI. Caso No. ARB/ ARB/08/1 y ARB/09/20. Laudo arbitral (16 de mayo de 2012).
- Marfin Investment Group v. República de Chipre*, CIADI. Caso No. ARB/13/27. Laudo arbitral (26 de julio de 2018).
- M. Meerapfel Söhne AG v. República Centrafricana*, CIADI. Caso No. ARB/07/10. Laudo arbitral (12 de mayo de 2011).
- Mobil Corporation, Venezuela Holdings, B.V., Mobil Cerro Negro Holding, Ltd., Mobil Venezolana de Petróleos Holdings, Inc., Mobil Cerro Negro, Ltd. Y Mobil Venezolana de Petróleos, Inc. V. República Bolivariana de Venezuela*, CIADI. Caso No. ARB/07/27. Laudo arbitral (09 de octubre de 2014).
- Mohamed Abdel Raouf Bahgat v. República Arabica de Egipto, CPA*. Caso No. 2012-07. Laudo arbitral (23 de diciembre de 2019).
- Muhammet Çap & Sehil In_aat Endustri ve Ticaret Ltd. Sti. V. Turkmenistán*, CIADI. Caso No. ARB/12/6. Laudo arbitral (15 de mayo de 2021).
- OAO Tatneft v. Ucrania, CPA*. Caso No. 2008-8. Laudo arbitral (29 de julio de 2014).
- Occidental Petroleum Corporation y Occidental Exploration and Production Company v. Republica de Ecuador (II)*, CIADI. Caso No. ARB/06/11. Laudo arbitral (05 de octubre de 2012).
- OI European Group B.V. v. República Bolivariana de Venezuela*, CIADI. Caso No. ARB/11/25. Laudo arbitral (10 de marzo de 2015).
- Olympic Entertainment Group AS v. Ucrania, CPA*. Caso No. 2019-18. Laudo arbitral (15 de abril de 2021).
- Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. y Abal Hermanos S.A. v. República Oriental del Uruguay*, CIADI. Caso No. ARB/10/7. Laudo arbitral. 08 de julio de 2016.
- Quiborax S.A., Non Metallic Minerals S.A. y Allan Fosk Kaplún v. Estado Plurinacional de Bolivia*, CIADI. Caso No. ARB/06/2. Laudo arbitral (16 de septiembre de 2015).
- Salvador Chiriboga v. República de Ecuador*. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia Excepción Preliminar y Fondo, Serie C No. 179 (6 de mayo de 2008).
- Sharxhi y otros v. República de Albania*, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso No. 10613/16, Sentencia Sección Primera (11 de enero de 2018).
- Stans Energy Corp. Y Kutisay Mining LLC v. República de Kirguistán (II)*, CPA. Caso No. 2015-32. Laudo arbitral (20 de agosto de 2019).
- Señor Tza Yap Shum v. República de Perú*, CIADI. Caso No. ARB/07/6. Laudo arbitral (07 de julio de 2011).
- Serafín García Armas y Karina García Gruber, CPA*. Caso No. 2013-3. Laudo arbitral (26 de abril de 2019).
- Sociedad Anónima del Ucieza v. Reino de España*, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso No. 38963/08. Sentencia Sección Tercera (04 de noviembre de 2014).
- South American Silver Limited v. Bolivia, CPA*. Caso No. 2013-15. Laudo arbitral (22 de noviembre de 2018).
- Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona SA y Vivendi Universal SA v. República Argentina*, CIADI. Caso No. ARB/03/19. Laudo arbitral (30 de julio de 2010).
- RosInvestCo UK Ltd. V. Federación Rusa, SCC*, Caso No. V079/2005. Laudo arbitral (12 de septiembre de 2010).
- Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. y Autobuses Urbanos del Sur S.A. v. República Argentina*, CIADI. Caso No. ARB/09/1. Laudo arbitral (21 de julio de 2017).

- Tenaris S.A. y Talta-Trading e Marketing Sociedade Unipessoal Ltda. V. República Bolivariana de Venezuela (I)*, CIADI. Caso No. ARB/11/26. Laudo arbitral (29 de enero de 2016).
- Ulysseas, Inc. V. República de Ecuador, Corte Permanente de Arbitraje*. Caso No. 2009-29. Laudo arbitral (12 de junio de 2012).
- UAB E energija (Lithuania) v. República de Letonia*, CIADI. Caso No. ARB/12/33. Laudo arbitral (22 de diciembre de 2017).
- UP y CD Holding Internacionale v. Hungría*, CIADI. Caso No. ARB/13/35. Laudo arbitral (09 de octubre de 2018).
- Valeri Belokon v. Kirguistán*, UNCITRAL. Laudo arbitral (4 de octubre de 2014).
- Vestey Group Limited v. República Bolivariana de Venezuela*, CIADI. Caso No. ARB/06/4. Laudo arbitral (15 de abril de 2016).
- Vigotop Limited v. Hungría*, CIADI. Caso No. ARB/11/22. Laudo arbitral (01 de octubre de 2014).
- Yukos Universal Limited (Isla de Man) v. Federación Rusa*, CPA. Caso No. 2005-04/AA227. Laudo arbitral (18 de julio de 2014).