

EXPROPIACIÓN MEDIANTE REGULACIÓN: INVERSIÓN EXTRANJERA, TRATADOS DE PROMOCIÓN DE INVERSIONES Y EL PODER DE POLICÍA DE LA ADMINISTRACIÓN*

CARLOS PABLO MÁRQUEZ-ESCOBAR**

RESUMEN

El artículo hace una presentación y análisis del poder de policía de la Administración, así como de la doctrina de la intervención en el orden público económico, los cuales fundamentan el desarrollo de nueva regulación que, debido a sus efectos, puede tenerse como expropiatoria de inversión extranjera amparada por acuerdos de promoción de inversiones (Bilateral Investment Treaties, BITs) y Tratados de Libre Comercio (TLCs). Se muestra la tendencia actual de los tribunales internacionales de arbitramento a este respecto, centrandó la atención en el estudio de la regulación y la cláusula de expropiación como

*Fecha de recepción: 12 de febrero de 2008
Fecha de aceptación: 1 de abril de 2008*

* El presente artículo es producto de investigación en materia de regulación administrativa y análisis económico del derecho, realizada entre enero y diciembre de 2007, siguiendo los lineamientos establecidos en el Centro de Estudios en Derecho y Economía (CEDE) perteneciente al grupo de investigación de Derecho Económico de la Pontificia Universidad Javeriana que se encuentra en proceso de reconocimiento ante Colciencias. Agradezco los comentarios y sugerencias hechos por María Carolina Azuero, Miguel Polo Rosero, Lorenzo Villegas y Diego Salazar. Cualquier opinión es responsabilidad exclusiva del autor.

** LL.M. de la Universidad de Harvard. Abogado y magíster en Economía de la Pontificia Universidad Javeriana y bachiller en Filosofía de la misma institución. Profesor de Derecho Financiero, Derecho Económico y Análisis Económico del Derecho de las universidades Javeriana, Rosario y Externado, respectivamente. Contacto: pmarquez@javeriana.edu.co

límite del poder de policía de la Administración, teniendo en cuenta el régimen legal colombiano. Antes de abordar dichos puntos, se estudian los fundamentos económicos de la inversión extranjera y de la expropiación. Posteriormente, se desarrolla un análisis jurídico-económico de la expropiación indirecta como límite de la potestad reglamentaria y del poder de policía de la Administración, y se finaliza con una reflexión sobre los límites de la regulación y de la intervención mediante regulación. Se indica así que no sólo la expropiación se constituye en un límite, sino también la cláusula de trato justo y equitativo presente en todo BIT.

Palabras clave autor: Análisis económico; inversión extranjera; inversión internacional; arbitraje de inversión; expropiación indirecta; regulación; poder de policía de la Administración.

Palabras clave descriptor: Inversiones extranjeras; arbitramento (economía).

EXPROPRIATION AND REGULATION: FOREIGN INVESTMENT, INVESTMENT TREATIES AND POLICE POWERS

ABSTRACT

The author makes an analysis and presentation of the doctrine of police powers of the administration and the doctrine of the public intervention in the economic order that are base for the development of new regulation that, due to its effects, could be quoted as expropriatory of foreign investments protected by bilateral investment treaties (BIT) and Free Trade Agreements (FTAs). The author shows the tendency of the international Tribunals in this respect, centering his attention in the study of the regulation and the clause of expropriation as a limit of the police powers of the administration. Before approaching

these points, the author studies the economics of foreign investment and expropriation. Later, he develops a Law and Economics analysis of indirect expropriation as a limit of the prescribed power and the police powers of the administration and finalizes with a reflection on the limits of regulation and public intervention by means of regulation, indicating that not only the expropriation clause constitutes a limit to regulation but also the clause of fair and equitable treatment present in all BITs.

Key words author: *Economic analysis; foreign investment; international investment; investment arbitration; indirect expropriation; regulation; police powers: Administration.*

Key words plus: *Economic Analysis; Investments; Foreign; Arbitrage (Economic).*

Sumario: *I. Introducción.- II. Economía política de la inversión extranjera.- III. Aspectos generales de la política de la inversión extranjera.- IV. La expropiación indirecta: fundamentos jurídico-económicos. V. La expropiación indirecta y la potestad reglamentaria de la Administración.- A. Los límites internos de la regulación: legalidad, regulación y poder de policía.- B. Los límites internacionales de la regulación: medidas indirectamente expropiatorias y poder de policía.- Conclusiones.- Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

La potestad estatal de regular comporta límites de varios tipos, que, tal como dijimos en un escrito anterior, principalmente provienen de provisiones constitucionales¹. Ahora bien, en los últimos años –quizás en las últimas dos décadas–, con la liberalización de los

¹ Véase Carlos Pablo Márquez E. y Alfonso Miranda Londoño, *Intervención pública, regulación administrativa y economía*, Vniversitas, No. 108 P. 71-w118 (2004)

mercados y la internacionalización del derecho administrativo², los límites a la potestad regulatoria de la Administración han trascendido al orden nacional, y han definido restricciones del Estado que le obligan a tener en cuenta cierto orden internacional auto-impuesto antes de ejercer sus potestades regulatorias.

Lo anterior no es nada nuevo para los conocedores del derecho internacional y del derecho internacional económico, pues múltiples conceptos, como el de la supranacionalidad, se han reportado como el precio a pagar en pro de la integración económica, siendo las disposiciones supranacionales una excepción y límite de la soberanía legislativa y de la potestad regulatoria de la Administración. Con todo, un fenómeno internacional reciente que afecta a las economías en desarrollo se ha venido reportando en la última década: este es el arbitraje de inversión. En este artículo, más estrictamente, nos referiremos al arbitraje de inversión y a los diferentes laudos arbitrales en lo que la parte afectada fundamenta sus pretensiones en la expropiación indirecta derivada de la regulación.

El concepto de expropiación indirecta se ha desarrollado en todo tipo de Tratados de Incentivo y Protección Recíproca de Inversiones, Tratados Bilaterales de Inversión y en Tratados de Libre Comercio. Estos últimos, en aras de proteger al capital extranjero de los posibles inconvenientes derivados en el país receptor e incentivar la colocación de flujos de capital a la manera de inversión, han incluido en sus textos cláusulas que permiten que entre Estados, o entre inversores y Estados, se diriman las controversias mediante el recursos presentados ante tribunales internacionales de arbitramento.

El artículo que presentamos a continuación hace parte de un texto mucho más extenso sobre los límites que impone el derecho internacional a la regulación interna. Con todo, el objeto del presente artículo es hacer una presentación corta del uso del poder de policía de la Administración y de la doctrina de la intervención en el orden público económico que fundamentan el desarrollo de

2 Véase Carlos Pablo Márquez E., *Standardization and the Rise of Global Administrative Law*, *Global Jurist Law Review* (en edición).

nueva regulación que, debido a sus efectos, puede tenerse como expropiatoria de inversión extranjera amparada por un acuerdo de promoción de inversiones (BIT), o como en el caso de Colombia, por un tratado de libre comercio (TLC). El objeto del texto es mostrar la tendencia de los tribunales internacionales de arbitramento a este respecto. Así, en lo que viene vamos a centrar nuestra atención en el estudio de la regulación y de la cláusula de expropiación presente en BITs y TLCs firmados por Colombia como límite del poder de policía de la Administración. Para ello, estudiaremos la expropiación en los tratados bilaterales de inversión, para lo que primero analizaremos en breve los fundamentos económicos de la expropiación, y posteriormente desarrollaremos el análisis jurídico-económico de la expropiación indirecta como límite de la potestad reglamentaria y del poder de policía; realizaremos a continuación un análisis de la interpretación de dicha cláusula en los tribunales de arbitramento, y finalizaremos con una reflexión sobre los límites de la regulación y de la intervención mediante regulación.

Es necesario advertir que para hacer más claras la mayoría de las afirmaciones, previamente desarrollaremos un análisis de la economía política de la inversión extranjera y de la economía básica que da respuesta al por qué incentivar la inversión, sin dejar de lado que, como lo indican Gallagher y Birch³, la incidencia que tienen los tratados internacionales que promueven y protegen la inversión en las decisiones de invertir en países en desarrollo no es significativa en términos del volumen de capitales⁴.

3 Kevin P. Gallagher & Melissa B.L. Birch, *Do Investment Agreements Attract Investment? Evidence from Latin America*, 7 *Journal of World Investment and Trade*, No. 6 (2006).

4 Sobre la inoperatividad de los tratados internacionales véase Oona A. Hathaway, *Do Human Rights Treaties Make a Difference?*, 111 *The Yale Law Journal*, No. 8 (June 2002). Carlos Pablo Márquez E., *Tratados multilaterales y la protección a los derechos de propiedad intelectual: evidencia entre países*, *International Law*, No. 5 (2004).

II. ECONOMÍA POLÍTICA DE LA INVERSIÓN EXTRANJERA

La economía política de los incentivos a la inversión extranjera merece unos párrafos que indiquen cuál es el norte del presente texto en términos político-económicos y cuál ha sido el norte de la política mundial de promoción a la inversión.

En primer lugar, partimos de un hecho notorio en las relaciones exteriores del Estado colombiano y de muchas otras economías emergentes y en vías de desarrollo. Este hecho es la proliferación de la firma de múltiples Tratados Bilaterales de Inversión (en adelante BITs, por sus siglas en inglés) o Acuerdos para la promoción y protección recíproca de inversiones (en adelante APPRI) y tratados de libre comercio (TLCs), que a la fecha de hoy, incluyendo más de ciento sesenta (160) Estados, se han firmado más de tres mil (3.000) acuerdos, los cuales se han suscrito en su gran mayoría entre países en desarrollo y países en vías de desarrollo⁵.

La promoción de inversiones, sin embargo, no siempre tiene el mismo perfil. En efecto, dependiendo de la economía política o de la política de Estado –en términos de su preferencia por el liberalismo, el proteccionismo o el mismo comunismo marxista– se pueden revelar diferentes aproximaciones a la inversión y, por lo mismo, diferentes modos de promover o desincentivar la inversión extranjera directa. Ahora bien, el liberalismo económico ha sido normalmente separado del nacionalismo proteccionista y del marxismo⁶, y aun cuando estas no son las únicas corrientes de

5 Véase Luke Eric Peterson, *Bilateral Investment Treaties and Development Policy Making*, International Institute for Sustainable Development, IISD, November 2004; Organization for Economic Co-operation and Development, *Relationships between Bilateral Investment Treaties, Working Papers on International Investment*, No. 2004-1, May 2004; United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), *Bilateral Investment Treaties 1959-1999*, on-line edition, Geneva, 2000; United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), *Quantitative Data on Bilateral Investment Treaties and Double Taxation Treaties*, consultada en julio de 2007, en: <http://www.unctad.org/Templates/WebFlyer.asp?intItemID=3150&lang=1>

6 Véase George Crane & Alba Amawi, Eds., *The Theoretical Evolution of International Political Economy*, Second Edition, Oxford University Press, Oxford,

pensamiento que permitirían distinguir entre las diferentes políticas de Estado frente a la economía internacional, estas tres perspectivas sí muestran diferentes parámetros a partir de los cuales es posible decir a qué perfil político-económico tiende una política de promoción de inversiones.

A continuación, describiremos de manera sucinta qué se entiende por cada una de dichas políticas de Estado, para luego dar cuenta de cómo cada una de ellas provee un perfil distinto para entender la economía internacional de la inversión.

En primer lugar, el nacionalismo proteccionista supone que la política económica de un Estado debe estar alienada con la política pública del mismo. Es decir, el Estado preserva y controla su posición en la comunidad internacional mediante la protección de los recursos disponibles para el Estado⁷. Esto se hace por medio de la regulación y la intervención en los mercados de los recursos en mención que la política del Estado impone controlar. En materia de inversión, entonces, el nacionalismo interviene en la movilidad de los flujos de capital e inversión sectorial en orden a controlar la entrada y salida de capital conforme con los intereses nacionales⁸. Así, el Estado nacionalista impone aranceles a los flujos de capital, incentivos o desincentivos tributarios, control ex ante de inversiones y otros mecanismos como los requisitos de desempeño⁹ de la inversión y el inversionista y/o las prohibiciones relativas o absolutas a la salida de capitales.

Por otro lado, las teorías económicas marxistas y neo-marxistas se fundamentan en la crítica al liberalismo, y su punto de partida es la imposibilidad de igualdad en el desarrollo de las relaciones económicas internacionales. En efecto, quienes abogan por esta doctrina económica contienen la necesidad del capital extranjero abogando por la

1997 (presenta la evolución histórica y teórica de la política económica de las relaciones internacionales a partir del siglo XVIII y hasta nuestros días a la manera de extractos escritos por grandes economistas). Kenneth Vandeveld, *The Political Economy of a Bilateral Investment Treaty*, 92 *American Journal of International Law*, No. 4, 621-641 (October 1998).

7 Vandeveld, *supra*, nota 6, 622.

8 Crane & Amawi, Eds., *supra*, nota 6, 98 y ss.

9 En la literatura anglosajona se les llama *performance requirements*.

endogenización de la inversión en razón a los efectos adversos de permitir el ingreso de capitales. Asumen así que permitir el ingreso de capital extranjero lleva, necesariamente, a una injusta distribución de las rentas del capital pues la mayoría de las mismas migran del país que las produce para regresar al Estado que posee exceso de capital. Además, consideran que la inversión extranjera genera una dependencia injustificada y unos lazos de relación que llevan al llamado neo-colonialismo¹⁰. En materia de flujos de capital, entonces, la única posibilidad para que se permita la inversión directa es mediante la aprobación *ex ante* de inversiones en sectores donde la rentabilidad y estructura del proceso de inversión no creará ni repartición inequitativa de recursos ni lazos irrompibles de interdependencia (para ello, los Estados con dichos perfiles político-económicos estilaban mantener la expropiación sin indemnización o compensación).

Por último, tenemos el liberalismo económico. Lo explicamos en último lugar por dos razones: primero, porque esta teoría guiará nuestra aproximación al tema de la expropiación mediante regulación en el resto del artículo, y segundo, porque, dado que la política contemporánea de promoción de inversión extranjera giró en los años 1990 hacia esta perspectiva, a la fecha han surgido múltiples críticas que vale la pena saldar inmediatamente.

El liberalismo clásico surge como una crítica al mercantilismo y a la perspectiva hobbesiana del Estado, según la cual el mejor de los Estados posibles es el absolutista que emerge como un Leviatán y controla cada una de sus partes. En efecto, la idea del liberalismo es simple: la libertad individual sólo puede ser coartada por el Estado excepcionalmente. Estas excepciones no pueden ir más allá de promover seguridad física a los individuos y protección a la propiedad privada. Desde el punto de vista económico, los liberales clásicos buscaron demostrar que la libertad de mercado y la no intervención llevan a mejores resultados para el bien común¹¹ en tanto permiten la producción de nueva riqueza y empresa que, sin

10 Véase Alexis Coudert & Asher Lans, *Direct Foreign Investment in Undeveloped Countries*, 11 *Law and Contemporary Problems*, No. 4, 741-759, 744 y ss. (1946).

11 Vandeveld, *supra*, nota 6, 623.

la necesidad de una política institucionalizada de re-distribución de títulos de propiedad, lleva a un incremento de felicidad para la mayoría¹².

Desde el punto de vista del comercio internacional los aportes del liberalismo clásico se fundamentan en la especialización, de manera que un Estado ha de enfocarse en aquellos bienes que pueda producir con mayor eficiencia debido a la existencia de ventajas comparativas. En este sentido, la política económica exterior del liberalismo económico asume la posibilidad del crecimiento económico derivado de las exportaciones¹³ y el libre flujo de factores. Desde el punto de vista de la inversión extranjera, la política económica del liberalismo rehúye la intervención injustificada en los equilibrios del mercado: el Estado debe permitir el libre flujo del capital eliminando las barreras de entrada al mercado de capitales pues ello lleva a (1) eliminar las barreras al comercio internacional, (2) permite el acceso a factores de producción escasos en el país de origen –en este caso capital–, y (3) disminuye los costos de transacción en orden a adquirir factores en el extranjero¹⁴.

Teniendo los anteriores puntos claros, ahora es necesario dar cuenta de las críticas a la perspectiva liberal de la inversión internacional. En primer término, se alega que la promesa de bienestar y desarrollo que asigna la economía internacional liberal a la inversión extranjera –con libre flujo de capitales– puede no ser tan cierta¹⁵. En efecto, hablando de inversión extranjera directa, la simple presencia de una filial de una compañía extranjera en un Estado puede hacer que los flujos de rentabilidad generados por la filial pasen a la matriz haciendo que los resultados de la inversión se dirijan a países desarrollados y no se reinviertan en los países en vías de desarrollo. Esta objeción es fácilmente salvable,

12 Para un estudio profundo sobre el problema de la dicotomía entre políticas de igualdad-equidad y políticas de bienestar, véase Steven Shavell & Louis Kaplow, *Fairness versus Welfare* (Harvard University Press, 2005).

13 Vandeveld, *supra*, nota 6, 624.

14 Véase Paul Krugman Dominik Obstfeld, *Economía internacional*, 132 (4ª. ed., McGraw Hill, Bogotá, 1999).

15 Véase Michael Todaro, *Economic Development*, 535 (8a. ed., Addison Wesley, 2002). Vandeveld, *supra*, nota 6, 626.

pues como se definió atrás, el liberalismo apunta a la creación de empresa en pro del bienestar y no en pro de la re-distribución, porque ésta es efecto de la inversión, no el objetivo de la misma. Así las cosas, el objetivo de la inversión en el liberalismo actual es crear empleo, hacer más dinámicos los precios de los mercados, e incluso desarrollar y prestar aquellos servicios que el propio Estado no puede prestar en razón a los costos del mismo.

En segundo término, las críticas señalan que aun cuando la productividad y el crecimiento se logren, estos no significan *per se* desarrollo. En este punto, tienen razón los críticos del modelo liberal pues el mismo parece dejar el desarrollo en un segundo plano y dar prevalencia a la necesidad de incrementar la productividad. Con todo, un análisis profundo del liberalismo clásico, o del libertarismo al modo de la escuela austriaca, conlleva comprender que la búsqueda del bienestar general va aparejada con el logro del mayor desarrollo pues el propio crecimiento, derivado de la inversión, requiere de la estabilidad general de la economía para que el ciclo mismo del negocio se mantenga creciente, cosa que sólo es posible en Estados que logran un desarrollo sostenido¹⁶.

Por último, se dice que al pensar la inversión desde un punto de vista liberal no se está teniendo en cuenta la re-distribución del ingreso ni la equidad. En efecto, la inversión extranjera se enfoca y beneficia a ciertos grupos que se benefician más que otros de los procesos de inversión, y sus réditos pueden distribuirse de modo desigual¹⁷. Así, pueden beneficiarse poblaciones urbanas, grupos políticos dominantes¹⁸, etc. Con todo, esta crítica es fundada en ejemplos de inversión que quizá no corresponden a la realidad de todos los países y que no tienen en cuenta los sectores donde se canaliza la inversión, pues hay esferas, como la de los servicios

16 Xavier Sala-i-Marti, *Apuntes de crecimiento económico*, 24 ss. (Edit. Bosch, Barcelona, 2002).

17 Véase Alex Fernández & Barbara Hogenboom, *Mexico's Integration in NAFTA, en Liberalization in the Developing World* (Routledge, 1996), citado en Kenneth Vandeveld, *The Political Economy of a Bilateral Investment Treaty*, *92 American Journal of International Law*, No. 4, 626-627 (October 1998).

18 *Ibid.*

públicos, donde la adecuada regulación permite mayores ganancias de bienestar derivadas de la expansión en la prestación de servicios que el Estado mismo no puede proveer.

Teniendo claras las diferentes perspectivas frente a las bondades y problemas de la inversión extranjera desde el punto de vista de la economía política de las relaciones internacionales, sólo nos queda dar una mirada general a la economía de la inversión extranjera, antes de pasar al problema central que nos ocupa. La razón para hacer un análisis económico de la inversión reside en la oportunidad de ilustrar sobre lo que hay detrás de los acuerdos de inversión como instrumentos para incentivar la inversión¹⁹.

III. ASPECTOS GENERALES DE LA ECONOMÍA DE LA INVERSIÓN EXTRANJERA

Desde mediados del siglo XX la literatura económica ha incrementado su preocupación por el estudio de los movimientos de factores. Tal como lo indican Krugman y Obstfeld, estos movimientos internacionales de factores de producción merecen un cuidadoso análisis por medio de la doctrina de la economía internacional²⁰, y ello en tanto estos son y serán relaciones económicas capaces de afectar a las estructuras económicas internas de los países –Estados– que intervienen en los flujos de factores.

El crecimiento de los flujos de inversión extranjera ha sido importante en las últimas décadas. En efecto, de constituir en promedio el 1.2% del PIB de naciones desarrolladas en 1980, han pasado a estabilizarse en el 3.1% del PIB. En las naciones en vías de desarrollo tal porcentaje es mucho mayor, y de constituir un 6.2% del PIB en 1990, en el año 2000 el porcentaje de inversión

19 También dejaremos entrever que el Acuerdo de Inversión sólo le disminuye costos de transacción al inversor, pero no afecta en medida significativa la decisión del inversor de invertir. Para una mirada más clara de este punto véase Vanderveelde, *supra*, nota 17, 627.

20 Krugman & Obstfeld, *supra*, nota 14, 132.

extranjera directa pasó a ser del 32.7%²¹, estabilizándose luego en aproximadamente el 27% del PIB.

La inversión extranjera ha sido estudiada desde hace muchos años²² como un efectivo mecanismo para la promoción del crecimiento y el desarrollo económico. Efectivamente, se ha dicho que la decisión de desarrollar procesos de inversión extranjera proviene de la comparación del rendimiento esperado del uso del capital en el Estado donde hay un exceso de recursos –o Estado de origen– frente al rendimiento esperado de tal capital en el Estado donde el recurso es escaso o Estado anfitrión. Así, en caso de ser mayor el rendimiento esperado del capital en el país de destino que en el país de origen, el inversionista con exceso en el flujo de capital, si es racional, tomará la decisión de invertir en el país donde el valor del capital es mayor.

De otro lado, las investigaciones empíricas de Gaviria y Gutiérrez (1993), Romer (1992; 1993), De Gregorio (1992) y Blomstrom, Lipsey y Zejan (1992)²³ han encontrado una relación positiva entre inversión extranjera y crecimiento económico. El estudio más

21 José Ricardo Santana y Fernando García, *World Financial Liberalization and its Effects on Capital Flows*, Econometric Society 2004, Latin American Meetings, en: <http://www.econometricsociety.org/pastmeetings.asp> consultada en julio de 2007.

22 Es interesante ver el informe de Departamento de Comercio de Estados Unidos de 1932, *United States in the World Economy*, en el cual se resalta la importancia de la inversión extranjera para el crecimiento bilateral al decir: “*The relative ability of direct and portfolio-investment income to adjust to changing economic conditions is evidenced by the comparative declines in these items - 82 per cent and 24 per cent, respectively - from 1929 to 1932. The advantage to the debtor country, in times of depression, of having obligations the service on which is adjustable, is evident. Although income from direct investment has often been blocked and substantial losses to investors have occurred through reorganizations of American companies operating abroad, direct investments weathered the depression with considerably lighter losses to investors, both of principal and interests, than did foreign bonds. Moreover, direct-investment holdings have not given rise to international controversy and ill will to an extent comparable to that which accompanied defaults on foreign dollar bonds*”: Departamento de Comercio de Estados Unidos, *United States in the World Economy*, Economic Series No. 32, US. Dep. Comm., 1943, p. 83, citado por Coudert & Lans, supra, nota 10, 743.

23 Véase Miguel Ángel Urrutia, *Inversión extranjera en Colombia: un recuento*, *Revista del Banco de la República*, No. 29, 5 (1995).

significativo para el caso colombiano es el de Gaviria y Gutiérrez. Estos sostienen que,

“...en una muestra de diez países latinoamericanos en el período 1965-1990, si los flujos de inversión extranjera promedio para un período de seis o más años, aumentan en una magnitud cercana a un punto del PIB, el PIB per cápita crecerá a una tasa superior en algo más de un 1% a la que prevalecería en la situación contraria. Esta correlación positiva tiene su origen en el aumento de la productividad que ocurre gracias a las transferencias de conocimientos (tecnológicos, administrativos y mercantiles) que logran permear el sistema económico; los conocimientos serán incorporados dentro del crecimiento, en la medida en que el país receptor posea la capacidad para absorber la información que se está transfiriendo. Esta capacidad es una característica propia de cada sociedad y depende, básicamente, de su acervo de capital humano”²⁴.

La anterior reflexión, según lo manifiesta Sala-i-Martin, es desarrollada por David Romer en su tesis doctoral²⁵. Este sostiene que las ideas, y no siempre los bienes, son lo que permite un mejor desempeño productivo. Así, las ideas se convierten en objetos del mercado que se pueden enajenar pero sin perder la propiedad y el uso de tales bienes. De lo dicho podemos deducir que “las multinacionales son conductos que permiten irrigar ideas productivas”²⁶, de manera tal que no sólo se ven beneficiadas por tales ideas las regiones donde se instalan las empresas sino también la nación entera.

Respecto de la evidencia sobre los efectos de la inversión extranjera en el país de destino, múltiples han sido los estudios amparando una u otra perspectiva. Por ejemplo, en un estudio general, Borensztein, De Gregorio y Lee²⁷ encuentran que aquella

24 Ibid., 7.

25 Sala-i-Martin, *infra*, nota 29, 129.

26 Ibid., 7.

27 El análisis prueba el efecto de la inversión directa extranjera (FDI) en el crecimiento económico utilizando datos de flujos de inversión de países industrializados a 69 países en vías de desarrollo en las últimas dos décadas. Véase Eduardo Borensztein, José De Gregorio & Jong-Wha Lee, *How Does Foreign Direct Investment Affect Economic Growth?*, NBER Working Papers No. 5057, National Bureau of Economic Research (1995).

contribuye no sólo al crecimiento sino también a la inversión doméstica, siendo la contribución en el primero algo mayor que en la última. También encuentran que la productividad de la inversión extranjera directa es mayor cuando el país anfitrión posee *stock* de capital humano, lo que explica las diferencias de los efectos diferenciados de la inversión. Del mismo modo, en promedio, la inversión extranjera tiene el efecto de aumentar la inversión total en cada economía más que proporcionalmente, lo cual sugiere que existe también algún tipo de complementariedad con las firmas del Estado anfitrión²⁸.

Del mismo modo, en estudios específicos respecto de países y grupos de países en vías de desarrollo, confirma lo establecido por la literatura general sobre inversión extranjera y sus efectos²⁹. Por ejemplo, para el caso de México, que es una economía con una estructura similar a la nuestra, Blomstrom³⁰ demostró que la presencia de firmas extranjeras en el sector industrial está correlacionada positivamente con la eficacia estructural de la economía y, a su vez, encuentra que gran parte de ello se debe a la presión competitiva inducida por las firmas extranjeras. En un segundo ejercicio, el mismo autor encuentra que existe una correlación funcional positiva entre la eficacia de las empresas nacionales mexicanas y la participación extranjera de varias industrias, lo que lleva a concluir que hay un efecto de la inversión extranjera a favor de la eficacia técnica de la industria, proveniente, entre otros, de la transferencia de tecnología³¹.

28 Ibid., 23.

29 Véase Xavier Sala-i-Martin, Xavier & Robert J. Barro, *Economic Growth* (2a. ed., MIT, Cambridge, Massachusetts, 2004); Peter Robson, *The Economics of International Integration* 318 ss. (Routledge, 1998). William D. Nordhaus & James Tobin, *Economic Growth* (Columbia University Press, 1972).

30 Magnus Blomstrom, *Foreign Investment and Productive Efficiency: The Case of Mexico*, 35 *Journal of Industrial Economics*, No. 1, 97-110 (1986).

31 Magnus Blomstrom & Hakan Persson, *Foreign Investment and Spillover Efficiency in an Underdeveloped Economy: Evidence from the Mexican Manufacturing Industry*, 11 *World Development*, Elsevier, No. 6, 493-501 (1983).

En otras investigaciones como la de De Gregorio (1992), al estudiar los determinantes del crecimiento para 12 países de América Latina en el período 1950-1985, se encuentra que

“...la inversión es uno de los principales determinantes del desarrollo, pero sus componentes producen un efecto diferencial; la inversión extranjera parece ser más eficiente que la inversión nacional. Los resultados también reflejan el efecto positivo que producen las entradas de capital en el crecimiento”³².

También Blomstrom, Lipsey y Zejan (1992) consideran una regresión de la tasa de crecimiento del ingreso *per capita* con un conjunto de variables que incluye la participación de la inversión en el PIB, la participación de la maquinaria y equipo de transporte en el PIB, y la inversión extranjera directa (IED) como participación en el PIB. Ellos encuentran que la IED tiene una fuerte asociación con la tasa de crecimiento. Además, comprueban que es la inversión extranjera la que causa el crecimiento, y no a la inversa.

Los anteriores son sólo unos pocos ejemplos de la literatura que ha demostrado que la inversión extranjera en países en vías en desarrollo promueve el crecimiento por intermedio de la productividad y la transferencia de tecnología³³. Con todo, vale la pena aclarar que no todos los estudios llegan a las mismas conclusiones, pero sí comparten algunas premisas. Para la muestra

32 Ibid.

33 Otros estudios en esta misma vía son: R. Findlay, *Relative Backwardness, Direct Foreign Investment, and the Transfer of Technology: A Simple Dynamic Model*, 92 *Quarterly Journal of Economics*, No. 1, 1-16 (1978); Görg, H. & D. Greenaway, *Much ado about Nothing? Do Domestic Firms Really Benefit from Foreign Direct Investment?*, Discussion Paper Series No. 944, Institute for the Study of Labor (IZA) Bonn. (2003); H. Görg & E. Strobl, *Foreign Direct Investment and Local Economic Development: Beyond Productivity Spillovers*, 137-158 (2005); S. Lall & R. Narula, *Foreign Direct Investment and its Role in Economic Development: Do we need a New Agenda?*, 16 *European Journal of Development Research*, No. 3, 447-464 (2004); T.H. Moran, E. Graham, and M. Blomström, *Does Foreign Direct Investment Promote Development?* (Institute for International Economics Center for Global Development, Washington, DC., 2005); UNCTAD, *Economic Development in Africa: Rethinking the Role of Foreign Direct Investment*, United Nations, No. E.05.II.D.12, Geneva & New York (2005).

está un estudio enfocado en economías emergentes en el que no se pudo demostrar que el efecto de la inversión extranjera en la productividad y en el crecimiento o desarrollo sea positivo, pero en el cual sí se confirma que hay algún tipo de efecto de la inversión en la transferencia de tecnología³⁴. De otro lado, al examinar el efecto de la inversión extranjera en el funcionamiento de *joint ventures* y firmas domésticas en Venezuela, se encuentra que los aumentos en la participación extranjera están correlacionados fuertemente con aumentos en productividad de planta; pero, al medir el impacto diferenciado, se encuentra que el crecimiento asociado a las transferencias de tecnología que ocurren con la inversión extranjera es, en su mayoría, capturado por las empresas de *joint venture*, lo cual no necesariamente beneficia a las firmas domésticas en el largo plazo³⁵.

Teniendo claro que la literatura afirma que la inversión extranjera, desde el punto de vista económico, genera efectos positivos para el país anfitrión, es necesario en adelante entender por qué un inversionista decide invertir. En efecto, la decisión de invertir es muy simple para un agente racional en un “mundo” donde no existen costos de transacción, pues cero costos de transacción implica que “colocar” el capital en el Estado destino es igual a cero y que la incertidumbre derivada de la operación es también la mínima, cero. Sin embargo, es claro que vivimos en un universo donde la norma³⁶

34 Véase Elvira Torlak, *Foreign Direct Investment, Technology Transfer and Productivity Growth in Transition Countries: Empirical Evidence from Panel Data* (Center for Globalization and Europeanization of the Economy-CeGE, University of Gottingen, Germany, 2001).

35 Brian J. Aitken & Ann E. Harrison, *Do Domestic Firms Benefit from Direct Foreign Investment? Evidence from Venezuela*, 89 *American Economic Review*, No. 3, 605-618 (June 1999).

36 Experimentalmente se pueden simular operaciones donde el costo de transacción, cognitivamente al menos, tiende a cero. La economía experimental ha desarrollado métodos para mostrar la diferencia entre las decisiones sometidas a costos de transacción y otros ruidos como la moral, los valores y la ley. Véase John H. Kagel and Alvin E. Roth, *The Handbook of Experimental Economics* (Princeton University Press, 1995).

es que las transacciones cuesten³⁷, y la economía de la inversión extranjera no es la excepción³⁸.

Desde hace ya tiempo, las preocupaciones por la suerte de los flujos de capitales al exterior han determinado el proceso de decisión de un inversor en tanto existen múltiples problemas para colocarlos, moverlos y retirarlos. Así, con el artículo de Coudert y Lans³⁹ se inició la literatura dedicada al análisis de los múltiples obstáculos derivados de la inversión en países no desarrollados. Tales autores parten de la base de que, en el largo plazo, “la inversión extranjera ha generado ventajas demostrables para la nación prestamista y la deudora, así como para el inversor privado”⁴⁰. Adicionalmente, tales autores consideran que la inversión es más ventajosa para las naciones en desarrollo que para los países desarrollados, y que debe ser incentivada por las autoridades nacionales pues permitir la inversión es menos costoso que emitir bonos u otros mecanismos de financiación directa que puede usar la nación para fondearse, siendo, como establece Meier⁴¹, una estrategia óptima la adaptación de la política y la regulación a favor de la inversión.

Ahora, según Coudert y Lans⁴², el inversor y el Estado de origen deben tener en cuenta algunas cargas que hacen mayor o menor el riesgo derivado de un proceso de inversión en el Tercer

37 Véase Ronald Coase, *The Problem of Social Cost*, 3 *Journal of Law and Economics*, 1-44 (1960); Oliver E. Williamson, *Transaction-cost Economics: The Governance of Contractual Relations*, 22 *Journal of Law and Economics*, No. 2, 233-261 (1979); Oliver Williamson, *The Economic Institutions of Capitalism: Firms, Markets, Relational Contractin* (The Free Press, New York, 1985).

38 Gerard Genotte & Alan Jung, *Investment Strategies under Transaction Costs: The Finite Horizon Case*, 40 *Management Science*, No. 3, 385-404 (1994).

39 Véase Alexis Coudert & Asher Lans, *Direct Foreign Investment in Undeveloped Countries*, 11 *Law and Contemporary Problems*, No. 4, 741-759 (1946). Véase también John Young, *The International Economy* (The Ronald Press, New York, 1951). Versión electrónica: <http://www.archive.org/details/internationaleco032809mbp> consultada en julio de 2007.

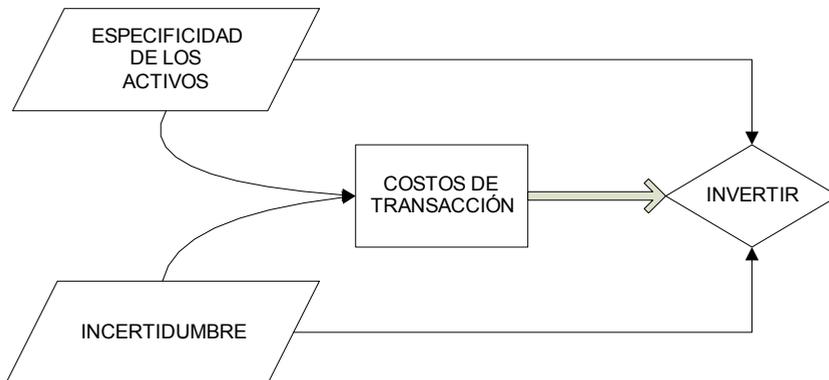
40 Coudert & Lans, cit., 744.

41 Gerald Meier, *Legal-economic Problems of Private Foreign Investment in Developing Countries*, 33 *The University of Chicago Law Review*, No. 3, 463-493 (1966).

42 Véase Coudert & Lans, *supra*, nota 39, 741-759. Véase también Young, *supra*, nota 39.

Mundo. En primer lugar, porque la inversión extranjera directa es menos líquida que otras inversiones y su liquidez, además, depende de la regulación del país de origen⁴³ sobre la disposición de flujos de capital, entre otras. En segundo lugar, porque existe un riesgo inherente derivado de la inestabilidad política y del auge del nacionalismo⁴⁴ y, en este último evento, procede otro riesgo derivado de la expropiación con o sin compensación.

Aunque algunos autores plantearon los problemas desde un punto de vista empírico, basados en su percepción de la situación, principalmente latinoamericana, estos puntos que resaltan son normalmente reseñados por la literatura neo-institucionalista de los costos de transacción asociados a las relaciones contractuales⁴⁵. En efecto, se ha dicho en la doctrina económica que toda relación económica regulada por un contrato enfrenta dos problemas: (a) la posible especificidad de los activos –que disminuye la disponibilidad del capital en el corto plazo– y (b) la incertidumbre –presente en múltiples aspectos de la relación contractual–⁴⁶; siendo la primera un problema que afecta la liquidez y la segunda un problema que afecta las expectativas.



43 Coudert & Lans, cit., 745.

44 Ibid., 746.

45 Véase Erik Furobothn & Rudolf Richter, *Institutions and Economic Theory: The New Institutional Economics* (University of Michigan, 1998).

46 Ibid., 302 ss.

Múltiples modalidades de regulación administrativa se han utilizado para mitigar estos dos problemas. Justamente, normas sobre condiciones de entrada del capital extranjero, regulación sobre la operación con capital extranjero, y restricciones o permisos para la remisión de utilidades o la repatriación del capital, permiten disminuir los riesgos derivados de la especificidad de los activos y, con ello, los costos de transacción asociados a la operación. Ahora bien, respecto de la incertidumbre también se han planteado algunas respuestas nacionales e internacionales, como los acuerdos de promoción recíproca de inversiones o la legislación referente a contratos de estabilidad jurídica⁴⁷.

En síntesis, podemos decir que la decisión de un inversor de invertir está mediada por múltiples factores:

Primero, y principalmente, la expectativa de crecimiento y retorno del capital, pues este incentiva al inversor con liquidez a colocar los recursos en un proyecto de inversión directa que presente mayores retornos en el mediano y largo plazo que aquellos que puede tener en el país de origen;

Segundo, las medidas –legales o internacionales– para mitigar la especificidad de los activos y aumentar la liquidez y flujo de los recursos destinados y derivados de la inversión;

Tercero, la determinación de medidas que permitan al inversor definir los posibles riesgos que afronta el capital destinado a la inversión, provenientes de la expropiación, los conflictos internos y las crisis económicas –dentro de los que se encuentran los acuerdos de promoción recíproca de inversiones.

Ahora bien, desde la perspectiva económica, en términos matemáticos el problema del inversor se puede expresar de la siguiente manera, representando los sub-índices, *i* y *t*, representa al país y el tiempo (esto es, simplificando la decisión del sector):

$$Ip_{it} = f \left(\underset{-}{Ig_{it}}, \underset{+}{Gr_{it}}, \underset{+}{St_{it}}, \underset{+}{P_{it}}, \underset{-}{Rl_{it}} \right) \quad (1)$$

donde,

47 Implementados en Colombia mediante la Ley 963 de 2005 (modificada por la Ley 1111 de 2006).

$I_{p_{it}}$ es la inversión privada en el país.

$I_{g_{it}}$ es la inversión pública en el país.

Gr_{it} es el crecimiento del país.

St_{it} es la estabilidad de los precios del país.

P_{it} es el precio actual –o esperado– de los bienes en que se va a invertir.

Rl_{it} es el riesgo de variaciones en el componente regulatorio.

Esta postulación matemática puede ser probada económicamente, con el objeto de hacerse a una idea de las elasticidades de cada sector para tener claro qué tanto afecta o ha afectado el riesgo de regulación⁴⁸ y/o el riesgo de estabilidad a la inversión privada. La literatura económica ha desarrollado este ejercicio llegando a la conclusión de que el único factor legal que afecta positivamente la inversión es la legislación que liberaliza los regímenes de inversión⁴⁹.

A su vez, del mismo modo como se puede hacer un estudio del efecto de las variables mencionadas en la inversión privada, también se puede hacer un estudio de la manera como las diferentes variables del riesgo de regulación afectan a la inversión⁵⁰.

En términos matemáticos, el riesgo de regulación se puede expresar funcionalmente de la siguiente manera, representando los sub-índices, i y t , representa al país y el tiempo (esto es, simplificando la inclusión del sector de la economía en que se realiza la inversión):

48 Este no incluye únicamente cambios en el componente legal, sino también en el componente institucional. En efecto, la existencia de un órgano que regule el mercado, la autonomía del mismo, el tamaño, etc. son elementos que determinan la posible incidencia y la transparencia del órgano. Véase Stephen Everhart & Mariusz Sumlinski, *Trends in Private Investment in Developing Countries and the Impact on Private Investment of Corruption and the Quality of Public Investment, Discussion Paper No. 44*, International Finance Corporation, Washington, D.C. 2001, en: <http://www2.ifc.org/economics/pubs/dp44/dp44.pdf> consultada en junio de 2007.

49 Sheoli Pargal, *Regulation and Private Sector Investment in Infrastructure: Evidence from Latin America*, Policy Research Working Paper No. 3037, 15-23 (2003).

50 Para una exploración sobre estas variables en Latinoamérica, véase José Luis Guasch, *Contract Renegotiation in LAC*, The World Bank, mimeo (2001).

$$Ip_{it} = f \left(\begin{matrix} ELg_{it}, & dR_{it}, & IR_{it}, & AFR_{it}, & BR_{it}, & pR_{it} \\ + & + & + & + & + & - \end{matrix} \right) \quad (2)$$

donde,

Ip_{it} es la inversión privada en el país.

ELg_{it} es la aprobación de legislación liberalizando la economía.

dR_{it} es la existencia de un órgano regulador del sector.

IR_{it} es el indicador de autonomía funcional del regulador.

AFR_{it} es el indicador de autonomía financiera del regulador.

BR_{it} es el tamaño del regulador.

pR_{it} es la probabilidad de hacer variaciones de la regulación.

Pargal⁵¹ planteó una variación de este modelo, y mediante el análisis econométrico encontró que la acción del gobierno disminuye la probabilidad de variación de la regulación del sector y que la existencia de órganos autónomos e independientes incentiva la inversión extranjera directa⁵². Con todo, en estos resultados la regulación no es el factor con mayor peso en la ecuación. Como se dijo *a priori*, la misma autora encuentra que a pesar del positivo efecto de la regulación en la inversión, un incremento del PIB en un 1% generaría incrementos en la inversión de casi un 4.6%; de manera similar, la existencia de legislación a favor de la liberación de los mercados genera aumentos del 3.6% por una vez al momento de ser establecida, según los resultados mencionados. Estos elementos nos hacen ver que la regulación gana importancia una vez la economía alcanza crecimiento sostenido y estabilidad en precios, de manera que la legislación a favor de la inversión es importante para el inversionista, cuando las condiciones mencionadas están presentes a la hora de decidir sobre si invertir o no.

De otra parte, la misma economía neo-institucionalista, al plantear la teoría de los costos de transacción, ha desarrollado

51 Sheoli, *supra*, nota 50,15-23.

52 Esto en un proceso de regresión de dos etapas usando como variables de control el tamaño del Estado y la estabilidad de la economía.

un aparato argumentativo para hacer frente a los mecanismos de gobierno de los contratos y a los riesgos de incumplimiento y los modos de mitigarlos. En efecto, es evidente que ningún contrato puede prever todas las situaciones posibles pues la razón humana es limitada⁵³, lo que no permite que se cuente con información completa y perfecta; por ello se hace necesario determinar mecanismos para proteger a las partes de posibles incumplimientos. Es en este punto donde hacen su aparición los acuerdos internacionales de promoción recíproca de inversiones, como un mecanismo que, más allá de incentivar la inversión, es un compromiso de los Estados de proteger al inversor internacional frente a cambios inesperados en la decisión de la nación de cumplir.

Múltiples autores han estudiado la efectividad de estos mecanismos para el desarrollo de nuevas inversiones, algunos llegando a la conclusión de que no existe evidencia alguna que muestre el efecto positivo de los acuerdos bilaterales de inversión sobre el desarrollo de nueva inversión extranjera⁵⁴. Esto, aunque inesperado, no cambia mucho el panorama pues, como vimos en el análisis econométrico, las variables de tipo financiero no son nunca menos importantes que las variables de tipo institucional, llevando a que el resultado de los investigadores no aparezca tan alejado de la realidad.

Una vez hemos mostrado la economía política de la inversión y la economía básica que indica el porqué de incentivar la inversión, llegando a la conclusión de que no es mucha la evidencia que indique que las instituciones tienen alguna incidencia en el flujo de inversión hacia países en desarrollo, en lo que viene vamos a centrar nuestra atención en el estudio de la regulación y la cláusula de expropiación como límite del poder de policía de la

53 Tal como lo indica Paul Ricoeur en *Finitud y culpabilidad*, desde hace más de doscientos años se ha hecho frente a los límites de la razón humana, con todo, algunas ciencias sólo hicieron caso de tales límites poco después de la segunda década del siglo XX.

54 Kevin P. Gallagher & Melissa B.L. Birch, *Do Investment Agreements Attract Investment? Evidence from Latin America*, 7 *Journal of World Investment and Trade*, No. 6 (2006).

Administración. Para ello estudiaremos la expropiación en los tratados bilaterales de inversión, con lo que, primero, brevemente se analizarán los fundamentos económicos de la expropiación y, posteriormente, se desarrollará el análisis jurídico-económico de la expropiación indirecta como límite de la potestad reglamentaria y del poder de policía.

IV. LA EXPROPIACIÓN INDIRECTA: FUNDAMENTOS JURÍDICO-ECONÓMICOS

Como lo dijimos en la introducción, la creciente firma de acuerdos bilaterales de promoción y protección de inversiones ha despertado entre quienes presentan un perfil nacionalista o neo-marxista⁵⁵ algunas reservas, en tanto que dichos acuerdos establecen cláusulas que restringen la libertad regulatoria en sectores como la salud, el medio ambiente y la seguridad nacional⁵⁶. Con todo, es claro que, así fuera esta la regla en todos los casos⁵⁷, el Estado puede desarrollar un análisis de costo-beneficio en el cual decide hacer ciertas restricciones a favor de otros beneficios que, en el largo plazo, representan un mejor panorama que aquel en que se irrespeta irreflexivamente la propiedad privada.

Justamente, los actuales tratados bilaterales de inversión y los acuerdos de libre comercio se presentan como documentos de corte liberal en tanto promueven la libre circulación de ciertos factores de producción, como el capital, con el firme convencimiento de que tal posibilidad lleva a mayor prosperidad⁵⁸. En términos de técnica legislativa, el mismo tratado debe lidiar con la doctrina económica que le hace frente, esto es, el nacionalismo. El modo que se ha utilizado

55 Véase *supra* notas y ss., y texto que las acompaña.

56 *Portafolio*, “El TLC: seguridad para mayor inversión y crecimiento”, edición del jueves 28 de junio de 2007.

57 Es claro, como veremos más adelante, que la jurisprudencia ha indicado otra tendencia más pro-Estado que pro-inversor, sin ser extrema en pro del Estado.

58 Los preámbulos usuales de los BITs parecen indicar que el objetivo es lograr mayor prosperidad a través de mayor inversión.

para mitigar los riesgos políticos del nacionalismo es la cláusula de prohibición de expropiación sin indemnización.

Desde sus inicios, la prohibición de la expropiación sin indemnización no se planteó como una prohibición absoluta, pues hubiera sido extraño al libre mercado que no se le permitiera a los Estados decidir libremente las reglas para el manejo de su economía. Con todo, sí se consideró que el derecho a la propiedad privada es superior a la potestad de intervención del Estado en la economía y, por lo mismo, es necesario que toda expropiación se plantee con una compensación de por medio.

Siguiendo el anterior modelo de expropiación fueron diseñados los dos primeros tratados bilaterales de inversión, firmados por Alemania y por la República Dominicana y Paquistán en 1959⁵⁹. En efecto, la firma de estos tratados fue influida por el debate ideológico que hay detrás de la expropiación principalmente por la prohibición de la expropiación sin indemnización. El neo-marxismo y los nacionalistas se alejaron y rechazaron el estándar de adecuada, pronta y efectiva compensación de la expropiación, pues según estas ideologías, primero, ninguna compensación se debía *per se*, y, segundo, no es necesaria la indemnización en tanto que la cláusula de trato nacional sería más que suficiente⁶⁰.

La balanza de las teorías de economía política se inclinó hacia la teoría inicial de inversión sin expropiación debido a los buenos resultados de las primeras operaciones, al punto que en los años 1970 Francia, el Reino Unido, Austria, Japón y Estados Unidos iniciaron su programa de firma de acuerdos de inversión, llegando a siglar, en conjunto, más de 153 tratados de este tipo de hasta 1986. Esta expansión se tornó en geométrica por, entre otros, el éxito de las operaciones y los tratados, la caída de la Unión Soviética y la liberalización de los países de Europa del Este⁶¹. Así, durante parte de las últimas décadas

59 Aunque el primero en firmarse fue el desarrollado entre Alemania y Paquistán, el que primero entró en vigor fue el de República Dominicana y Alemania, que fue firmado en diciembre de 1959 y entró en vigor en junio de 1960.

60 Vandeveld, Ob. cit., 627 ss.

61 *Ibid.*, 682.

se firmaron más de tres mil acuerdos, de los cuales más de dos mil fueron firmados y ratificados entre 1990 y 2005.

Aparece claro que la firma de estos acuerdos proviene de cierto cambio en la economía política mundial. Tal como se mencionó, la prohibición de la expropiación es una de las variables que afecta la decisión de un inversor de poner recursos en un país, en tanto que la misma permitiría al Estado anfitrión apropiarse de la propiedad y, con ello, de la expectativa de ganancia que ha desarrollado el inversor durante el proceso de planeación de la inversión. Este derecho a la expropiación procedería de los poderes de policía de la Administración que en casos excepcionales le entregarían al Estado la potestad de disponer de la propiedad ajena como producto de una nueva política pública, o le permitirían regular la seguridad, la salud y la moral pública de la comunidad⁶², entre otros. En efecto, el problema de interpretación reside en el origen de la norma que internacionalmente prohíbe la expropiación, que, como se vio, corresponde a una economía política pro inversionista, pro inversión extranjera y pro libre intercambio. Por ello, la idea de esta prohibición es eliminar la posibilidad de los gobiernos de tomar para sí la propiedad de terceros inversores. En efecto, se ha dicho:

“Los gobiernos no pueden demandar a inversores porque los inversionistas no pueden incumplir obligaciones del tratado como ‘la expropiación’, la discriminación o el trato justo y equitativo. Estas se centran exclusivamente en la acción gubernamental que afecta a inversionistas extranjeros. Los gobiernos han hecho disponible este derecho asimétrico porque les ayuda a atraer capital y mejora su gobierno interno, y la percepción de la calidad del gobierno internacionalmente”⁶³.

62 Chandler Anderson, *Basis of the Law against Confiscating Foreign-owned Property*, 21 *The American Journal of International Law*, No. 3, 525 (1927).

63 Thomas Wälde, *Separate Opinion, Thunderbird vs. Mexico*, in the Arbitration under Chapter XI of the NAFTA and the UNCITRAL Arbitration Rules, December 2005, par. 139: “Governments cannot sue investors because investors cannot breach the treaty disciplines such as ‘expropriation’, discrimination or fair and equitable treatment. They focus exclusively on governmental action targeting foreign investors. Governments have made this asymmetric right available because it helps them to attract capital and improves their internal governance, and the

La expropiación ha sido ampliamente definida en el ámbito constitucional colombiano. Con la modificación al artículo 58 de la Constitución Política de Colombia⁶⁴ se proscribió la expropiación sin razón pública ni indemnización, de modo que el concepto de expropiación pasó a ser analizado desde la perspectiva de la utilidad pública y no de la conveniencia nacional. En efecto, tal como ha dicho la Corte Constitucional, en razón al desarrollo y con “fundamento en el principio según el cual el interés particular debe ceder ante el interés general (...) se reconoce al Estado entre otras, la facultad de suprimir en su favor, el dominio que sobre un bien o bienes determinados ejerza un particular”⁶⁵. Con todo, la misma no procede *per se*, sino por la confluencia de múltiples aspectos como:

1. la legalidad de la expropiación;
2. la protección al derecho de defensa y el debido proceso de quien será expropiado, y
3. el pago de compensación⁶⁶.

Sobre la compensación, llamada por la misma Corte *indemnización*, ésta debe ser justa, en tanto que la misma “debe ser omnicompresiv(a) de todos aquellos aspectos que permitan al particular no recibir lesión alguna en su patrimonio por la decisión de expropiación”⁶⁷.

Como se deduce de lo anterior, la expropiación en el sistema legal colombiano es pues un acto dispositivo de cualquier autoridad estatal en el que el Estado se reserva para sí, bajo el principio de legalidad, el título de propiedad sobre un conjunto de activos o derechos de contenido patrimonial sin importar quién sea su titular.

perception of their governance quality internationally”.

64 Acto Legislativo No. 01 de 1999.

65 Corte Constitucional, sentencia 059 de 2002, M.P.: Martha Victoria Sáchica Méndez, 24 de enero de 2001.

66 Ibid.

67 Corte Constitucional, sentencia C-379 del 22 de agosto de 1996, M.P.: Carlos Gaviria Díaz.

Ahora bien, esta definición, aunque se adapta a lo que vamos a ver en la siguiente sección, no es del todo compatible con las definiciones presentes en Tratados de Libre Comercio (Free Trade Agreements, TLCs), tratados bilaterales de inversión o tratados de protección y promoción recíproca de inversiones; lo que llama la atención sobre el complejo significado que tiene la firma de un BIT, para la limitación de la potestad regulatoria de la Administración.

En lo que viene vamos a exponer cómo se ha entendido la expropiación en los conflictos que han surgido y han sido decididos bajo ICSID (International Centre For Settlement of Investment Disputes).

V. LA EXPROPIACIÓN INDIRECTA Y LA POTESTAD REGLAMENTARIA DE LA ADMINISTRACIÓN

Varias definiciones se han desarrollado sobre la expropiación indirecta; quizá la más omnicomprendensiva proviene de *Metalclad v. México*, donde se dice que es también expropiación, bajo las reglas de NAFTA,

“... [la] interferencia secreta o cubierta en el uso de la propiedad que tiene el efecto de privar al dueño, total o significativamente, del uso o de la utilidad razonablemente esperada de la propiedad incluso si no es necesariamente para el beneficio obvio del Estado del anfitrión”⁶⁸.

Con todo, en la práctica internacional de los Estados, como por ejemplo en el *Canada Model FIPA*, la expropiación indirecta se ha definido desde el objeto de la medida, así:

68 *Metalclad Corporation v. United Mexican States*, Award, 30 August 2000, 5 ICSID Reports 209, par. 103: “...covert or incidental interference with the use of property which has the effect of depriving the owner, in whole or in significant part, of the use or reasonably-to-be-expected economic benefit of property even if not necessarily to the obvious benefit of the host State”.

“La expropiación indirecta resulta de una medida o de una serie de medidas de una Parte que tenga un efecto equivalente a la expropiación directa sin la transferencia formal del título o de una confiscación absoluta”⁶⁹.

Ahora bien, no toda privación de la propiedad mediante medidas “indirectas” constituye expropiación; así lo ha dicho la doctrina,

“...las medidas estatales, a primera vista un ejercicio legítimo de los poderes de la administración, pueden afectar considerablemente intereses extranjeros sin que por ello se constituyan en expropiación. Así, los activos extranjeros y su uso se pueden sujetar a impuestos, restricciones comerciales que implican licencias y los contingentes, o a medidas de devaluación. Mientras que algunos hechos especiales pueden afectar los casos, en principio tales medidas no son ilegales y no constituyen expropiación”⁷⁰.

Efectivamente, en *The Harvard Draft on the International Responsibility of States for Injuries to Aliens* se dijo⁷¹:

“...no será considerada ilícita la apropiación no compensada de propiedad de un extranjero o una privación del uso o del fruto de la propiedad de un extranjero que resulta de: la ejecución de leyes tributarias; de un cambio general en el valor de la moneda; *de la acción de las autoridades competentes del estado en el mantenimiento del orden, de la salud o de la moralidad pública*; o del ejercicio válido de los derechos beligerantes o

69 Canada Model FIPA, Anex B.13(1), en <http://www.international.gc.ca/tna-nac/documents/2004-FIPA-model-en.pdf> “*Indirect expropriation results from a measure or series of measures of a Party that have an effect equivalent to direct expropriation without formal transfer of title or outright seizure*”.

70 Ian Brownlie, *Public International Law* 509 (6a. ed., Oxford University Press, 2003), citado por Catherine Yannaca-Small, *L'expropriation indirecte et le 'droit de réglementer' dans le droit international de l'investissement*, Documents de travail sur l'investissement international, 2004, Éditions OCDE, 5: “...state measures, prima facie a lawful exercise of powers of governments, may affect foreign interests considerably without amounting to expropriation. Thus, foreign assets and their use may be subjected to taxation, trade restrictions involving licenses and quotas, or measures of devaluation. While special facts may alter cases, in principle such measures are not unlawful and do not constitute expropriation”.

71 Harvard Law School, *Convention on Injury to Aliens* (1960); *Harvard Draft on the Responsibility of States for Damages Caused on Their Territories to Persons and Property of Foreigners*, 23 AM. J. Int.'L. L. 131, citado en Yannaca-Small, cit., 7.

de otra manera el elemento incidental a la operación normal de las leyes del Estado”⁷².

Quizá tres distinciones se han hecho con respecto a lo que podemos entender por regulación. Tal como lo indicó el tribunal en *S.D. Myers*⁷³, se puede entender que existen tres tipos de expropiación, una llamada en inglés *creeping expropriation*, o expropiación oculta, y otra llamada *tantamount expropriation*, o expropiación equivalente. La primera se refiere a “una remoción duradera de la habilidad que tiene el dueño de un grupo de bienes a hacer uso de sus derechos económicos”⁷⁴.

De otro lado, en el mismo caso, el tribunal encuentra que *tantamount expropriation* termina siendo una serie de medidas equivalentes a la expropiación, que se determinan y varían dependiendo de la sustancia de la medida y no únicamente de su forma; por ello establece:

“El significado primario de la palabra ‘*tantamount*’ dado por el Diccionario del Inglés Oxford es ‘equivalente’. Ambas palabras requieren de un tribunal que observe la sustancia de lo que ha ocurrido y no sólo en la forma”⁷⁵.

Lo dicho hasta ahora parece indicar un camino evidente: la expropiación indirecta no es cualquier medida que toma el Estado,

72 Ibid. El texto dice: “*An uncompensated taking of an alien property or a deprivation of the use or enjoyment of property of an alien which results from the execution of tax laws; from a general change in the value of currency; from the action of the competent authorities of the State in the maintenance of public order, health or morality; or from the valid exercise of belligerent rights or otherwise incidental to the normal operation of the laws of the State shall not be considered wrongful*”.

73 *S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada*, Partial Award, 13 November 2000, par. 283, citado en Claimant’s Reply, fn 184: véase http://www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/disp/SDM_archive-en.asp

74 Ibid., citado en *Waste Management, Inc. v. United Mexican States*, ICSID, Case ARB(AF)/00/3, par. 152: “*a lasting removal of the ability of an owner to make use of its economic rights*”.

75 Ibid.: “*The primary meaning of the word ‘tantamount’ given by the Oxford English Dictionary is ‘equivalent’. Both words require a tribunal to look at the substance of what has occurred and not only at form*”.

y principalmente el gobierno en desarrollo de su actividad como autoridad administrativa, sino que son aquellos actos que están por fuera de la normalidad o la legalidad que tienden a privar a un extranjero del adecuado uso, fruto y disposición de activos a que tiene derecho por un título de propiedad o un derecho o expectativa legalmente constituida.

Conforme al régimen colombiano, el TLC con Estados Unidos dispone:

“1. Ninguna de las Partes puede expropiar ni nacionalizar una inversión cubierta, sea directa o indirectamente mediante medidas equivalentes a la expropiación o nacionalización (‘expropiación’), salvo que sea:

“(a) por motivos de propósito público;

“(b) de una manera no discriminatoria;

“(c) mediante el pago pronto, adecuado y efectivo de la indemnización, y

“(d) con apego al principio del debido proceso y al Artículo 10.5” (resaltado fuera de texto original)⁷⁶.

Y el Anexo 10 C establece:

“Las Partes confirman su común entendimiento de que:

“1. Un acto o una serie de actos de una Parte no pueden constituir una expropiación a menos que interfiera con un derecho de propiedad tangible o intangible o con los atributos o facultades esenciales del dominio de una inversión.

“2. La segunda situación abordada por el Artículo 10.7.1 es la expropiación indirecta, en donde *un acto o una serie de actos de una Parte tienen un efecto equivalente al de una expropiación directa* sin la transferencia formal del título o del derecho de dominio.

“(a) La determinación de si un acto o una serie de actos de una Parte, en una situación de hecho específica, constituye una expropiación indirecta, requiere de una investigación factual, caso por caso, que considere entre otros factores:

76 Proyecto de Ley 178 del 30 noviembre de 2006.

“(i) el *impacto económico del acto* gubernamental, aunque el hecho de que un acto o una serie de actos de una Parte tenga un efecto adverso sobre el valor económico de una inversión, por sí solo, no establece que una expropiación indirecta haya ocurrido;

“(ii) la medida en la cual la acción del gobierno *interfiere con expectativas inequívocas y razonables de la inversión*; y

“(iii) el *carácter de la acción* gubernamental.

“(b) Salvo en circunstancias excepcionales, no constituyen expropiaciones indirectas *los actos regulatorios no discriminatorios* de una Parte que son diseñados y aplicados para proteger objetivos legítimos de bienestar público, tales como la salud pública, la seguridad y el medioambiente”⁷⁷ (resaltado fuera de texto original).

En el TLC con Chile se utiliza una fórmula similar, según cuanto establece el Anexo 9-C:

“1. Un acto o una serie de actos de una Parte no pueden constituir una expropiación a menos que interfiera con un derecho de propiedad tangible o intangible o con los atributos o facultades esenciales del dominio de una inversión.

“2. El Artículo 9.10 aborda dos situaciones: La primera es la expropiación directa, donde una inversión es nacionalizada o de otra manera expropiada directamente mediante la transferencia formal del título o del derecho de dominio.

“3. La segunda situación abordada por el artículo 9.10 es la expropiación indirecta, en donde *un acto o una serie de actos de una Parte tienen un efecto equivalente al de una expropiación directa* sin la transferencia formal del título o del derecho de dominio.

“(a) La determinación acerca de si un acto o una serie de actos de una Parte, en una situación de hecho específica, constituye una expropiación indirecta, requiere de una investigación fáctica, caso a caso, que considere entre otros factores:

“(i) el *impacto económico del acto* gubernamental, aunque el hecho de que un acto o una serie de actos de una Parte tenga un efecto adverso sobre

77 Ibid.

el valor económico de una inversión, por sí solo, no establece que una expropiación indirecta haya ocurrido;

“(ii) el grado en la cual la acción del gobierno *interfiere con expectativas inequívocas y razonables de la inversión*; y

“(iii) el *carácter de la acción* gubernamental.

“(b) Salvo en circunstancias excepcionales, no constituyen expropiaciones indirectas *los actos regulatorios no discriminatorios* de una Parte que son diseñados y aplicados para proteger objetivos legítimos de bienestar público” (resaltado fuera de texto original).

Como se observa, salvo por algunos elementos referentes a la gramática del texto y los ejemplos sobre lo que constituye un objetivo legítimo para proteger objetivos del bienestar público, los textos de ambos tratados son idénticos. En los apartes que vienen mostraremos la interpretación que han dado los tribunales internacionales de arbitramento a los conflictos referentes a la expropiación indirecta mediante regulación.

A. LOS LÍMITES INTERNOS DE LA REGULACIÓN: LEGALIDAD, REGULACIÓN Y PODER DE POLICÍA

Siendo esto así, y teniendo claro que nuestro objetivo de estudio es el límite a la regulación, parece evidente que la expropiación no procede cuando se desarrolla en el legítimo ejercicio de la potestad regulatoria de la Administración, o como lo llaman los internacionalistas, en el legítimo ejercicio del poder. Bajo la evolución del derecho administrativo colombiano⁷⁸, la regulación se ha constituido en la actualidad en una importante herramienta de intervención del Estado en la economía. Sin embargo, existen diversas opiniones sobre el significado de la regulación y sus efectos sobre la economía, razón por la cual procuraremos describir

78 El siguiente aparte se basa en nuestro artículo *Intervención pública, regulación administrativa y economía*, con Alfonso Miranda, *Universitas Ciencias Jurídicas*, No. 107 (2005).

brevemente el principio de legalidad y la forma en que se aplica a la actuación administrativa, para luego centrarnos en su relación con la regulación económica como fundamento del principio de intervención pública.

De acuerdo con la Corte Constitucional colombiana, el principio de legalidad “*como principio rector del ejercicio del poder*” permite que se entienda este principio como una institución jurídica que pone límites a la actuación del Estado. Esto no quiere decir que toda conducta sea objeto de regulación, ni mucho menos que el papel del Estado en el desarrollo de su acción frente a los individuos sea absolutamente pasivo, sino que el ordenamiento jurídico establece reglas para garantizar el cumplimiento de los derechos y deberes del Estado.

Ahora bien, la regulación surge como una expresión de las facultades del poder de dirección de la economía en cabeza de la Administración, donde el concepto de la intervención administrativa es entendido como el control ejercido por la Administración que tiende a limitar o normar las libertades de los individuos con el fin de mantener el orden económico constitucional. Parafraseando a Hauriou⁷⁹, “la peculiaridad de la intervención administrativa radica en la tendencia a conceder a la Administración los poderes para evitar que la actividad privada de los ciudadanos perturbe el orden económico, poderes que incluyen los de imponer limitaciones a la libertad y derechos de los ciudadanos”⁸⁰.

La anterior definición impone la vinculación de la potestad de policía de la Administración y el principio de legalidad, pues en vista del orden público y del proceso de deslegalización, la Administración puede establecer ciertos límites a las libertades individuales, que en este caso son libertades de tipo económico. En los términos de Rebollo Puig, se puede aseverar que la Administración no tiene más poderes sobre los individuos que aquellos concedidos por la Constitución y la ley. Sin embargo, se acepta que es esencial

79 Maurice Hauriou, *Precis de droit administratif et de droit public* (Sirey, Paris, 1927).

80 Manuel Rebollo Puig, *La policía administrativa y su singular adaptación al principio de legalidad, 1375*, en *El derecho administrativo en el umbral del siglo XXI* (Tirant lo Blanch, Valencia, 2000).

que el sistema de derecho le confiera a la Administración amplios poderes para garantizar el orden, teniendo como límite el derecho positivo⁸¹, es decir, la “habilitación legal no sólo para restringir los derechos fundamentales sino incluso la libertad genérica de los ciudadanos”⁸².

Es preciso por lo tanto definir en qué sentido la potestad de intervención permite a la Administración, por intermedio de la regulación, desarrollar un conjunto de políticas que tiendan a lograr cierto *orden económico* definido en la Constitución y la ley.

La adopción, en general, del concepto de regulación es problemática, ya que el desarrollo legal y constitucional del que se deriva la regulación se refiere usualmente a la reglamentación o potestad reglamentaria del ejecutivo, cosa que afecta el sentido de la noción regulación. Así mismo, encontramos que el término regulación es anfibológico, no tiene un sustento semántico claro, se le atribuyen distintos significados en cada legislación, y por ello su funcionalidad jurídica resulta débil. Esta penumbra la refleja Polo-Rosero al indicar que en la Constitución colombiana la función de regulación es reconocida en el artículo 365 y

“...consiste en la facultad del Estado de expedir normas de carácter general y/o particular de alcance no sólo jurídico sino también económico e informativo, destinadas a preservar con exclusividad el normal y transparente funcionamiento del mercado, corrigiendo las fallas que atenten contra su habitual estabilidad”⁸³.

Ejemplos como el citado se pueden entrever en la mayoría de las constituciones y sistemas legales latinoamericanos donde no hay un criterio unívoco sobre el tema, y tal como lo señala Polo-Rosero, aquello que se puede entender como regulación se suele confundir con reglamentación, del mismo modo que se puede confundir con potestad reglamentaria⁸⁴; conclusión que nos permite develar la semántica creativa presente en todo aquello que tiene que ver

81 Ibid., 1376.

82 Ibid., 1394.

83 Ibid.

84 Ibid.

con el concepto regulación⁸⁵. A pesar de las dificultades, no es imposible describir el fenómeno de la regulación y su diferencia con otras figuras⁸⁶.

En la anterior línea los tratadistas han desarrollado diferentes teorías con respecto a lo que jurídicamente podemos entender por regulación. Así, Jongen, en un singular ensayo, muestra cómo la actividad de ordenación derivada de la regulación es un mecanismo que permite lograr equilibrios en el desarrollo de la actividad privada, a través de medidas que limitan el ejercicio de la libertad. En este sentido, “regular” es el “ejercicio de diversas técnicas jurídicas como la reglamentación, la autorización, o la coacción”⁸⁷.

Entonces, la finalidad de la regulación no sólo es imponer el mandato de una norma previa a través de actos administrativos sancionatorios⁸⁸, también implica desarrollar una actividad, por intermedio de mecanismos previamente establecidos, que implemente y logre el orden económico ya definido en la Constitución, con el objeto de alcanzar el equilibrio entre intereses

85 Ejemplo de este modo de aplicar los conceptos sin advertir la equivocidad de los mismos, y sobre todo la asimilación a fenómenos jurídicos disímiles de la regulación, se puede ver en Jorge Enrique Ibáñez, *Alcance y límites de las potestades reguladora y reglamentaria: la división de competencias existente entre la ley y el acto administrativo normativo, sea regulador o reglamentario*, *Revista Universitas*, No. 106 (diciembre de 2003).

86 Jongen, *La police de l'audiovisuel*, 48 ss. (Bruselas, 1994): “la reglamentación puede definirse como el encuadramiento jurídico de los comportamientos sociales; y es, en este sentido (...) un modo de regulación. Pero el término regulación tiene un sentido más amplio. Se habla de regulación (...) para designar la acción tendiente a regularizar el movimiento, o a asegurar su buen funcionamiento, a mantener el equilibrio. El reglamento jurídico es por tanto un modo de regulación dentro del conjunto de arreglos, ajustes que permiten a la sociedad salvaguardar sus equilibrios”; así, “el nuevo orden impuesto con la regulación tiene como fundamento posibilitar una acción ordenadora o reguladora, más adaptada a las exigencias (...) de sectores sensibles, gracias al otorgamiento de las pertinentes facultades a nuevas instancias dotadas de formas de actuación más diversificadas que las propias de la administración pública directa”.

87 Tornos Mas, *Ob. cit.*, 1339.

88 Recordemos que la palabra sancionar tiene un sentido neutro, no sólo implica la pena sino también la recompensa.

generales y particulares en donde no están plenamente definidos los derechos en conflicto⁸⁹.

En conclusión, podemos identificar la actividad reguladora de la Administración como cierta actividad de policía y cierta actividad de la Administración que busca el equilibrio entre intereses contrapuestos. Son por lo tanto instrumentos de la regulación el reglamento, la autorización y la sanción, así mismo deben ser considerados en esta categoría otros no tradicionales como el informe, la propuesta, la mediación, el acto administrativo negociado y la solución de conflictos.

B. LOS LÍMITES INTERNACIONALES DE LA REGULACIÓN: MEDIDAS INDIRECTAMENTE EXPROPIATORIAS Y PODER DE POLICÍA

En múltiples interpretaciones y desarrollos internacionales sobre las potestades del poder de policía del Estado se ha llegado a la conclusión de que

“...un estado es responsable de una expropiación de propiedad cuando sujeta la propiedad extranjera a impuestos, regulación, u otra acción que es confiscatoria, o que dificulta, in-razonablemente interfiere con, o indebidamente retrasa, el disfrute efectivo de la propiedad de un extranjero o de su retiro del territorio del Estado”⁹⁰.

Con todo, ha sido también constante en la doctrina el considerar que no hay medidas regulatorias que, ceñidas al poder de policía y a la legalidad, constituyan una expropiación. En efecto, ha sido tradicionalmente aceptado que, mientras que las medidas sean tomadas por los Estados en desarrollo de sus poderes legítimos, de buena fe, no tienen otro límite que la ley del mismo Estado⁹¹.

89 Tornos Mas, Ob. cit., 1341.

90 Restatement of the Law Third, the Foreign Relations of the United States, *American Law Institute, Vol. 1, 1987, Section 712, Comment g*, citado por Yannaca-Small, supra, nota 71, 7: “...a state is responsible as for an expropriation of property when it subjects alien property to taxation, regulation, or other action that is confiscatory, or that prevents, unreasonably interferes with, or unduly delays, effective enjoyment of an alien’s property or its removal from the state’s territory”.

91 “A state is not responsible for loss of property or for other economic disadvantage

Lo mismo se presenta en la práctica internacional de los Estados, donde muchas cláusulas se cuidan de usar un lenguaje mediante el cual la regulación no razonable pueda terminar constituyendo una puerta cerrada a la regulación de la industria en búsqueda del interés público, o una puerta abierta a la expropiación encubierta. En efecto, el *US Model BIT* establece cláusulas lo suficientemente cerradas y abiertas como para restringir la acción del Estado y evitar la litigación frívola, como cuando dice:

“Anexo B.4 (b) excepto en circunstancias extrañas, las acciones reguladoras no discriminatorias por una Parte que se diseñan y se aplican para proteger objetivos públicos legítimos de bienestar, tales como salud pública, seguridad y el medio ambiente no constituyen expropiaciones indirectas”⁹².

Ahora bien, la doctrina, a pesar de ser orientadora, no indica las tendencias en la resolución de conflictos internacionales, lo mismo que el lenguaje de los tratados deja la posibilidad a los inversores y Estados de discutir sobre la interpretación de los mismos y pone en boca de los árbitros la definición de lo que constituye un interés público legítimo, la extensión de una medida razonable o no razonable, etc. Así, las diferentes decisiones de anteriores tribunales, al modo de precedentes, son orientadoras de las decisiones de nuevos tribunales frente a nuevos conflictos, por lo que *jurisprudencialmente* se han definido algunos patrones para determinar si la acción del Estado ha sido indirectamente expropiatoria.

Entonces, los tribunales han sostenido que, en la teoría legal, no sólo la propiedad puede ser expropiada, sino que también otros derechos distintos a esta tienen la potencialidad de ser expropiados, con la diferencia de que para estos “el derecho internacional hace

resulting from bona fide general taxation, regulation, forfeiture for crime, or other action of the kind that is commonly accepted as within the police power of states, if it is not discriminatory”: ibíd., 8.

92 US BIT Model: “Annex B.4(b) Except in rare circumstances, non-discriminatory regulatory actions by a Party that are designed and applied to protect legitimate public welfare objectives, such as public health, safety, and the environment, do not constitute indirect expropriations”.

apropiado que los tribunales examinen el propósito y efecto de las medida gubernamentales”⁹³.

Entonces, siguiendo la doctrina internacional y la jurisprudencia y precedentes de los tribunales, se ha dicho que para que la actividad de policía del Estado sea expropiatoria se requiere que las medidas gubernamentales i) tengan cierta naturaleza injustificada, que las mismas ii) constituyan un atentado contra la propiedad, y que iii) interfieran con expectativas razonables del inversor.

Como se ha venido resaltando, para que la medida regulatoria de la Administración o del Estado sea entendida como expropiatoria, es necesario que la misma tenga ciertas características que la hacen escapar del espectro de la buena fe y la legalidad. Así, siendo la actividad del Estado expropiatoria, la misma se sale de tal espectro cuando se asume que hay un interés público que media en el proceso de decisión del *policy-making*, el cual da lugar a la expropiación.

Adicionalmente, hay “expropiaciones” que por su naturaleza no compensatoria tampoco tienen el carácter de toma del derecho, como por ejemplo, algunas decisiones de autoridades administrativas relacionadas con el derecho de la competencia, la protección al medio ambiente, la planeación urbana, etc.⁹⁴.

Esta misma cuestión se puede plantear respecto de problemas de derechos humanos u otro tipo de decisiones del Estado que afecten derechos individuales. Así, la Corte Europea de Derechos Humanos⁹⁵ definió en varias de sus decisiones ese aspecto que distingue la acción legal y de buena fe del Estado en razón a la potestad administrativa del Estado. De ese modo, dijo la Corte:

“No sólo debe una medida que priva a una persona de su propiedad perseguir, en hechos así como en principio, un fin legítimo ‘en interés público’, sino que debe también haber una relación razonable de proporcionalidad entre

93 *Waste Management, Inc. v. United Mexican States*, ICSID, Case ARB(AF)/00/3, par. 152: “...international law makes it appropriate for tribunals to examine the purpose and effect of governmental measures”.

94 M. Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment* (Cambridge University Press, 1994).

95 Citado en *Tecmed S.A. v. México*, ICSID, case ARB (AF)/00/2, May 29, 2003, par. 122.

los medios empleados y el fin buscado (...) El equilibrio necesario no será encontrado si la persona referida ha tenido que soportar ‘una individual y excesiva carga’ (...) La Corte considera que una medida debe ser se apropiada para alcanzar su objetivo y no además desproporcionada.

“...los no-nacionales son más vulnerables a la legislación doméstica: a diferencia de los nacionales, ellos no han tomado parte en la elección o la designación de sus autores ni han sido consultado sobre su adopción. En segundo lugar, aunque la toma de la propiedad debe siempre efectuarse en el interés público, consideraciones diferente deberían aplicarse a los nacionales y a los no-nacionales”⁹⁶.

La decisión de la Corte reconoce tres elementos: primero, que la privación de la propiedad u otros derechos a una persona, cualquiera sea su condición, debe provenir de un interés público legítimo; segundo, que la carga que asume esa persona debe ser proporcional al fin de la medida, y tercero, que los no-nacionales, por su falta de derechos políticos, deben ser tratados diferente a los nacionales, en materia de expropiación, propiedad y derechos. Con todo, del mismo modo, hay cargas que deben asumir nacionales y no-nacionales respecto de su propiedad u otros derechos equivalentes, como por ejemplo en aquellas ocasiones en que:

“...el Estado puede afectar control en actividades de individuos mediante la imposición de restricciones que pueden tomar la forma de controles del planeamiento, las órdenes ambientales, los controles de rentas, las leyes de la importación y exportación, la regulación económica de profesiones,

96 European Court of Human Rights, Caso *James*, February 21, 1986, 19-20, en: <http://hudoc.echr.coe.int> “*Not only must a measure depriving a person of his property pursue, on the facts as well as in principle, a legitimate aim ‘in the public interest’, but there must also be a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realized (...) The requisite balance will not be found if the person concerned has had to bear ‘an individual and excessive burden’ (...) The Court considers that a measure must be both appropriate for achieving its aim and not disproportionate thereto (...).* “*...non-nationals are more vulnerable to domestic legislation: unlike nationals, they will generally have played no part in the election or designation of its authors nor have been consulted on its adoption. Secondly, although a taking of property must always be effected in the public interest, different considerations may apply to nationals and non-nationals”.*

[y] la confiscación de la propiedad para procesos jurídicos o las leyes de la herencia⁹⁷.

Ahora bien, las decisiones parecen volver al concepto de poder de policía y al *test de proporcionalidad* de la medida en razón a su fin y efecto. Así, tal como lo ha expresado el IISD comentando al artículo 8 literal i de su texto modelo de BIT:

“...una medida tomada para proteger o para realzar intereses públicos básicos del bienestar no será considerada como expropiación (...)

“La regla aquí es absoluta, sujeta al test de que la medida reguladora sea ‘*bona fide*’, que puede ser determinada por un tribunal arbitral. ‘*Bona fide*’ se define en el Diccionario del Inglés de Oxford como ‘con buena fe (que actúa o hecho de buena fe; sincero; genuino)’, o como ‘buena fe, libre del intento a engañar’. El diccionario legal Black (5ta. edición) define auténtico como ‘en o con la buena fe, honesto, abiertamente y sinceramente; sin engaño o fraude; verdad, realmente sin la simulación o el pretense’; y otras formulaciones similares.

“La esencia aquí es la buena fe detrás de la medida, de que él no estar para los motivos engañosos o para más ulteriores⁹⁸.”

97 Véase D.J. Harris *et al.*, referring to the jurisprudence of the European Court of Human Rights in the “*Law of the European Convention on Human Rights*” (1995) at 535, en Yannaca-Small, *supra*, nota 71, 17-18: “...the State may affect control on activities by individual by imposing restrictions which may take the form of planning controls, environmental orders, rent controls, import and export laws, economic regulation of professions, [and] the seizure of properties for legal proceedings or inheritance laws”.

98 Howard Mann, Konrad von Moltke, Luke Eric Peterson & Aaron Cosbey, *IISD Model International Agreement on Investment for Sustainable Development: Negotiators’ Handbook* (International Institute for Sustainable Development, Winnipeg, Canada, 2006): “...a measure taken to protect or enhance basic public welfare interests shall not be considered as an expropriation...”. “The rule here is absolute, subject to the test of the regulatory measure being ‘*bona fide*’, which can be assessed by an arbitral tribunal. *Bona fide* is defined in the Oxford English Dictionary as ‘with good faith (acting or done in good faith; sincerely; genuinely)’, or as ‘Good Faith, freedom from intent to deceive’”. *Black’s Law Dictionary* (5a. ed.) define *bona fide* como “in or with good faith, honestly, openly and sincerely; without deceit or fraud; truly, actually without simulation or pretense”; and other similar formulations”. “The essence here is the good faith behind the measure, that it not be for deceitful or for ulterior motives”. “...a measure taken to protect or enhance basic public welfare interests shall not be considered as an expropriation”.

También el *test* se ha establecido en algunos tribunales, de manera negativa, al decir que primero es necesario establecer que no toda regulación puede ser necesariamente definida como no expropiatoria, con lo que se está asumiendo que hay cierto riesgo de que la regulación sea efectivamente expropiatoria. Así, como dice el tribunal de *Tecmed S.A. v. México*:

“Después de establecer que las acciones y las medidas reguladoras no serían inicialmente excluidas de la definición de actos expropiatorios, además del impacto financiero negativo de tales acciones o medidas, el Tribunal Arbitral considerará, para determinarse si van a ser caracterizadas como expropiatorias, si tales acciones o medidas son proporcionales al interés público presuntamente protegido y a la protección legalmente concedida a las inversiones, teniendo en cuenta que el significado de tal impacto tiene un papel dominante sobre la decisión respecto de la proporcionalidad.

“... allí debe haber una relación razonable de la proporcionalidad entre la carga impuesta al inversionista extranjero y el objetivo buscado por una medida expropiatoria”⁹⁹.

El problema de los poderes de policía administrativa en los tribunales de arbitramento internacionales se limita entonces a la determinación de la medida y la proporcionalidad de la misma. Este poder es determinado como una variable de control, mas no la única variable, pues los mismos son entendidos como el poder del Estado de controlar y dirigir la actividad económica limitando legítimamente las libertades individuales¹⁰⁰.

En efecto, como lo establece Yannaca-Small, “la doctrina de los poderes de policía es vista por algunos no como un criterio que es sopesado con otros factores, sino como el elemento de control que automáticamente exceptúa la medida de cualquier deber de compensación”¹⁰¹. Así pues, un Estado no está compelido a

99 European Court of Human Rights, In the Case of Matos e Silva, Lda., and Others v. Portugal, Judgment of September 16, 1996, 92, 19, <http://hudoc.echr.coe.int>

100 Véase *supra* nota 79 y el texto que la acompaña.

101 Yannaca-Small, *supra*, nota 71, 20: “the ‘police powers’ doctrine is viewed by some not as a criterion which is weighed in the balance with other factors, but as a controlling element which exempts automatically the measure from any duty

indemnizar si la medida regulatoria responde a un interés público legítimo del Estado. En el tribunal de *Too v. Greater Modesto Insurance Associates* se dijo:

“...un Estado no es responsable de la pérdida de la propiedad o de otra desventaja económica que sea resultado de impuestos generales *de buena fe* o de cualquier otra acción que sea aceptada comúnmente como dentro del poder de policía del Estado, con tal que no sea discriminatoria y no sea diseñada para hacer que el extranjero abandone la propiedad al Estado o la venda a un precio miserable”¹⁰².

Del mismo modo, en el caso *Feldman v. México*, el tribunal sentenció, citando el *Restatement of International Law*, del American International Law Institute, que en relación con las normas referentes a impuestos no habrá responsabilidad cuando la imposición tenga como origen regulación de *buena fe*. Así, dijo el tribunal:

“Es notable que el comentario en el *Restatement* incluye específicamente ‘impuestos’ como una posible acción expropiatoria y establece responsabilidad del Estado, entre otras cosas, por interferencia no razonable con la propiedad de un extranjero. Al mismo tiempo, los impuestos generales no discriminatorios de *buena fe*, no ameritan responsabilidad. Las *Reporter’s Notes* al *Restatement* sugieren que, ‘sea que una acción del Estado constituya una toma y requiera indemnización bajo derecho internacional, o sea regulación procedente del poder de policía (...) no habrá lugar a una obligación de compensar aun cuando un extranjero sufra como consecuencia pérdidas’... (*Restatement*, Section 712, Reporter’s Note 5)”¹⁰³.

for compensation”.

102 *Too v. Greater Modesto Insurance Associates*, Iran-United States Cl. Trib. Rep. 378, Award December 29, 1989, citado por Yannaca-Small, *supra*, nota 71, 20: “*A State is not responsible for loss of property or for other economic disadvantage resulting from bona fide general taxation or any other action that is commonly accepted as within the police power of States, provided it is not discriminatory and is not designed to cause the alien to abandon the property to the State or to sell it at a distress price*”.

103 “*It is notable that the Restatement comment specifically includes ‘taxation’ as a possible expropriatory action and establishes state responsibility, inter alia, for unreasonable interference with an alien’s property. At the same time, non-discriminatory, bona fide general taxation does not establish liability. The Reporter’s Notes to the Restatement further suggest that ‘whether an action by the*

De otro lado, en el caso *Firemans Fund v. México*¹⁰⁴, un fallo recientemente publicado, al hacer el tribunal un listado de los elementos necesarios para que una medida regulatoria constituya expropiación, encuentra que la medida regulatoria debe ser acorde a los poderes de policía, que deben ser medidos en razón a: (i) la proporcionalidad de la medida, (ii) la posibilidad de esa medida de ser discriminatoria –lo que constituiría una falta al trato justo y equitativo, más que expropiación– y (iii) la *buena fe* en el desarrollo de la medida. Así, teniendo en cuenta el lenguaje que usa el tribunal:

“Para distinguir entre una expropiación compensable y regulación no-compensable por el Estado anfitrión, los factores siguientes (generalmente su combinación) pueden ser considerados: si la medida está dentro de los poderes de policía reconocidos al Estado del anfitrión; el propósito y el efecto (públicos) de la medida; si la medida es discriminatoria; la proporcionalidad entre los medios empleados y el fin buscado para realizarla; y, la naturaleza de buena fe de la medida”¹⁰⁵.

Similar posición se tuvo en cuenta en *S.D. Myers Inc. v. Canada*, donde el tribunal observa que una acción regulatoria por parte del Estado, más específicamente, de una autoridad pública, es poco probable que sea sujeta a un juicio de legitimidad bajo el artículo 11-10 del NAFTA, donde se establece:

“Artículo 1110. *Expropiación y compensación*

state constitutes a taking and requires compensation under international law, or is a police power regulation (...) does not give rise to an obligation to compensate even though a foreign national suffers loss as a consequence”.

104 *Fireman’s Fund v. Mexico*, Case ARB(AF)/02/01, International Centre for Settlement of Investment Disputes, par. 176 (j).

105 *Fireman’s Fund v. Mexico*, *ibid.*: “*To distinguish between a compensable expropriation and a noncompensable regulation by a host State, the following factors (usually in combination) may be taken into account: whether the measure is within the recognized police powers of the host State; the (public) purpose and effect of the measure; whether the measure is discriminatory; the proportionality between the means employed and the aim sought to be realized; and the bona fide nature of the measure”.*

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

Con todo, el mismo tribunal considera que, muy a pesar de las restricciones del lenguaje del texto, existe la posibilidad de encontrar medidas expropiatorias dentro de la casuística del artículo citado¹⁰⁶.

Ahora bien, otros casos, llevan a conclusiones parecidas, por ejemplo, en *Saluka Investments BV v. Czech Republic*, el tribunal afirmó:

“Según la opinión del Tribunal, el principio de que un Estado no comete una expropiación y no es obligado a pagar compensación a un inversionista extranjero despojado cuando adopta regulaciones generales que ‘son comúnmente aceptadas como dentro del poder de policía de los Estados’ forma hoy parte del derecho internacional”¹⁰⁷.

Los tribunales no han sido insensibles al tema del poder de policía y de su relación con el orden público. En efecto, como discutimos atrás, hay una íntima relación entre el orden público, el orden económico y el poder de policía de la Administración¹⁰⁸. Los tribunales han dicho, afirmando lo anterior, que el uso de las medidas necesarias para mantener el orden público económico justifica el ejercicio del poder de policía de la Administración. Así,

106 *S.D. Myers Inc. v. The Government of Canada*, Partial Award, 13 November 2000, at par. 281, en <http://ita.law.uvic.ca/documents/SDMyers-1stPartialAward.pdf>

107 *Saluka Investments BV v. Czech Republic*, the matter of an Arbitration Under the Uncitral Arbitration Rules 1976, 17 March 2006: “In the opinion of the Tribunal, the principle that a State does not commit an expropriation and is thus not liable to pay compensation to a dispossessed alien investor when it adopts general regulations that are “commonly accepted as within the police power of States” forms part of customary international law today”.

108 Ver notas 77, 78, 79 y 85, y texto que las acompaña.

el tribunal, en *LG&E Energy Corp., LG&E Capital corp., LG&E International Inc. v. Argentine*, consideró:

“Los demandantes afirman que la excepción de [estado de] necesidad no debe ser aquí aplicada puesto que las medidas implementadas por Argentina no eran los *únicos medios disponibles* para responder a la crisis. El Tribunal rechaza esta aserción. El artículo XI se refiere a las situaciones en las cuales un Estado no tiene ninguna opción para actuar. Un Estado puede tener varias respuestas a su disposición para mantener el orden público o para proteger sus intereses de seguridad esenciales. En este sentido, se reconoce que la suspensión de Argentina del cálculo de tarifas en los dólares estadounidenses y el ajuste de PPI de tarifas eran una manera legítima de proteger su sistema social y económico”¹⁰⁹.

“El Tribunal ha determinado que la promulgación por Argentina de la ley de emergencia era una medida necesaria y legítima de parte del gobierno de Argentina. Bajo las condiciones a que el gobierno hizo frente en diciembre de 2001, el tiempo era esencial para dar una respuesta. Bosquejada en apenas seis días, la ley de emergencia tomó la acción rápida y unilateral contra la crisis económica que era necesaria en ese entonces”¹¹⁰.

Ahora bien, lo anterior no es tan claro, pues en materia contractual los tribunales han tomado otros derroteros argumentativos. En efecto, han considerado que el uso de poderes de policía puede ser considerado como un mecanismo expropiatorio, muy a pesar de mediar la búsqueda del interés público. Tal es el caso de *Siemens*

109 *LG&E Energy Corp., LG&E Capital corp., LG&E International Inc. v. Argentine*, ICSID, Case Arb/02/1, par. 240: “*Claimants contend that the necessity defense should not be applied here because the measures implemented by Argentina were not the only means available to respond to the crisis. The Tribunal rejects this assertion. Article XI refers to situations in which a State has no choice but to act. A State may have several responses at its disposal to maintain public order or protect its essential security interests. In this sense, it is recognized that Argentina’s suspension of the calculation of tariffs in U.S. dollars and the PPI adjustment of tariffs was a legitimate way of protecting its social and economic system.*”

110 *Ibid.*, par. 241: “*The Tribunal has determined that Argentina’s enactment of the Emergency Law was a necessary and legitimate measure on the part of the Argentine Government. Under the conditions the Government faced in December 2001, time was of the essence in crafting a response. Drafted in just six days, the Emergency Law took the swift, unilateral action against the economic crisis that was necessary at the time (Hearing on the Merits, 25 January 2005, Ratti, Spanish Transcript, pp. 415-419).*”

v. *Argentina*, donde se usa la excepción de poderes de policía para expropiar de un derecho contractual a un contratista del Estado:

“El tribunal concluye que, en las acciones enumeradas arriba, la Argentina actuaba en desarrollo de sus poderes de policía más que como un contratante aun cuando procuró ocasionalmente basar sus acciones en [los derechos que le otorga] el contrato”¹¹¹.

Así, el tribunal usa como precedente lo dicho en *Consortium R.F.C.C. v. Kingdom of Morocco*, donde se establece:

“Para que haya derecho a compensación es necesario que la persona del expropiado pruebe que fue el objeto de medidas adoptadas por el Estado que actuaba, no como contratante, sino como autoridad pública. Las decisiones a los casos de expropiación indirecta mencionan la ‘interferencia’ del Estado anfitrión en el ejercicio normal de los derechos económicos del inversor. Ahora bien, un Estado contratante ‘no interfiere’, sino que ‘realiza’ un contrato. Si puede mal ejecutar dicho contrato, eso no será sancionado por las disposiciones del Tratado relativas a la expropiación o a la nacionalización a menos que se pruebe que el Estado o su emanación se ha salido de su rol de simple contratante(tista) para tomar el rol específico de Poder Público”¹¹² (resaltado fuera del original).

Como se ve del anterior aparte, los poderes de policía se consideran inaplicables en relaciones de tipo contractual. En efecto, en ello hay una especie de desviación de poder que no le evidencia

111 *Siemens A.G. v. Argentine*, Case No. Arb/02/8, International Centre for Settlement of Investment Disputes, February 6, 2007, par. 260: “The Tribunal concludes that, in the actions listed above, Argentina acted in use of its police powers rather than as a contracting party even if it attempted at times to base its actions on the Contract”.

112 *Consortium R.F.C.C. v. Kingdom of Morocco*, ICSID Case Arb/00/6, Award (December 22, 2003), par. 65: “Pour qu’il y ait droit à compensation il faut que la personne de l’exproprié prouve qu’il a été l’objet de mesures prises par l’État agissant non comme cocontractant mais comme autorité publique. Les décisions aux cas d’expropriation indirecte mentionnent toutes l’‘interférence’ de l’État d’accueil dans l’exercice normal, par l’investisseur, de ses droits économiques. Or un État cocontractant n’interfère pas, mais ‘exécute’ un contrat. S’il peut mal exécuter ledit contrat cela ne sera pas sanctionné par les dispositions du traité relatives à l’expropriation ou à la nationalisation à moins qu’il ne soit prouvé que l’État ou son émanation soit sorti(e) de son rôle de simple cocontractant(e) pour prendre le rôle bien spécifique de Puissance Publique”.

a los tribunales la percepción de igualdad entre las partes sino la perspectiva de un abuso del poder o del derecho. Así, el derecho a la compensación por expropiación proviene de la prueba del acto del Estado como autoridad pública y no como contratante, ya que ésta es una ‘interferencia’ estatal en el ejercicio de la actividad del inversor y de sus derechos derivados del contrato, lo que conduce a una expresión de injusticia e inequidad en el trato del inversor internacional.

CONCLUSIONES

Tal como hemos sostenido en múltiples escritos, la potestad estatal de regular comporta varios tipos de límites, los cuales principalmente provienen de provisiones constitucionales¹¹³ pero que, como tratamos de evidenciar en el presente texto, también provienen del derecho internacional y, principalmente, de la promoción de inversiones. Las causas quedan evidenciadas por la economía política liberal, dominante en el concierto legal internacional actual, que encuentra en la inversión y el crecimiento del capital los principales componentes del desarrollo y del crecimiento de los Estados. Y, del mismo modo, encuentra en la expropiación al principal enemigo de la inversión extranjera.

Ahora bien, desde el punto de vista legal, es necesario afirmar que el poder de policía de la Administración sigue siendo una excusa válida para regular las actividades de los inversores en el exterior (salvo en precedentes como el del Tribunal de *TecMed v. México* donde la mera expectativa del inversionista fue considerada objeto de expropiación). En efecto, la doctrina de la intervención en el orden público económico se constituye en un mecanismo válido y fuerte para fundamentar el desarrollo de nueva regulación que, debido a sus efectos, puede tenerse como expropiatoria de inversión extranjera amparada por un acuerdo de promoción de inversiones.

113 Véase Carlos Pablo Márquez E. & Alfonso Miranda Londoño, *Intervención pública, regulación administrativa y economía*.

En términos generales, de los casos estudiados y de la jurisprudencia de los tribunales podemos afirmar que no se considera como idéntico el caso de la intervención pública en el desarrollo de un contrato estatal al caso de la mera regulación proveniente del poder de policía de la Administración. En el primero de los casos los tribunales parecen repudiar la intervención del poder público en el desarrollo de actividades contractuales. Y esta actitud de los tribunales guarda sentido con la economía política de la promoción de inversiones, en tanto que para el liberalismo es poco deseable que un Estado, en el desarrollo de una actividad contractual, use sus poderes como Estado para recibir cualquier tipo de beneficio en su favor. Esto es netamente liberal pues la intervención no puede ser utilizada para distribuir, institucionalizadamente, títulos de propiedad de particulares, en este caso de inversionistas extranjeros, en favor del Estado.

En el segundo caso, el caso de la expropiación indirecta mediante regulación, la doctrina de los tribunales ha sido más clara –aunque errática–, ya que, mientras medie el poder de policía en el desarrollo de actividades de regulación y el objeto de dichas medidas sea en principio la utilidad o seguridad pública o, en nuestro caso, la preservación del orden económico constitucional, no hay una actividad expropiatoria de la Administración, pues la misma es justa dentro de los plenos poderes de intervención que otorga la constitución al Estado frente a los particulares. Adicionalmente, es necesario reconocer que en la jurisprudencia internacional de los tribunales todavía no se puede delimitar ni los límites ni la casuística de aquellos actos que se puede tomar como expropiación indirecta y/o medidas equivalentes a la expropiación. Con todo, sí es evidente que los criterios de los tribunales, conforme a la economía política de la promoción de inversiones, toman en consideración la interferencia del acto administrativo en el derecho de propiedad, su intensidad, duración e impacto sobre el *ius utendi, fruendi* y el mismo derecho de disposición.

Muy a pesar de lo anterior, y de que la expropiación mediante regulación ha sido otorgada pero no en la mayoría de los casos, la tendencia es que peticiones supletivas referentes a la violación

de la cláusula de trato justo y equitativo hacen carrera frente a otras cláusulas. Así, tal como indicamos atrás, en el caso *Saluka Investments v. República Checa*¹¹⁴ el tribunal afirmó que el Estado no realizó expropiación, pues actuó en el desarrollo del normal ejercicio de sus poderes de policía administrativa y de la potestad regulatoria del Estado. Con todo, consideró el tribunal en mención que el tratamiento dado a la institución demandante por parte de las autoridades de la República Checa fue violatorio al principio de trato justo y equitativo establecido comúnmente en todo BIT. Esto llevó a que *Saluka Investments* fuera indemnizada por la violación a dicho principio y a que el Estado checo fuera obligado a reparar las pérdidas y los daños correspondientes. Del mismo modo, en otro caso ya citado acá, *LG&E et al. v. Argentina*, el tribunal también rechazó la pretensión de expropiación indirecta, pero consideró que tanto los contratos como los demás compromisos comerciales fueron quebrantados por la violación a los principios de trato justo y equitativo y de tratamiento no-discriminatorio, expresamente definidos en las cláusulas del BIT¹¹⁵.

En otro caso, *PSEG Global Inc. et al. v. Turquía*, el tribunal rechazó la alegación de expropiación indirecta proveniente de la regulación pero consideró que las autoridades del Estado demandado, a pesar de no evidenciarse mala fe en el desarrollo de su actividad, al no mantener un ambiente comercial estable y previsible en favor de las actividades incurrieron en violación al principio de trato justo y equitativo¹¹⁶.

Más allá, en *Enron Corp. y Ponderosa Assets L.P. v. Argentina*, el tribunal arbitral consideró que el Estado anfitrión quebrantó las obligaciones de trato justo y equitativo, al imponer la recomposición de pérdidas y daños causados por las medidas regulatorias y legales que fueron adoptadas durante el período de crisis económico-financiera de Argentina, pero rechazó las alegaciones de expropiación directa e indirecta, afirmando que no ocurrió

114 Véase nota 106 y texto que la acompaña.

115 Véase nota 108 y texto que la acompaña.

116 Véase *PSEG Global Inc. et al. v. República de la Turquía*, ICSID Case Arb/02/5.

interferencia alguna en las operaciones o el control de la empresa y por ello no existió ningún tipo de transferencia sustantiva de la propiedad patrimonial al Estado anfitrión¹¹⁷. También en *Azurix Corp. v. Argentina*, el tribunal consideró que las autoridades locales contribuyeron con la crisis económica argentina, no mostraron compromiso en el desarrollo de sus obligaciones, por lo que el tribunal condenó a la República de Argentina por no haber ofrecido trato justo y equitativo a Azurix Co. y por no brindar protección y seguridad plena a la inversión. Todo esto, enmarcado en una negativa a la decisión de reconocer la existencia de acto de expropiación¹¹⁸.

Así las cosas, en términos de investigación futura queda por realizar un estudio profundo de los límites que para la regulación administrativa comporta el trato justo y equitativo que, conforme a los tratados bilaterales de inversión, debe respetar el Estado.

117 Véase *Enron Corp. y Ponderosa Assets L.P. v. Argentina*, ICSID Case Arb/01/3.

118 *Azurix Corp. v. República Argentina*, ICSID Case Arb/01/12.

BIBLIOGRAFÍA

- Aitken, Brian J. & Ann E. Harrison, *Do Domestic Firms Benefit from Direct Foreign Investment? Evidence from Venezuela*, 89 *American Economic Review*, No. 3 (June, 1999).
- Anderson, Chandler, *Basis of the Law Against Confiscating Foreign-owned Property*, 21 *The American Journal of International Law*, No. 3 (1927).
- Blomstrom, Magnus & Hakan Persson, *Foreign Investment and Spillover Efficiency in an Underdeveloped Economy: Evidence from the Mexican Manufacturing Industry*, 11 *World Development Elsevier*, No. 6 (1983).
- Blomstrom, Magnus, *Foreign Investment and Productive Efficiency: The Case of Mexico*, 35 *Journal of Industrial Economics*, No. 1 (1986).
- Borensztein, Eduardo, José De Gregorio & Jong-Wha Lee, *How Does Foreign Direct Investment Affect Economic Growth?*, NBER Working Papers No. 5057, National Bureau of Economic Research, 1995.
- Brownlie, Ian, *Public International Law* (6a. ed., Oxford University Press, 2003).
- Canada Model FIPA, Anex B.13(1), en <http://www.international.gc.ca/tna-nac/documents/2004-FIPA-model-en.pdf>
- Coase, Ronald, *The Problem of Social Cost*, 3 *Journal of Law and Economics*, (1960).
- Consortium R.F.C.C. v. Kingdom of Morocco*, ICSID Case Arb/00/6, Award (December 22, 2003).
- Corte Constitucional, sentencia 059 del 24 de enero de 2002, M.P.: Martha Victoria Sáchica Méndez.
- Corte Constitucional, sentencia C-379 del 22 de agosto de 1996, M.P.: Carlos Gaviria Díaz.
- Coudert, Alexis & Asher Lans, *Direct Foreign Investment in Undeveloped Countries*, 11 *Law and Contemporary Problems*, No. 4, 741-759 (1946).
- Crane, George & Alba Amawi, Alba, Eds, *The Theoretical Evolution of International Political Economy* (2a. ed., Oxford University Press, Oxford, 1997).
- Departamento de Comercio de Estados Unidos, United States in the

- World Economy, Economic Series No. 32, US. Dep. Comm., 1943.
- European Court of Human Rights, In the case of James and Others, judgment of February 21, 1986, 50, 19-20, <http://hudoc.echr.coe.int>
- European Court of Human Rights, *Matos e Silva, Lda., and Others v. Portugal*, Judgment of September 16, 1996, 92, <http://hudoc.echr.coe.int>
- Everhart, Stephen & Mariusz Sumlinsk, Trends in Private Investment in Developing Countries and the Impact on Private Investment of Corruption and the Quality of Public Investment, Discussion Paper No. 44, International Finance Corporation, Washington, D.C. 2001, en: <http://www2.ifc.org/economics/pubs/dp44/dp44.pdf> consultada en junio de 2007.
- Fernández, Alex & Barbara Hogenboom, *Mexico's Integration in NAFTA, en Liberalization in the Developing World* (Routledge, 1996).
- Findlay, R. *Relative Backwardness, Direct Foreign Investment, and the Transfer of Technology: A Simple Dynamic Model*, 92 *Quarterly Journal of Economics*, No. 1 (1978).
- Fireman's Fund v. Mexico*, Case Arb(AF)/02/01, International Centre for Settlement of Investment Disputes.
- Fortier, L. Yves & Stephen L. Drymer, *Indirect Expropriation in the Law of International Investment: I Know It When I See It, or Caveat Investor*, 19 *ICSID Rev.-FILJ*, No. 2, 293-327 (2004).
- Furobothn, Eirik & Rudolf Richter, *Institutions and Economic Theory: The New Institutional Economics* (University of Michigan, 1998).
- Gallagher, Kevin P. & Melissa B.L. Birch, *Do Investment Agreements Attract Investment? Evidence from Latin America*, 7 *Journal of World Investment and Trade*, No. 6 (2006).
- Gennotte, Gerard & Alan Jung, *Investment Strategies under Transaction Costs: The Finite Horizon Case*, 40 *Management Science*, No. 3 (1994).
- Görg, H. & D. Greenaway, *Much Ado about Nothing? Do Domestic Firms Really Benefit from Foreign Direct Investment?*, Discussion Paper Series No. 944, Institute for the Study of Labor (IZA), Bonn. (2003).
- Görg, H. & E. Strobl, *Foreign Direct Investment and Local Economic Development: Beyond Productivity Spillovers* (2005).
- Guasch, José Luis, *Contract Renegotiation in LAC* (The World Bank, mimeo, 2001).

- Harvard Draft on the Responsibility of States for Damages Caused on Their Territories to Persons and Property of Foreigners*, 23 *AM. J. Int.'L. L.* 131 (Special Number 1929).
- Harvard Law School, *Convention on Injury to Aliens* (1960).
- Hauriou, Maurice. *Précis de droit administratif et de droit public* (Sirey, Paris, 1927).
- Jack Coe, Jr. & Noah Rubins, *Regulatory Expropriation and the Tecmed Case: Context and Contributions*, en *International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from The ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law* (Todd Weiler, Ed., 2005).
- Kagel, John H. & Alvin E. Roth, *The Handbook of Experimental Economics* (Princeton University Press, 1995).
- Krugman, Paul & Maurice Obstfeld, *Economía internacional* (4ª. ed., MacGraw Hill, Bogotá, 1999).
- Lall, S. & NARULA, R., *Foreign direct investment and its role in economic development: Do we need a new agenda?*, 16 *European Journal of Development Research*, No. 3 (2004).
- LG&E Energy Corp., LG&E Capital corp., LG&E International Inc. v. Argentine*, ICSID, Case Arb/02/1.
- Liang, T.P. & J.S. Huang, *An Empirical Study on Consumer Acceptance of Products on Electronic Markets: A Transaction Cost Model*, *Decision Support Systems*, Vol. 24, No. 29-43, 1998.
- Mann, Howard, Konrad von Moltke, Luke Eric Peterson & Aaron Cosbey, *IISD Model International Agreement on Investment for Sustainable Development: Negotiators' Handbook* (International Institute for Sustainable Development, Winnipeg, Canada, 2006).
- Meier, Gerald, *Legal-economic Problems of Private Foreign Investment in Developing Countries*, 33 *The University of Chicago Law Review*, No. 3 (1966).
- Metalclad Corporation v. United Mexican States*, Award, 30 August 2000, 5 ICSID Reports 209.
- Moran, T.H., E. Graham & M. Blomström, *Does Foreign Direct Investment Promote Development?* (Institute for International Economics Center for Global Development, Washington, D.C., 2005).
- Nordhaus, William D. & James Tobin, *Economic Growth* (Columbia University Press, 1972).

- Organization for Economic Co-operation and Development, Relationships between Bilateral Investment Treaties, Working Papers on International Investment No. 2004-1, May 2004.
- Pargal, Sheoli, *Regulation and Private Sector Investment in Infrastructure: Evidence from Latin America*, Policy Research Working Paper No. 3037, 2003.
- Peterson, Luke Erik, *Bilateral Investment Treaties and Development Policy Making*, International Institute for Sustainable Development, IISD, November 2004.
- Rebollo Puig, Manuel, *La policía administrativa y su singular adaptación al principio de legalidad*, en *El derecho administrativo en el umbral del siglo XXI* (Tirant lo Blanch, Valencia, 2000).
- Restatement of the Law Third, the Foreign Relations of the United States*, American Law Institute.
- Robson, Peter, *The Economics of International Integration* (Routledge, 1998).
- S.D. Myers Inc. v. The Government of Canada*, Partial Award, 13 November 2000, en <http://ita.law.uvic.ca/documents/SDMeyers-1stPartialAward.pdf>
- Sala-i-Martin, Xavier & Robert J. Barro, *Economic Growth* (2a. ed., MIT, Cambridge, Massachusetts, 2004).
- Sala-i-Martin, Xavier, *Apuntes de Crecimiento Económico* (Edit. Bosch, Barcelona, 2000).
- Saluka Investments BV (The Netherlands) v. The Czech Republic*, Partial Award, 17 March 2006.
- Santana, José Ricardo & Fernando García, *World Financial Liberalization and its Effects on Capital Flows*, Econometric Society 2004, Latin American Meetings, en <http://www.econometricsociety.org/pastmeetings.asp> consultada en julio de 2007.
- Shavell, Steven & Louis Kaplow, *Fairness versus Welfare* (Harvard University Press, 2005).
- Siemens A.G. v. Argentine*, Case Arb/02/8, International Centre for Settlement of Investment Disputes, February 6, 2007.
- Sornarajah, M., *The International Law on Foreign Investment* (Cambridge University Press, 1994).
- Técnicas Medioambientales TECMED S.A. v. The United Mexican States*,

- ICSID, case Arb(AF)/00/2, May 29, 2003, en http://ita.law.uvic.ca/documents/Tecnicas_001.pdf
- Todaro, Michael, *Economic Development* (8ª. ed., Addison Wesley, 2002).
- Too v. Greater Modesto Insurance Associates*, Iran-United States Cl. Trib. Rep. 378, Award December 29, 1989.
- Torlak, Elvira, *Foreign Direct Investment, Technology Transfer and Productivity Growth in Transition Countries: Empirical Evidence from Panel Data* (Center for Globalization and Europeanization of the Economy-CeGE, University of Gottingen, Germany, 2001).
- UNCTAD, *Economic Development in Africa: Rethinking the Role of Foreign Direct Investment* (United Nations, E.05.II.D.12, Geneva & New York, 2005).
- United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), Quantitative Data on Bilateral Investment Treaties and Double Taxation Treaties, en <http://www.unctad.org/Templates/WebFlyer.asp?intItemID=3150&lang=1> consultada en julio de 2007.
- United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), *Bilateral Investment Treaties 1959-1999*, on-line edition, Geneva, 2000.
- Urrutia, Miguel Ángel, *Inversión extranjera en Colombia: un recuento*, *Revista del Banco de la República*, No. 29 (1995).
- Vandevelde, Kenneth, *The Political Economy of a Bilateral Investment Treaty*, 92 *American Journal of International Law*, No. 4, 621-641 (October 1998).
- Volume 1, 1987, Section 712, Comment g.
- Wälde, Thomas, Separate Opinion, *Thunderbird v. Mexico*, in the Arbitration under Chapter XI of the NAFTA and the UNCITRAL Arbitration Rules, December 2005.
- Waste Management, Inc. v. United Mexican States*, ICSID, Case Arb(AF)/00/3.
- Williamson, Oliver E., *Transaction-cost Economics: The Governance of Contractual Relations*, 22 *Journal of Law and Economics*, No. 2 (1979).
- Williamson, Oliver, *The Economic Institutions of Capitalism: Firms, Markets, Relational Contracting* (Free Press, New York, 1985).
- Young, John, *The International Economy* (The Ronald Press, New York, 1951).

