

Legal |
Opinión | Opinión | Artículo 1 de 1

La facultad regulatoria del Estado frente a la cláusula expropiatoria en los tratados de inversión

"... Existen disímiles opiniones en doctrina y jurisprudencia. Algunos se inclinan por tomar en cuenta sólo el efecto cuantificable de los daños causados a la inversión, mientras que otros toman en consideración el impacto o daño real que representa el acto expropiatorio para toda la inversión efectuada en el país receptor o para el inversor como tal..."

Viernes, 25 de julio de 2014



Javier Haro

La actual economía globalizada, la apertura económica de muchos países y el número considerable de acuerdos bilaterales y multilaterales de inversión que se han suscrito se han convertido en un constante incentivo para los inversionistas extranjeros dispuestos a invertir en el Estado receptor. Por su parte, al Estado le concierne la protección de dichas inversiones, específicamente con respecto a la restricción de sus poderes regulatorios, con el fin de dar cumplimiento íntegro a dichos acuerdos de inversión.

Hoy en día muchos, países reciben una gran cantidad de inversión extranjera directa (IED). Este nivel sustancial de IED es fuente del rápido desarrollo de los países que vemos en la actualidad. Por otro lado, la idea de la expropiación del Estado es un acto que es reconocido en el plano internacional, la que se fundamenta en los requerimientos del interés público y considera el pago de una justa indemnización al inversor.

El problema surge cuando el acto del Estado en ejercicio de sus facultades regulatorias, no implica un evidente acto de expropiación, es decir, establece medidas que en definitiva generan un control o privación de bienes, impidiendo al inversionista el goce pacífico de sus activos sin la adecuada compensación, lo que se ha denominado expropiación indirecta.

Por lo general, los Estados tratan de equilibrar los diferentes intereses dentro de la sociedad. Existe, por una, parte la imperiosa necesidad de los mismos por hacer frente a las necesidades que conforman el interés público y sus objetivos y, por otra parte, existe también la necesidad de proteger los derechos de las personas, en este caso el derecho de propiedad.

A fin de lograr el equilibrio correcto de los intereses en juego, los Estados deben sopesar las distintas

variables respecto de su regulación interna. Esto se debe principalmente a que sus actos no sólo están limitados por la Constitución y las leyes internas, sino también por los tratados suscritos con el inversor, en especial por los TBI (Tratados Bilaterales sobre Inversión) y los acuerdos multilaterales sobre inversión respecto de los cuales queda sometido en el ámbito internacional, en cuanto a la protección de los derechos de propiedad y la regulación a empresas o cualquier tipo de expropiación o interferencia sin pago de una indemnización justa.

Las cláusulas normativas existentes en los acuerdos de inversión relativos a la expropiación legítima establecen una serie de requisitos: debe conducir a un fin público, debe establecerse sobre bases no discriminatorias, deben ser adoptadas de conformidad con el debido proceso y se deberá proveer el pago de una indemnización completa, pronta y adecuada.

Una vez establecida la expropiación por parte del Estado, es importante determinar el nivel de daño causado al inversionista. El daño en sí mismo puede ser cuantificado, pero es un reto identificar el impacto económico que genera la expropiación con el propósito de determinar la compensación justa, es decir, establecer hasta qué punto el daño causado por el acto expropiatorio es relevante respecto de los activos del inversionista o de la inversión propiamente tal hecha en el país receptor.

Existen disímiles opiniones en doctrina y jurisprudencia. Algunos se inclinan por tomar en cuenta sólo el efecto cuantificable de los daños causados a la inversión, mientras que otros toman en consideración el impacto o daño real que representa el acto expropiatorio para toda la inversión efectuada en el país receptor o para el inversor como tal.

En el plano internacional, dentro de los laudos arbitrales llevados ante el CIADI (Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones), hoy en día, el foro arbitral más importante ante el cual son llevadas las reclamaciones de los inversores en contra de los Estados, podemos dar cuenta del razonamiento efectuado en sus fallos. Así, en el caso *Chemtura*, una compañía estadounidense que comercializa pesticidas, fue afectada por una medida del gobierno canadiense que prohibió el uso de productos tratados con lindano y su ingreso al país. La medida afectó al 5% de las ventas totales de la compañía, lo que en apariencia es un pequeño porcentaje de la inversión de acuerdo a lo señalado por el laudo, no obstante aquello, también señaló que el "test" de la privación substancial no puede ser un umbral numérico.

En el caso *Suez*, los reclamantes, un conglomerado internacional compuesto por Suez, Sociedad de Aguas Barcelona S.A. e Inter Agua S.A, que se adjudicó la concesión del sistema de distribución de agua y alcantarillado de la provincia de Santa Fe en Argentina, el CIADI determinó que la existencia de la pérdida de rentabilidad del "sistema de distribución de agua y alcantarillado" y, más tarde, la extinción de la concesión por parte de la provincia de Santa Fe producto de la crisis financiera argentina de 2001 y la denegación de revisión tarifaria dada la devaluación del peso no equivale a una privación sustancial, porque el daño causado durante la concesión no era permanente.

En el caso *Merrill*, el gobierno canadiense estableció restricciones a las exportaciones de madera afectando las operaciones del reclamante. El CIADI determinó que las reclamaciones pecuniarias en virtud de los contratos comerciales y otros acuerdos comerciales no podían considerarse como inversión.

Al analizar estas y otras reclamaciones de los inversores en contra del Estado receptor de la inversión a través del CIADI podemos encontrar razonamientos disímiles en sus laudos, en cuanto a la determinación de la existencia de privación substancial de la inversión. Finalmente, los inversores se inclinan por invocar

una violación de los estándares internacionales del trato justo y equitativo y del trato nacional.

Teniendo en cuenta los posibles conflictos que pueden suscitarse en la suscripción de los tratados bilaterales y multilaterales de inversión, es de suma importancia que los Estados tomen los resguardos necesarios en cuanto al establecimiento de cláusulas que pudieran entrar en conflicto con las regulaciones internas, establecer criterios uniformes que definan estos conceptos, así como también establecer una política de inversión con reglas claras para todo aquel que desee invertir dentro de un país.

** Javier Haro Benavides (LL.M.) es abogado, Máster en Derecho Internacional, Inversiones, Comercio y Arbitraje por la U. de Heidelberg/U. de Chile.*

EL MERCURIO

Términos y condiciones de la Información © 2002 El Mercurio Online