

EXPROPIACION INDIRECTA Y EL DERECHO A LA REGULACION EN LA LEY INTERNACIONAL DE LA INVERSION

Informe preparado por: David Elías Melgen

Históricamente, en el plano internacional siempre se han establecido diferencias entre los nacionales y los extranjeros. En el antiguo Derecho Romano se aplicaba una legislación para los nacionales del imperio romano y otra legislación para los extranjeros; así también en muchos países se aplicaban algunas restricciones para los extranjeros, donde se les prohibía o se regulaban algunas practicas que les eran permitidas a sus nacionales. En República Dominicana, por ejemplo, durante mucho tiempo existió la prohibición para los extranjeros de inmuebles mayores de 2,000 Metros Cuadrados, a menos que obtuvieran una autorización del poder ejecutivo, así como otras limitaciones.

El Derecho Internacional moderno se ocupa de la protección de los extranjeros, tanto en lo que respecta a su persona (derechos humanos) como a sus bienes. La responsabilidad internacional ha llegado a ocuparse de qué sucede cuando a un extranjero se le priva de sus bienes por parte de un Estado, distinto al de su nacionalidad.

Esta controversia ha resurgido en los últimos años, a propósito de los acuerdos internacionales y la idea de expropiación indirecta y cuál sería el tratamiento que se aplicaría a las expropiaciones en el Derecho Internacional y los instrumentos y estándares que se utilizarían para regular esta materia, así como las indemnizaciones compensatorias.

Eduardo Jiménez de Aréchaga en su libro "El Derecho Internacional Contemporáneo" establece que "El Derecho internacional tradicional consideraba que toda interferencia por el Estado con las propiedades de extranjeros constituía una violación del Derecho de derechos adquiridos y que esos derechos adquiridos estaban protegidos internacionalmente. Por lo tanto, la nacionalización era considerada no sólo como un gesto inamistoso, sino también como un acto internacionalmente ilícito que hacía aplicables los principios comunes del Derecho internacional sobre responsabilidad del Estado por actos ilícitos".

El tema de las expropiaciones ha sido ampliamente discutido en el plano internacional a propósito de las nacionalizaciones, siendo el punto más crítico el monto a pagar a cambio de la consumación de la misma. Por una parte los países exportadores de capital demandan un que cumpla los estándares de la denominada doctrina Hull que exige un pago *justo, oportuno y eficaz*, mientras que los países receptores de ellos y que son los que llevan adelante nacionalizaciones pretenden pagos mínimos alegando condiciones de explotación por parte de los capitales extranjeros, enriquecimiento excesivo, etc.

En 1962 la Asamblea General de Naciones Unidas adopta la resolución sobre la Soberanía Permanente sobre Recursos Naturales que afirma el derecho a

nacionalizar requiriendo una “compensación apropiada”. Este estándar se consideró como un puente entre el criterio de los países desarrollados y en desarrollo. La Carta de los Derechos y Deberes Económicos de los Estados de 1974 adoptada también por Naciones Unidas busca rechazar la doctrina Hull. Hoy día, sin embargo, se considera que la doctrina Hull formaría parte del Derecho Internacional consuetudinario.

La discusión ha tomado gran importancia en el Derecho Internacional Contemporáneo, particularmente a partir de la década de los años sesenta cuando se inicia el proceso de descolonización y tuvo gran relevancia hasta principios de la década de los años 90 con la caída del bloque socialista. Durante gran parte del Siglo pasado era común que gobiernos realizaran procesos de nacionalización a gran escala de sectores de la producción. A partir de los años 80 se vivió el proceso de desnacionalización, iniciado originalmente en Inglaterra y en Chile para el caso latinoamericano, esto es, volver a privatizar los sectores de la producción nacionalizados, principalmente a instancias del Fondo Monetario Internacional.

El régimen jurídico de las expropiaciones quedó contenido principalmente en el Derecho Internacional Consuetudinario. A partir de fines de la década de 1950, Estados exportadores de inversión comienzan a suscribir acuerdos bilaterales de inversión con países receptores de inversión, en los cuales se incluyen una serie de materias, como por ejemplo:

- a) Admisión;
- b) Trato no discriminatorio;
- c) Nación más favorecida;
- d) Libre convertibilidad y transferibilidad;
- e) Protección de las diversas formas de inversión, particularmente estándares de adecuada satisfacción por expropiaciones; y además,
- f) Mecanismos de solución de controversias entre los Estados partes y entre los Estados parte e inversionistas provenientes del otro Estado contratante;

Los tratados de amistad, comercio y navegación que se utilizaron durante el siglo XIX, se constituyeron en los antecedentes directo de los acuerdos bilaterales de inversión, que incluían normas sobre protección de inversiones. Después de la primera guerra mundial EE.UU. comenzó a suscribir acuerdos similares con el objeto de proteger la propiedad e inversiones de sus nacionales en el exterior de discriminaciones. El primer tratado moderno sobre protección de inversiones de carácter bilateral fue suscrito entre Alemania y Pakistán en noviembre de 1959. A partir de la década de los años 60 se inicia una tendencia creciente a suscribir estos acuerdos, normalmente por la vía bilateral entre países europeos occidentales desarrollados y países de las denominadas economías emergentes o en vías de desarrollo. Hoy en día es común que se suscriban también estos tratados entre economías no desarrolladas.

En cuanto a las expropiaciones, se establecen los siguientes estándares: Se reconoce el derecho del Estado receptor de la inversión a expropiar, y que en toda expropiación prima el acuerdo de las partes en cuanto a las condiciones de la misma. También se establece que a falta de acuerdo para expropiar en

forma legítima, el Estado expropiante debe proceder por causa de utilidad pública, en forma no discriminatoria y asegurar una compensación justa, oportuna, es decir dentro de un plazo razonable, y eficaz, o sea que sea pagadera en moneda de libre convertibilidad y libremente transferible.

Se ha establecido que la protección de inversiones ha sido objeto de negociaciones bilaterales a través de Acuerdos Comerciales, planteando iniciativas a nivel internacional que tienen por finalidad establecer estándares multilaterales en esta área.

Dentro de estas iniciativas a nivel multilateral se destaca el Acuerdo Multilateral de Inversiones (AMI) en el ámbito de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE). Los principales promotores de este tratado fueron EE.UU. la Unión Europea, y empresas transnacionales, argumentando que las regulaciones gubernamentales impiden el libre movimiento de inversiones, son ineficientes y costosas.

En 1998 la OCDE discontinuó las negociaciones producto de la filtración del texto en negociación que llegó a manos de un grupo de ciudadanos de nacionalidad canadiense. Después del fracaso en la OCDE los países desarrollados han continuado presionando por un tratado similar en el ámbito de la Organización Mundial de Comercio. En 2003 trataron de introducir un Tratado Multilateral de Inversiones en la denominada Agenda de Singapur, lo que no fue aceptado por los países no industrializados.

La expropiación por parte de un Estado de los bienes de un extranjero es legítima a menos que:

- a. No tenga un fin público;
- b. Sea discriminatoria;
- c. No sea compensada en forma justa;
- d. No viole, al menos en ciertos casos un acuerdo de no expropiar.

El Estado que expropia está obligado a pagar una compensación justa en una suma igual al valor de la propiedad, al momento de la toma de posesión de la misma por parte del expropiante, tomando en consideración las circunstancias del caso. El pago debe ser, en principio previo o pronto después de la medida expropiatoria, y en caso de necesidad de retraso se deberán intereses.

Cuando exista un mercado para la propiedad objeto de la expropiación, la mejor medida para determinar el valor de la misma es su valor comercial. Cuando no existe mercado posible el valor debe determinarse tomando en consideración todos los factores relevantes del caso concreto para la valoración de la propiedad en cuestión.

En todo caso, deben considerarse pagos por lucro cesante.

Otro tema de relevancia es el de las denominadas “expropiaciones indirectas”, también denominada “expropiación regulatoria”, la cual se da en los casos en que el Estado priva a una persona del aprovechamiento de su propiedad mediante la aplicación de regulaciones que no producen un cambio en la titularidad del dominio. Normalmente estas regulaciones restrictivas del dominio

tienen su fundamento en la protección de la salud, medio ambiente e interés general, etc.

Se ha establecido que a pesar de un número de decisiones de tribunales internacionales, la línea entre el concepto de expropiación indirecta y medidas regulatorias gubernamentales que no requieren compensación no ha sido claramente articulada y depende de los hechos y circunstancias específicas de cada caso.

En el proyecto de AMI de la OCDE se adoptó una normativa similar a la del NAFTA. En el comentario del AMI se señalaba además que mediante la extensión de la protección respecto de “medidas que tengan un efecto equivalente” a la expropiación, el texto pretendía cubrir “expropiaciones disfrazadas”.

En las últimas décadas, el tema de las expropiaciones no ha estado ajeno a controversias. Han resurgido debido al concepto de expropiación indirecta. Los países latinoamericanos han seguido los pasos de los países desarrollados en cuanto a incluir protección contra expropiaciones indirectas a inversiones, tanto en instrumentos que ha suscrito con países desarrollados, como con países en desarrollo.

En el caso de la República Dominicana específicamente, tenemos el caso del recién entrado en vigencia Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos y Centro América (DR-NAFTA), en el cual se establecen muchos de los principios que hemos analizado en el presente reporte, como lo es el caso del trato no discriminatorio; la Cláusula de la Nación Más Favorecida; la Libre convertibilidad y transferibilidad; y además, mecanismos de solución de controversias entre los Estados partes y entre los Estados parte e inversionistas provenientes del otro Estado contratante.