

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO

DIVISIÓN ESTUDIOS DE POSGRADO

***LAS MEDIDAS EQUIVALENTES A EXPROPIACIÓN
EN EL CAPÍTULO XI DEL
TRATADO DE LIBRE COMERCIO DE AMÉRICA DEL
NORTE***

TESIS QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE
ESPECIALISTA EN DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

PRESENTA

ESTANISLAO SANDOVAL BOSCH

ASESOR DE TESIS:

DR. MIGUEL RÁBAGO DORBECKER

**México D.F.
Septiembre, 2012**



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

Las medidas equivalentes a expropiación en el Capítulo XI del Tratado de Libre Comercio de América del Norte

INTRODUCCIÓN

APARTADO I. HOMOLOGACIÓN DE CONCEPTOS

I. La Inversión Extranjera y el Capítulo XI del TLCAN

- A. Importancia de la Inversión Extranjera Directa
- B. Contenido del Capítulo XI del TLCAN
 - a. Generalidades respecto de la inversión
 - b. Protección a actos de expropiación
 - c. Denegación de beneficios
 - d. Solución de controversias
 - e. Definiciones
- C. El concepto de medida equivalente a expropiación en el TLCAN
 - a. Contenido del artículo 1110 del Capítulo XI del TLCAN
 - b. Definición literal de la medida equivalente a expropiación en el texto del artículo 1110 del TLCAN
 - c. Análisis de las propias definiciones del TLCAN

II. Análisis del concepto de expropiación y medida equivalente a expropiación

- A. La Expropiación y medida equivalente a expropiación. Apuntes internacionales
 - a. Concepto contenido en los Bilateral Investment Treaties
 - b. Concepto contenido en instrumentos del Banco Mundial
 - c. Concepto contenido en instrumentos de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico
- B. La Expropiación y medida equivalente a expropiación. Tradición jurídica mexicana
 - a. La institución jurídica de la expropiación
 - b. La institución jurídica de la propiedad
 - c. Las medidas equivalentes a expropiación
- C. La Expropiación y medida equivalente a expropiación. Tradición jurídica norteamericana

- a. La institución jurídica de “Eminent Domain” y “Taking”
- b. La institución jurídica de la propiedad
- c. Determinación de las medidas equivalentes a expropiación a través de tres criterios judiciales

III. Aportaciones del análisis económico y financiero para determinar el concepto de medida equivalente a expropiación

A. El concepto de valor de una empresa

a. Normas o definiciones del valor

1. Valor justo del mercado
2. Valor de inversión
3. Valor intrínseco o fundamental
4. Valor justo

b. Premisas de valor

1. Valor como negocio en marcha
2. Valor como parte de un conjunto de activos
3. Valor de liquidación

APARTADO II. EXPOSICIÓN DE ANÁLISIS DE CASOS CAPÍTULO XI DEL TLCAN

I. Introducción

A. Metodología

B. Selección de casos

II. Robert Azinian

A. Antecedentes

B. Litis

C. Análisis de la interpretación a los conceptos contenidos en el artículo 1110 del Capítulo XI del TLCAN

D. Consideraciones

III. Metalclad Corporation

A. Antecedentes

B. Litis

C. Análisis de la interpretación a los conceptos contenidos en el artículo 1110 del Capítulo XI del TLCAN

D. Consideraciones

IV. Marvin Feldman

A. Antecedentes

B. Litis

C. Análisis de la interpretación a los conceptos contenidos en el artículo 1110 del Capítulo XI del TLCAN

a. Expropiación

b. Medida equivalente a expropiación

D. Consideraciones

V. Waste Management

A. Antecedentes

B. Litis

C. Análisis de la interpretación a los conceptos contenidos en el artículo 1110 del Capítulo XI del TLCAN

D. Consideraciones

VI. Gami Investments

A. Antecedentes

B. Litis

C. Análisis de la interpretación a los conceptos contenidos en el artículo 1110 del Capítulo XI del TLCAN

D. Consideraciones

VII. International Thunderbird Corporation

A. Antecedentes

B. Litis

C. Análisis de la interpretación a los conceptos contenidos en el artículo 1110 del Capítulo XI del TLCAN

D. Consideraciones

VIII. Fireman's Fund Insurance Company

A. Antecedentes

B. Litis

C. Análisis de la interpretación a los conceptos contenidos en el artículo 1110 del Capítulo XI del TLCAN

D. Consideraciones

a. Acto de expropiación

b. Papel del Estado Receptor

IX. Archer Daniels Midland Company

- A. Antecedentes
- B. Litis
- C. Análisis de la interpretación a los conceptos contenidos en el artículo 1110 del Capítulo XI del TLCAN
- D. Consideraciones

X. Corn Products International

- A. Antecedentes
- B. Litis
- C. Análisis de la interpretación a los conceptos contenidos en el artículo 1110 del Capítulo XI del TLCAN
- D. Consideraciones

CONCLUSIONES

FUENTES DE INFORMACIÓN

Introducción

Aunque del nombre del trabajo terminal el lector podría intuir el tema que se abordará, pensamos que es necesario señalar el origen de la hipótesis que subyace en este trabajo terminal.

La incógnita se refiere a lo que debe entenderse por medida equivalente a expropiación, pues si bien en el sistema jurídico mexicano y en el norteamericano se encuentra delimitado el concepto y alcance de lo que debe entenderse por el término “expropiación”, no es unívoco lo que debe entenderse por “medida equivalente a expropiación”.

El tema todavía se presta para más, ¿es necesario establecer una definición de lo que debe entenderse por medida equivalente a expropiación? O ¿estamos ante uno más de lo que se entiende por conceptos jurídicos indeterminados?

Esta situación no es menor. No tener claro cuando estamos ante una medida equivalente a expropiación puede ocasionar por un lado, que países que han generado regulación sean cada vez más escépticos en formar parte de tratados de inversión extranjera que contengan capítulos de revisión ante tribunales internacionales, pues de alguna manera las políticas de Estado podrían terminar bajo el escrutinio de un órgano de decisión internacional. Por otro lado, no se establece un parámetro claro al inversionista extranjero.

En este sentido es de señalar que no obstante que el término “medida equivalente a expropiación” ha tenido un extenso tratamiento en diversos documentos jurídicos de índole internacional, no puede aseverarse que dicha acepción sea completamente clara.

Lo anterior por dos razones principales:

- A) La terminología en sí misma responde en su origen a la tradición jurídica de cada uno de los Países signatarios de un acuerdo de inversión extranjera y la aplicación de una y otra no siempre es equivalente;
- B) Los postulados en los que se basan las decisiones de los Estados no son estáticos sino que van evolucionando derivado de las políticas específicas en momentos determinados y la ideología que subyacen y justifican dichas teorías.

En este sentido, este trabajo terminal pretende establecer estándares para considerar lo que puede entenderse por “medida equivalente a expropiación”. Para ello, se utilizó la siguiente metodología: i) Análisis de las tradiciones jurídicas mexicana y norteamericana¹; ii) Exposición de apuntes en materia económico financiera; y iii) Análisis de resoluciones de paneles binacionales en materia de inversión extranjera.

¹ Es de señalar que se excluyó metodológicamente tanto el análisis de la tradición jurídica canadiense, como resoluciones vinculadas con ese País, por acotación del objeto de la investigación, en el entendido que el mayor número de controversias derivadas de la interpretación del Capítulo XI del TLCAN, en las que México ha sido Parte, se han suscitado con inversionistas de nacionalidad norteamericana.

APARTADO I. HOMOLOGACIÓN DE CONCEPTOS

I. La Inversión Extranjera y el Capítulo XI del TLCAN

A. Importancia de la Inversión Extranjera Directa

Resulta casi incuestionable hoy en día, la importancia que guarda la inversión extranjera directa en el desarrollo económico de los países. De hecho, hay competencia entre diversos Estados para ser receptores del capital foráneo.

Lo anterior, debido a que se vincula a la inversión extranjera con la creación de empresas, las cuales generan empleos que a su vez implican una derrama económica directa e indirecta.

Esta concepción que ahora nos parece muy clara y muy obvia no siempre fue así, tal y como nos lo recuerda el autor Gabriel Martínez al señalar las razones que antaño se utilizaron para justificar la regulación tan estrecha del fenómeno de la inversión extranjera:

“Las regulaciones sobre inversión extranjera suelen tener los siguientes objetivos:

1. Proteger áreas de seguridad nacional o interés nacional especial no aptas para ser operadas por extranjeros. (...)
2. Reducir distorsiones percibidas en los flujos de inversión, las cuales pueden ser monopólicas, fiscales o relacionadas con otros elementos de interés público, como cuestiones ecológicas, laborales e incluso de derechos humanos. (...) La intervención directa también se utiliza para subsanar las distorsiones derivadas de controles cambiarios o de leyes fiscales con diferentes tasas marginales de impuesto a diferentes rubros de ingreso. Los gobiernos también colocan restricciones a la inversión en ocasiones en que se consideran que la operación de las empresas extranjeras en sus países de origen representa una externalidad a su propia economía o se lleva a cabo en condiciones en principio inaceptables y que crean por ello una ventaja indebida de esas empresas. (...)
3. Las leyes sobre inversión extranjera pueden también incluir disposiciones específicas para aclarar o establecer el régimen a que se sujetan las expropiaciones y en general las limitaciones a la propiedad de extranjeros. (...).
4. Favorecer el financiamiento externo de las empresas por deuda sobre el financiamiento por acciones para favorecer el control por nacionales.
5. Sostener decisiones de política industrial, al permitir al gobierno seleccionar tecnologías, socios de empresas nacionales, beneficiarios de protección y subsidios y otros elementos relacionados.”²

Éste fue el espíritu de la regulación de la inversión extranjera en México antes de la firma y el inicio de la vigencia del TLCAN. Baste hacer una lectura al entonces

² Martínez, Gabriel, “Inversión en el Tratado de Libre Comercio”, en Kessel, Georgina, (comp.), *Lo Negociado del TLC. Un análisis económico sobre el impacto sectorial del Tratado Trilateral del Libre Comercio*, México, ITAM – Mc Graw Hill, 1994 pp. 38-39.

Reglamento de la Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera.

Con la firma del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), la regulación en este sector se fue flexibilizando adoptando las ideas de la economía política encumbrada por John Maynard Keynes.

En efecto, una de las consecuencias que se buscan como país receptor de la inversión extranjera, es el efecto multiplicador en la economía. Esta idea la expone de manera muy clara el autor Hugo Rangel al explicar a Keynes de la siguiente manera:

“(…)

Pero lo que hace aún más interesante el papel de la inversión son sus efectos multiplicadores.

Keynes formula así su teoría del multiplicador:

Al crecer la inversión, provoca un aumento mayor en el ingreso nacional. ¿En qué medida? En proporción al multiplicador.

El multiplicador es por tanto, la cifra por la que hay que multiplicar el aumento de la inversión, para obtener el incremento resultante en el ingreso nacional.

Todo gasto que alguien hace significa un ingreso para otro, formándose así una cadena que tendría efectos infinitos si no fuera porque hay gentes que ahorran. Esto ocurre de acuerdo con la propensión marginal al consumo y la propensión marginal al ahorro.”³

Ahora bien, la inversión extranjera directa de un particular al entrar a un País receptor puede generar dos circunstancias indeseables pero en ocasiones prácticamente inevitables:

Por un lado, la inversión extranjera al llegar a un país huésped se encuentra con la adopción del riesgo de someterse a controles legislativos, judiciales y administrativos que pueden acabar en medidas expropiatorias.

Por el otro lado, un País puede verse también sometido por intereses económicos de empresas transnacionales que también afecten parcialmente el desarrollo económico o político.

En ambos casos, la oportunidad de las ganancias que ofrece la inversión extranjera, tanto para el país receptor como para el desempeño económico de los inversionistas nos arrojan a una realidad: La necesidad de reconocer que desde la naturaleza, intereses y recursos, en ocasiones, un País y un inversionista se encuentran en franca desigualdad que debe ser paleada con el fin de crear un foro neutral.

³ Rangel Couto Hugo, *Guía para el estudio de la historia del pensamiento económico*, Porrúa, México, 1981, P. 160 y 161

En el caso del TLCAN se trató de crear este foro neutral a través de la creación precisamente del Capítulo XI, Inversión Extranjera, en el que se trata de otorgar parámetros de seguridad jurídica internacional pública y privada, sin interferir en los incentivos que gravitan alrededor de este fenómeno económico.

B. Contenido del Capítulo XI TLCAN

Este capítulo regula aspectos relativos a la inversión que realizan particulares de cualquiera de los tres países en el territorio de los otros dos, entendiéndose el concepto de inversión en un sentido muy amplio, tal y como se explicará posteriormente, por el término “inversión” se puede entender:

- Empresas;
- Acciones;
- Instrumentos de deuda;
- Diversas participaciones en empresas;
- Bienes raíces;
- incluso participación en contratos.
- Préstamos;

Se puede dividir el contenido del artículo en cinco secciones:

- Generalidades respecto de la inversión
- Protección a actos de expropiación
- Denegación de beneficios
- Solución de controversias
- Definiciones

a. Generalidades respecto de la inversión

Esta sección, que abarca de los artículos 1101 a 1111 y los anexos I, II, III y IV, establece el alcance del capítulo y prácticamente el objeto del capitulado se circunscribe a la inversión y al inversionista. Es de mencionar que excluye tanto a los servicios financieros como a la propiedad intelectual por estar específicamente regulada en otros capítulos.

En esta sección se observan los dos principios generales que subyacen en la lógica de la inversión de la región y que tratan de asegurar la neutralidad a que nos referimos con antelación:

- Trato nacional
- Trato de nación más favorecida

Por otro lado, en esta sección se hace especial referencia a la autolimitación que las altas partes contratantes acordaron, que es que no puede exigirse un requisito

de inversión máxima, así como volúmenes de exportación, porcentaje nacional, transferencia de tecnología forzosa, imponer un límite al número de altos ejecutivos, principalmente.

De igual manera, en esta sección obra la obligación de cada país contratante a permitir que todas las transferencias se realicen libremente y en moneda libre de uso, sin sancionar a los inversionistas en caso de transferencias de los ingresos.

b. Protección a actos de expropiación

En este punto se establece que ninguno de los tres países podrá nacionalizar o expropiar alguna inversión sino mediante la indemnización al valor justo del mercado, pagada sin demora y en forma totalmente liquidable, misma que generará interés desde la expropiación hasta la fecha de pago; una vez pagado el monto de la indemnización éste podrá ser transferido libremente.

Es de resaltar que dentro de esta sección se encuentra el elemento material de este trabajo terminal, es decir está referida la prohibición pactada por las Altas Partes contratantes para realizar “medida equivalente a expropiación”.

c. Denegación de beneficios

En esta sección se establecen una serie de causalidades en los que cualquiera de las Altas Partes Contratantes pueden negar los beneficios del Capítulo, siendo uno de los supuestos la posibilidad de negar el trato nacional a inversionistas de un tercer país.

d. Solución de controversias

Esta sección contiene los procedimientos para la solución de controversias entre los inversionistas de una Parte y las autoridades del país que no haya observado las obligaciones contenidas en el Capítulo.

El procedimiento es el arbitraje, después de haber agotado una etapa de consulta o negociación.

e. Definiciones

Como su nombre lo señala y al igual en otros Capítulos del mismo TLCAN, en esta sección se establecen una serie de definiciones para los términos específicos de este Capítulo.

C. El Concepto de medida equivalente a expropiación en el texto del Artículo 1110 del TLCAN

Debido a que el tema de este trabajo terminal está vinculado con la referencia que hace el artículo 1110 del Capítulo XI del TLCAN, consideramos necesario incluirlo

textualmente a efecto de no descontextualizarlo, por lo que en este primer acercamiento el objetivo es exponer una interpretación de lo que puede inferirse de la simple lectura del artículo en comento.

a. Contenido del artículo 1110

En este artículo las Altas Partes Contratantes únicamente señalaron la voluntad de no realizar actos de expropiación directa o indirecta o establecer medidas equivalentes a expropiación de una inversión salvo que se cumplan requisitos específicos. Sin embargo no se observa que en algún momento hubieran tratado de definir o conceptualizar su contenido.

Por la importancia que denota la interpretación literal del contenido del artículo de referencia, es que se inserta a continuación:

“Artículo 1110: Expropiación e indemnización

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.

2. La indemnización será equivalente al valor justo de mercado que tenga la inversión expropiada inmediatamente antes de que la medida expropiatoria se haya llevado a cabo (fecha de expropiación), y no reflejará ningún cambio en el valor debido a que la intención de expropiar se conoció con antelación a la fecha de expropiación. Los criterios de valuación incluirán el valor corriente, el valor del activo (incluyendo el valor fiscal declarado de bienes tangibles), así como otros criterios que resulten apropiados para determinar el valor justo de mercado.

3. El pago de la indemnización se hará sin demora y será completamente liquidable.

4. En caso de que la indemnización sea pagada en la moneda de un país miembro del Grupo de los Siete, la indemnización incluirá intereses a una tasa comercial razonable para la moneda en que dicho pago se realice, a partir de la fecha de la expropiación hasta la fecha de pago.

5. Si una Parte elige pagar en una moneda distinta a la del Grupo de los Siete, la cantidad pagada no será inferior a la equivalente que por indemnización se hubiera pagado en la divisa de alguno de los países miembros del Grupo de los Siete en la fecha de expropiación y esta divisa se hubiese convertido a la cotización de mercado vigente en la fecha de expropiación, más los intereses que hubiese generado a una tasa comercial razonable para dicha divisa hasta la fecha del pago.

6. Una vez pagada, la indemnización podrá transferirse libremente de conformidad con el Artículo 1109.

7. Este artículo no se aplica a la expedición de licencias obligatorias otorgadas en relación a derechos de propiedad intelectual, o a la revocación, limitación o creación de dichos derechos en la medida que dicha expedición, revocación, limitación o creación sea conforme con el Capítulo XVII, "Propiedad intelectual".

8. Para los efectos de este artículo y para mayor certeza, no se considerará que una medida no discriminatoria de aplicación general es una medida equivalente a la expropiación de un valor de deuda o un préstamo cubiertos por este capítulo, sólo porque dicha medida imponga costos a un deudor cuyo resultado sea la falta de pago del adeudo."

b. Definición literal de la medida equivalente a expropiación en el texto del Artículo 1110 del TLCAN

Como se puede observar de la lectura del artículo, éste se puede dividir en 3 partes sustanciales:

- i) el acuerdo tripartita de las Altas Partes contratantes para limitar la facultad soberana de expropiación o de emitir medidas equivalentes a expropiación, dejando claros requisitos en los que se exceptúa esta limitación;
- ii) la manera en que debe realizarse la indemnización para el caso que proceda una afectación a la propiedad; y
- iii) dos párrafos que acotan utilizando manera un postulado negativo, lo que podría entenderse como parte de un concepto de medida equivalente a expropiación.

En efecto, de una lectura literal del artículo en comento se observa la existencia de elementos conceptuales de lo que podría contener el concepto de "medida equivalente a expropiación". Cobra especial interés los párrafos 7 y 8 pues en éstos se acota este concepto. En concreto:

- i) La expedición de licencias obligatorias sobre derecho de propiedad intelectual;
- ii) La revocación, limitación o creación de derechos de propiedad intelectual; y
- iii) Algún acto que imponga costos a un deudor de un valor de deuda o préstamo cuyo resultado sea la falta de pago.

De lo anterior puede inferirse que una "medida equivalente a expropiación" guarda relación con la actuación del Estado receptor que afecte los derechos de propiedad intelectual o imponga costos que afecten una inversión extranjera⁴.

⁴ No obstante lo anterior, para los dos primeros supuestos, el propio artículo dispone que dichas limitaciones a los derechos de propiedad intelectual no son violatorios, siempre y cuando sea conforme a los requisitos previstos en el Capítulo XVII del mismo instrumento internacional.

Respecto del supuesto enunciado en el tercer inciso, el propio Tratado sujeta la realización de este acto al requisito de que el mismo se dé en calidad no discriminatoria.

c. Análisis las propias definiciones del TLCAN

Hasta aquí, el artículo 1110 no conceptualiza qué debe entenderse por una “medida equivalente a expropiación”. Por ello consideramos necesario acudir a sendos numerales relativos a “Definiciones”, tanto del propio Capítulo XI (definiciones específicas), como del Capítulo II (definiciones generales).

Las definiciones específicas del Capítulo XI están previstas en el artículo 1139 y de una lectura íntegra no se observa la existencia de elementos que puedan servir como planteamiento primigenio para construir una interpretación de lo que debe entenderse por el término en análisis.

Diversa suerte sucede con el capítulo de definiciones generales que se observan en el Capítulo II, pues en su artículo 201, textualmente se lee lo siguiente:

“Artículo 201 : Definiciones de aplicación general

1. 1. Para los efectos de este Tratado, salvo que se especifique otra cosa :

(...)

medida incluye cualquier ley, reglamento, procedimiento, requisito o práctica;

(...)”

De esta manera, adminiculado lo dispuesto por los artículos 201 y 1110 del TLCAN, podríamos interpretar de manera muy llana con la simple lectura estas disposiciones, que una “medida equivalente a expropiación” podría actualizarse en cualquier ley, reglamento, procedimiento, requisito o práctica que pudiera afectar los derechos de propiedad de un extranjero o bien que le imponga costos que afecten en tal grado una inversión que pueda calificarse como expropiada.

De lo expuesto es de llamar la atención de dos circunstancias:

La primera es que si bien es cierto que lógicamente podría hacerse esta inferencia, como se enunciará a lo largo de este documento, no solamente una ley, reglamento, procedimiento, requisito o práctica puede ser considerado como una “medida equivalente a expropiación”.

La segunda es que no resulta claro y menos evidente qué debe entenderse por “una medida que tenga efectos equivalentes a una expropiación”. Es decir, *a priori*, no puede señalarse que una medida – ley, reglamento, procedimiento, requisito o práctica – que tenga como efecto la afectación de derechos de propiedad o imponga costos que afecten una inversión pueda concebirse con efectos

expropiatorios. En otras palabras no todo menoscabo patrimonial puede entenderse como una “medida equivalente a expropiación”.

II. Análisis del concepto de expropiación y medida equivalente a expropiación.

En este capítulo se pretende hacer una descripción sistemática de lo que puede entenderse por “medida equivalente a expropiación” tomando como referencia otros acuerdos internacionales en materia de inversión, para después exponer lo que los sistemas jurídicos mexicano y anglosajón ofrecen para delimitar lo que puede entenderse por “medida equivalente a expropiación”.

Como se verá en el desarrollo del presente capítulo, es necesario tener muy clara la manera en que cada sistema jurídico conceptualiza los elementos, atributos y tipos de propiedad para así poder establecer inducir, si es que es posible, una conceptualización mínima común para definir la propiedad y estar así, en condiciones de determinar lo que puede entenderse por medida equivalente a expropiación.

A. La Expropiación y medida equivalente a expropiación. Apuntes internacionales

Desde el ámbito internacional, se ha establecido el interés por introducir ciertos principios que cimenten una relación lo más transparente posible. Estos principios se pueden observar en la redacción de “acuerdos modelo” denominados “BITs”⁵

No obstante lo anterior, existen elementos que por su naturaleza tanto política, económica o ideológica son muy difíciles de definir. Tal es el caso de lo que debe entenderse por una “medida equivalente a expropiación”; cuándo debe ser indemnizable y cómo tasar el monto de la indemnización.

En el estándar internacional se ha llegado a la conclusión de que una expropiación puede ser el resultado de un acto legislativo, administrativo e inclusive judicial que transfiere el título o la posesión física de un bien.⁶

No obstante lo anterior, también se puede considerar como una medida expropiatoria al acto que tenga como resultado de una pérdida en la administración, el uso o control o una depreciación en el valor de la inversión.

De esta manera, una expropiación puede ser directa o indirecta. Las primeras están asociadas con medidas en las que se incide en el despojo de la cuestión física de la propiedad. Las segundas son aquellas medidas que implican en la pérdida del uso o control, o una depreciación del valor de una inversión. Algunas han recibido el nombre de “creeping expropriation” o “expropiaciones regulatorias”.⁷

⁵ Bits por sus siglas en inglés: Bilateral investment treaties.

⁶ Cfr. Naciones Unidas, *Taking of property. UNCTAD Series on issues in international investment agreements*, United Nation conference on trade and development, United Nation, Ginebra, 2000, Pp. 3-5.

⁷ Idem.

Es de señalar que en el devenir histórico las expropiaciones directas son cada vez menos problemáticas y el foco de estudio se ha establecido en las expropiaciones indirectas o “medidas equivalentes a expropiación, pues casi cualquier medida que un gobierno adopte en perjuicio de una inversión extranjera podría interpretarse como una interferencia y entonces ser exigible una compensación.

a. Concepto contenido en los “Bilateral Investment Treaties”

En los BITs más recientes se ha comenzado a diferenciar sobre los tipos de expropiación, directa o indirecta, con el fin de que una acción del gobierno del País receptor o huésped que provoque una disminución del valor de la propiedad pueda ser objeto de una indemnización. Ejemplos de lo anterior los podemos observar en los siguientes instrumentos internacionales⁸:

- BIT Alemán – Bangladesh (1981). En la sección 3 de su protocolo se incluye la siguiente leyenda:

“(...) the taking away or restricting of any property right which in itself or in conjunction with other rights constitutes an investment”

- BIT Belga – Cyprus (1991). En el artículo 4 textualmente se establece:

“Each Contracting Party undertakes not to adopt any measure of expropriation or nationalization or any other measure having the effect of directly or indirectly dispossessing the investor of the other Contracting Party of their investments...”

- BIT Sueco – Argentino (1991). En el artículo 4, se lee el siguiente texto:

“Neither of the Contracting Parties shall take any direct or indirect measure of nationalization or expropriation or any other measure having the same nature or the same effect ...”

En este sentido, la tendencia internacional ha sido equiparar el daño a cualquier elemento que constituya un derecho de propiedad a la nacionalización o expropiación.

b. Concepto contenido en instrumentos del Banco Mundial

El Banco Mundial desarrollo dos documentos de especial importancia para este trabajo terminal: las “Guías sobre el Trato a la Inversión Extranjera Directa” y los “Estatutos del Tratado de Energía de 1994”. En ambos instrumentos jurídicos internacionales se observa que además de la definición de nacionalización y expropiación se han incluidos términos tales como “medidas que producen efectos similares a la expropiación”.

⁸ Cfr. Op cit. Pp.19 -21.

En efecto, en el artículo IV (1) de las Guías sobre el Trato a la Inversión Extranjera Directa del Banco Mundial textualmente señala lo siguiente⁹:

“1. A State may not expropriate or otherwise take in whole or in part a foreign private investment in its territory, or take measures which have similar effects, except where this is done in accordance with applicable legal procedures, in pursuance in good faith of a public purpose, without discrimination on the basis of nationality and against the payment of appropriate compensation.”

En este sentido se puede observar que existe una referencia específica a medidas con efectos similares a una expropiación y que guardan un estrecho vínculo con el texto del artículo 1110 anteriormente citado.

No obstante, no se establece de manera clara qué debe entenderse por este tipo de medidas o en qué grado una medida puede entenderse que se sitúa con efectos expropiatorios.

En otros modelos de BITs, como el elaborado por Estados Unidos se ha intentado resolver este problema obsequiando algunos ejemplos de lo que podría entenderse como una medida adoptada por un país huésped en perjuicio de una inversión extranjera. En estos casos, el BIT de referencia textualmente señala¹⁰:

“any other measure or series of measures, direct o indirect, tantamount to expropriation (including the levying of taxation, the compulsory sale of all or part of an investment, or the impairment or deprivation of its management, control or economic value)...”

c. Concepto contenido en instrumentos de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico

Por su parte, Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, desarrolló un proyecto de acuerdo internacional sobre inversiones, conocido como MAI por sus siglas en inglés¹¹, en que se expone textualmente lo siguiente¹²:

“2. EXPROPRIATION AND COMPENSATION

2.1. A Contracting Party shall not expropriate or nationalise directly or indirectly an investment in its territory of an investor of another Contracting Party or take any measure or measures having equivalent effect (hereinafter referred to as "expropriation") except:

- a) for a purpose which is in the public interest,
- b) on a non-discriminatory basis,
- c) in accordance with due process of law, and
- d) accompanied by payment of prompt, adequate and effective compensation in accordance with Articles 2.2 to 2.5 below.”

⁹ Documento que se observa en la dirección en internet: <http://ita.law.uvic.ca/documents/WorldBank.pdf>

¹⁰ Cfr. Naciones Unidas, *Taking of property. UNCTAD Series on issues in international investment agreements, United Nation conference on trade and development*, Ed. United Nation, Ginebra, 2000, P 21.

¹¹ THE MULTILATERAL AGREEMENT ON INVESTMENT (MAI)

¹² Documento que se observa en la dirección en internet: <http://www.oecd.org/daf/mai/pdf/ng/ng987r1e.pdf>

Tanto en los instrumentos como en los organismos internacionales es muy evidente la necesidad de incluir aspectos normativos que restrinjan la potestad de los Estados receptores de inversión, en perjuicio de sus nacionales así como de inversionistas, no solo en la realización de actos expropiatorios evidentes, sino también en aquéllos que pueden tener un efecto con estas características.

Lo anterior es así, pues en el devenir histórico, podemos darnos cuenta que cada vez es resulta menos común el hecho de observar actos expropiatorios *per se*, sin embargo es cada vez más común observar actos del Estado que tienen el efecto expropiatorio.

No obstante lo anterior, en ninguno de estos documentos de carácter internacional se obsequia una definición de lo que debe entenderse como “medida equivalente a expropiación” a lo más, lo que se establece son elementos que pueden ejemplificar o en su caso delimitar o conceptualizar lo que se entiende por este término.

Lo anterior es así, pues como se abundará más adelante, una medida equivalente a expropiación está estrechamente vinculada con postulados jurídico y económicos que no son conceptos universales, sino que su naturaleza es mutable por motivos tanto ideológicos como pragmáticos.

En efecto al referirnos a la expropiación indefectiblemente hacemos referencia a una serie de presupuestos e instituciones jurídicas y económicas (i.e. propiedad, ejercicio de facultades soberanas, etc.) que son un resultado dialéctico del devenir histórico de cada Estado en lo particular.

En este escenario tratar de establecer una definición que sea capaz de aplicarse de manera uniforme y universal resulta una tarea además de imposible, poco práctica. Lo que sí es posible y además necesario, hacer evidente los consensos internacionales (sea a través de Tratados o resoluciones de carácter internacional) y a partir de ellos describir y caracterizar lo que se ha entendido desde lo particular por “medida equivalente a expropiación” a efecto de otorgar un marco de certeza jurídica y económica que permita obtener los beneficios esperados del fenómeno de la inversión extranjera.

Por lo anterior es necesario hacer un postulado aunque sea muy general de lo que las tradiciones jurídicas, mexicana y norteamericana,¹³ han entendido como “medida equivalente a expropiación” a efecto de describir los elementos comunes entre estos marcos jurídicos y esbozar un concepto básico común.

¹³ La exclusión del análisis de la tradición canadiense obedeció a los aspectos metodológicos de este trabajo terminal que se justificaron en la introducción del mismo y que no se reiteran en obvio de excesivas repeticiones.

B. La Expropiación y medida equivalente a expropiación. Tradición jurídica mexicana

Tal y como se dijo, para poder calificar a una medida adoptada por un Estado como expropiatoria, consideramos necesario inferir un estándar o premisas básicas de un acto de expropiación liso y llano a efecto de transpolar dichos elementos a otros actos realizados por un Estado y poder entonces señalar si dichos actos podrían tener el carácter de expropiatorio o no.

Por lo anterior, en esta parte de este trabajo se establecen los postulados básicos y mínimos necesarios según el derecho mexicano y anglosajón para determinar cuáles son las características de un acto expropiatorio, y así estar en posibilidad de calificar si un acto estatal tiene estas características.

a. La institución jurídica de la expropiación

La institución de la “expropiación”, en México halla su fuente desde el artículo 27 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, no para definirlo sino para otorgarle al Estado la facultad de realizarlo pero al mismo tiempo para limitar su intervención a manera de que no sea autoritaria. Al respecto nuestro Máximo Ordenamiento Legal señala específicamente lo siguiente:

“**Artículo 27.** La propiedad de las tierras y aguas comprendidas dentro de los límites del territorio nacional, corresponde originariamente a la Nación, la cual ha tenido y tiene el derecho de transmitir el dominio de ellas a los particulares, constituyendo la propiedad privada.

Las expropiaciones sólo podrán hacerse por causa de utilidad pública y mediante indemnización.

(...)

VI. Los estados y el Distrito Federal, lo mismo que los municipios de toda la República, tendrán plena capacidad para adquirir y poseer todos los bienes raíces necesarios para los servicios públicos.

Las leyes de la Federación y de los Estados en sus respectivas jurisdicciones, determinarán los casos en que sea de utilidad pública la ocupación de la propiedad privada, y de acuerdo con dichas leyes la autoridad administrativa hará la declaración correspondiente. El precio que se fijará como indemnización a la cosa expropiada, se basará en la cantidad que como valor fiscal de ella figure en las oficinas catastrales o recaudadoras, ya sea que este valor haya sido manifestado por el propietario o simplemente aceptado por él de un modo tácito por haber pagado sus contribuciones con esta base. El exceso de valor o el demérito que haya tenido la propiedad particular por las mejoras o deterioros ocurridos con posterioridad a la fecha de la asignación del valor fiscal, será lo único que deberá quedar sujeto a juicio pericial y a resolución judicial. Esto mismo se observará cuando se trate de objetos cuyo valor no esté fijado en las oficinas rentísticas.

El ejercicio de las acciones que corresponden a la Nación, por virtud de las disposiciones del presente artículo, se hará efectivo por el procedimiento judicial; pero dentro de este procedimiento y por orden de los tribunales correspondientes, que se dictará en el plazo máximo de un mes, las autoridades administrativas procederán desde luego a la ocupación, administración, remate o venta de las tierras o aguas de que se trate y todas sus accesiones, sin que en ningún caso pueda revocarse lo hecho por las mismas autoridades antes que se dicte sentencia ejecutoriada.”

De lo aquí transcrito se observa que si bien no se define el concepto de expropiación, sí otorga los siguientes elementos garantistas para que pueda ser ejercitado:

- Sólo puede hacerse por causa de utilidad pública y mediante indemnización;
- Las leyes federales o estatales determinarán qué puede entenderse por utilidad pública;
- Puede ser realizada por dos de los niveles de gobierno del Estado Mexicano: El Federal y el Estatal¹⁴;
- En general, la indemnización se basará en la cantidad que como valor fiscal de ella figure en las oficinas catastrales o recaudadoras.

Por su parte, en la doctrina jurídica nacional resulta indiscutible que la potestad de expropiar o nacionalizar bienes o derechos, es considerado como una atribución soberana necesaria de cualquier Estado para el desarrollo de políticas públicas ya sea económicas o sociales.¹⁵

En este sentido, diversos autores han obsequiado diferentes definiciones de lo que debe entenderse por “expropiación”.

El autor Germán Fernández del Castillo definió de la siguiente manera:

“La Expropiación, etimológica y originariamente, es el acto por el cual se priva a una persona de su propiedad, y supone por lo mismo un acto de autoridad con poder suficiente para esa privación, y la falta de consentimiento del dueño que la sufre”¹⁶

¹⁴“En el ámbito local las leyes de expropiación de los estados por regla general, atribuyen al gobernador del Estado, como titular del poder ejecutivo de la entidad federativa de que se trate, la calidad de “autoridad administrativa” competente para hacer la declarativa de utilidad pública y decretar la expropiación, en términos similares que en la esfera federal.

Los municipios solamente están facultados en la legislación secundaria de los estados a solicitar al gobernador del Estado, la expedición de la declaratoria de utilidad pública y decretar la expropiación y, realizadas tales acciones en sentido favorable, a concretarse a recibir la orden del titular del ejecutivo para proceder a ocupar el bien expropiado, en los términos que especifique el decreto respectivo.”

Este texto puede ser consultado en: Salazar, Abroa, Enrique A., “El Municipio y la Expropiación”, en *Gaceta Mexicana de Administración Pública Estatal y Municipal*, que puede ser consultado en el siguiente sitio de internet: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/gac/cont/34/trb/trb9.pdf>

¹⁵ Cfr. Rábago Dorbecker, Miguel., *El Régimen Constitucional y Legal de la expropiación en México en el ámbito nacional e internacional: ¿Génesis de un doble estándar o convergencia de criterios?*, Ponencia presentada para el Congreso Internacional sobre Derecho Comparado “Reforma económica y cambio legal en Asia y en México: Una perspectiva comparada”.

¹⁶ Fernández del Castillo, Germán, *La propiedad y la expropiación en el Derecho mexicano actual*, Cía Editoria de Revistas, México, 1939, p. 10.

Por su parte, en el criterio que expone el autor Gabino Fraga en su libro de Derecho Administrativo, el concepto de expropiación debe entenderse como:

“(…) como su nombre lo indica, [es] un medio por el cual el Estado impone a un particular la cesión de su propiedad por existir una causa de utilidad pública mediante la compensación que al particular se le otorga por la privación de esa propiedad”¹⁷

Otra aportación la realizan los coautores Adriana García García y Dirk Zavala Rubach, quienes en su libro Derecho y Economía¹⁸ definen a la expropiación de la siguiente manera:

“La expropiación es una potestad administrativa, prevista directamente en el artículo 27 constitucional, dirigida a la supresión de los derechos de uso, disfrute y disposición de un bien particular, decretada por el Estado, con la finalidad de adquirirlo por causa de utilidad pública.”

Con independencia de elementos divergentes otorgados por los autores, en sendas definiciones y aquéllos que se derivan de la lectura del análisis del artículo 27 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, resulta claro que la expropiación en el sistema jurídico mexicano es:

- Una afectación que hace el Estado al derecho de propiedad;
- La afectación debe ser en un grado que pueda ser calificado como privativo;
- El Estado es el receptor de los derechos de propiedad independientemente del uso de destino del destino final;
- Por causa de utilidad pública (cuya definición debe estar previamente establecida en una ley);
- Debe mediar una indemnización.

De esta manera, la pregunta que naturalmente se formula es establecer si es necesario que “una medida equivalente a expropiación” debe cumplir con todos y cada uno de elementos expuestos.

Cobra relevancia hacer hincapié en la cuestión de que si la expropiación es la privación del derecho de propiedad, una “medida equivalente a expropiación” debe tener como efecto tal consecuencia. Es decir, la medida equivalente deberá ser de tal magnitud que ocasione que el derecho de propiedad ha sido afectado en forma tal, que pueda entenderse que un inversionista ha sido privado de dicha propiedad.

b. La institución jurídica de la propiedad

La referencia obligada en el análisis de lo que debe entenderse por propiedad es precisamente la CPEUM, la cual en el artículo 27 establece su alcance y su definición y más aún, es la visión que guarda el constituyente permanente

¹⁷ Fraga Gabino, *Derecho Administrativo*, Porrúa, 46ª. Edición, México 2007, P. 375.

¹⁸ García García Adriana y Dirk Zavala Rubach, *Derecho y Economía, EC Estudios de Casos*, CIDE OXFORD, México 2009, P. 71.

respecto de lo que debe observarse y garantizarse de manera mínima como Derecho de Propiedad Privada.

“**Artículo 27.** La propiedad de las tierras y aguas comprendidas dentro de los límites del territorio nacional, corresponde originariamente a la Nación, la cual ha tenido y tiene el derecho de transmitir el dominio de ellas a los particulares, constituyendo la propiedad privada.

Las expropiaciones sólo podrán hacerse por causa de utilidad pública y mediante indemnización.

La nación tendrá en todo tiempo el derecho de imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público, así como el de regular, en beneficio social, el aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de apropiación, con objeto de hacer una distribución equitativa de la riqueza pública, cuidar de su conservación, lograr el desarrollo equilibrado del país y el mejoramiento de las condiciones de vida de la población rural y urbana. (...)”

Por su parte el artículo 25 de nuestro Máximo Ordenamiento Legal señala textualmente lo siguiente:

“**Artículo 25.** Corresponde al Estado la rectoría del desarrollo nacional para garantizar que éste sea integral y sustentable, que fortalezca la Soberanía de la Nación y su régimen democrático y que, mediante el fomento del crecimiento económico y el empleo y una más justa distribución del ingreso y la riqueza, permita el pleno ejercicio de la libertad y la dignidad de los individuos, grupos y clases sociales, cuya seguridad protege esta Constitución.

El Estado planeará, conducirá, coordinará y orientará la actividad económica nacional, y llevará al cabo la regulación y fomento de las actividades que demande el interés general en el marco de libertades que otorga esta Constitución.

Al desarrollo económico nacional concurrirán, con responsabilidad social, el sector público, el sector social y el sector privado, sin menoscabo de otras formas de actividad económica que contribuyan al desarrollo de la Nación.”

De una interpretación sistemática de estos artículos citados podemos observar que de conformidad con nuestra Carta Magna, la propiedad originaria le corresponde a la nación y tiene la facultad de transmitir el dominio a efecto de constituir propiedad privada.

Por otro lado, al leer de manera sistemática los artículos 25 y 27 del Máximo Ordenamiento Legal en comento, se puede inferir válidamente que en general la propiedad está dividida en tres tipos:

- La propiedad privada;
- La propiedad pública;
- La propiedad social.

De esta manera la propiedad privada es una de los tres tipos de “propiedad” que reconoce de manera originaria nuestra Norma Fundante.

No obstante estas posiciones aunque tienen una importancia trascendental para la vida jurídica y económica del Estado Mexicano, pues resuelve un planteamiento filosófico respecto de la incógnita de resolver quién fue el primer propietario de un derecho y con qué legitimidad fue transmitido, no se hace explícita una definición de lo que puede entenderse por el término de “propiedad”.

Tal y como se señaló, la necesidad de contar con una definición de “propiedad” es necesario para el presente trabajo, pues para poder determinar un estándar de lo que debe entenderse por una medida a expropiación debe tenerse, de manera muy clara, cuáles son los elementos que configuran a esta institución jurídica.

En cuanto más claro se tenga una concepción de lo que se entiende por propiedad, más fácil será saber si se dio alguna privación a cualquiera de sus elementos que permita establecer si hubo un acto expropiatorio, su alcance y en qué términos.

La primer referencia que se toma en consideración es la que dispone la Enciclopedia Jurídica Mexicana, elaborada por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, el cual señala de manera textual lo siguiente:

“PROPIEDAD PRIVADA. Es el derecho que tiene un particular, persona física o moral de derecho privado, para usar, gozar y disponer de un bien, con las limitaciones establecidas en la ley, de acuerdo con las modalidades que dicte el interés público y de modo que no se perjudique a la colectividad.”¹⁹

Así, desde esta definición se puede observar que el derecho de propiedad es un concepto complejo que supone la vinculación de tres atributos, i) el de uso; ii) el de disfrute; y iii) el de disposición.

En este sentido el autor Jorge Alfredo Domínguez Martínez en su libro de Derecho Civil al referirse a la evolución histórica del derecho de propiedad, señaló:

“En el Derecho Romano la propiedad descansa sobre las bases más sólidas de exclusividad y plenitud con escasa limitaciones, pues hecha salvedad de las soportadas, fue considerada como un derecho absoluto, exclusivo y perpetuo, para usar, disfrutar y disponer de la cosa sobre la que se ejerció.

El ius utendi, es decir, el derecho de usar la cosa, el ius fruendi o sea, el derecho de hacer propios los frutos producidos por aquélla y el ius abutendi, por el que se entiende el derecho de consumirla y a disponer de ella, son los caracteres cuyo conjunto integran el derecho de propiedad.”²⁰

¹⁹ Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Enciclopedia Jurídica Mexicana, Porrúa UNAM, Tomo V, México 2004, P. 868.

²⁰ Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, *Derecho civil parte general personas cosas negocio jurídico e invalidez*, Porrúa, México, 1992, P. 326.

No obstante lo anterior, es de señalar que en el devenir histórico de la concepción del derecho de propiedad para el Estado mexicano, no es claro que el Constituyente y los legisladores hubieran adoptado esta tendencia, por el contrario, nuestro sistema jurídico tiene una connotación social o funcionalista. Al efecto baste observar lo expuesto por la comisión redactora del Código Civil en su exposición de motivos, al afirmar lo siguiente:

“Al tratar de la propiedad se separó la Comisión de la tendencia individualista que campaba en el Derecho Romano, en la legislación napoleónica y en gran parte de nuestro Código Civil vigente, y aceptó la teoría progresista que considera el derecho de propiedad como el medio de cumplir una verdadera función social. Por tanto, no se consideró a la propiedad como un derecho intangible y sagrado, sujeto en su ejercicio a la apreciación individual del propietario, sino como un derecho mutable que debe modelarse sobre las necesidades sociales a las cuales está llamado a responder preferentemente. A este efecto, y de acuerdo con los preceptos constitucionales relativos, se impusieron algunas modalidades a la propiedad tendientes a que no quedará (sic) al arbitrio del propietario dejar improductiva su propiedad, y a que no se usara de su derecho con perjuicio de tercero o con detrimento de los intereses generales.

El criterio que en esta materia siguió la Comisión fue: garantizar al propietario el goce de su propiedad para dejar de tenerle simplemente como un derecho y pasar a ser calificado como una función social o más adecuadamente dicho, como un medio para cumplir con una función social.”²¹

No obstante lo anterior y con independencia si el derecho de propiedad debe considerarse como una función social o un derecho subjetivo con las características que se apuntan en el derecho romano y para efectos de este trabajo se toma en consideración que la expropiación es una afectación a los atributos del derecho de propiedad decretada por el Estado.

En este sentido y siguiendo la disertación expuesta cabe entonces el siguiente cuestionamiento: ¿Para el Estado mexicano, una medida equivalente a expropiación debe entenderse como la afectación de los atributos de la propiedad de manera total? O bien ¿Puede decirse que existe una medida equivalente a la expropiación cuando sólo uno de ellos es el que resulta vulnerado por la actividad del Estado?

c. Las medidas equivalentes a expropiación en el Derecho Positivo Mexicano

Con excepción a lo dispuesto en el artículo 1110 del TLCAN, no hay como tal un fundamento jurídico que determine la existencia de lo que debe entenderse por “medida equivalente a expropiación”.

No obstante existen referencias indirectas a lo que podría entenderse como una “medida equivalente a expropiación” en algunos cuerpos legislativos.

²¹Cita obtenida de Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, *Derecho civil parte general personas cosas negocio jurídico e invalidez*, Porrúa, México, 1992, P. 342.

Tal es el caso de lo dispuesto en la Ley de Expropiación vigente, que es de carácter federal. En los artículos 1, 4, 7, 9, 18 y 20 BIS, de este cuerpo legislativo se hace referencia no sólo al concepto de expropiación, sino también introduce el elemento de “modalidades de las expropiaciones” y menciona a la ocupación temporal o delimitación de dominio.

A efecto de hacer evidente lo expuesto en el párrafo anterior, nos permitimos citar textualmente sólo lo dispuesto en los artículos 1 y 4 del ordenamiento señalado, pues los demás preceptos siguen el mismo sentido.

“Artículo 1.- La presente ley es de interés público y tiene por objeto establecer las causas de utilidad pública y regular los procedimientos, modalidades y ejecución de las expropiaciones.

(...)

Artículo 4.- Procederá la expropiación previa declaración de utilidad pública a que se refiere el artículo anterior.

La declaratoria de expropiación, de ocupación temporal o de limitación de dominio se hará mediante decreto del Ejecutivo Federal que se publicará en el Diario Oficial de la Federación.” *(El subrayado es propio)*

Así de lo expuesto en este ordenamiento federal, se observa que el legislador ha considerado en esta Ley la existencia no sólo de la expropiación nuda, sino también la modalidad de ocupación temporal y la limitación del dominio.

Entonces, en un primer momento, diríamos que de conformidad con la Ley de Expropiación, se podría entender como “medida equivalente a expropiación”, a aquellas modalidades decretadas por el Ejecutivo Federal que limiten el derecho de propiedad, entendidas éstas como una ocupación temporal (afectación al *ius utendí*) así como a la limitación al dominio (afectación al *ius fruendí*).

En este sentido el grado en el daño causado por el acto limitativo del derecho de propiedad es muy importante, pues en caso de que la afectación no sea en grado de privativo, estaremos ante un daño a bienes y/o derechos de los particulares que no tengan la obligación jurídica de soportar. Es decir una afectación indemnizable en términos de la Responsabilidad Patrimonial del Estado.

Esta interpretación no es gratuita; se puede observar en lo dispuesto en el último párrafo del artículo 113 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que a la letra señala:

“Artículo 113. (...)

La responsabilidad del Estado por los daños que, con motivo de su actividad administrativa irregular, cause en los bienes o derechos de los particulares, será objetiva y directa. Los particulares tendrán el derecho a una indemnización conforme a las bases, límites y procedimientos que establezcan las leyes”

De esta disposición constitucional se observan distintos elementos que consideramos relevantes para este trabajo terminal:

- En primer lugar se establece como sujeto obligado al Estado pero sólo por actividades administrativas.
- En segundo lugar se refiere a que la actividad administrativa sea irregular; y
- En tercer lugar, la posibilidad de una indemnización en base a ley.

Por su parte, la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado (LFRPE), publicada el treinta y uno de diciembre de dos mil cuatro, reglamentaria del artículo 113 Constitucional, a la letra dispone textualmente lo siguiente en su artículo primero:

“ARTÍCULO 1.- La presente Ley es reglamentaria del segundo párrafo del artículo 113 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y sus disposiciones son de orden público e interés general; tiene por objeto fijar las bases y procedimientos para reconocer el derecho a la indemnización a quienes, sin obligación jurídica de soportarlo, sufran daños en cualquiera de sus bienes y derechos como consecuencia de la actividad administrativa irregular del Estado. La responsabilidad extracontractual a cargo del Estado es objetiva y directa, y la indemnización deberá ajustarse a los términos y condiciones señalados en esta Ley y en las demás disposiciones legales que la misma hace referencia.

Para efectos de esta Ley, se entenderá por actividad administrativa irregular, aquella que cause daño a los bienes y derechos de los particulares que no tengan la obligación jurídica de soportar, en virtud de no existir fundamento legal o causa jurídica de justificación para legitimar el daño que se trate.”

Como se observa, en el actual artículo 1 de la LFRPE se establece la procedencia de la indemnización no únicamente cuando el daño aparezca, sino que como requisito de procedencia establece que el daño debe ser consecuencia de la actividad administrativa irregular del Estado.

Para ello, la propia ley define lo que se entiende por actividad irregular, entendiéndolo por ella, como la conducta que se origine sin existir fundamento legal o causa jurídica de justificación.

Por lo anterior y para dar contenido, a lo que debe considerarse como una “medida equivalente a expropiación”, consideramos necesario entonces agregar en el análisis un elemento de cuantitativo.

En este sentido podríamos señalar, por lo menos preliminarmente que para el sistema jurídico mexicano una “medida equivalente a expropiación” podría tener una estrecha vinculación con los efectos en valor del patrimonio del gobernado y/o del inversionista.

C. La Expropiación y medida equivalente a expropiación. Tradición jurídica norteamericana

a. La institución jurídica de “Eminent Domain” y “Taking”

Al igual que en nuestro sistema jurídico, el fundamento de la institución de la expropiación se encuentra en su máximo ordenamiento legal. En efecto la quinta enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica establece²²:

“Nor shall private property be taken for public use without just compensation”

En el sistema jurídico norteamericano, se le conoce a la institución de la expropiación bajo el nominativo de “Eminent domain”, y guardan una relación conceptual muy cercana.

“Eminent domain. The inherent power of a governmental entity to take privately owned property, esp. Land, and convert it to public use, subject to reasonable compensation for the taking.”

“The term “eminent domain” is said to have originated with Gortius, the seventeenth century legal scholar. Gortius believed that the state possessed the power to take or destroy property for the benefit of the social unit, but he believed when the state so acted, it was obligated to compensate the injured property owner for his losses. Blackstone, too, believed that society had no general power to take the private property of landowners, except on the payment of a reasonable price. The just compensation clause of the fifth amendment to the Constitution was built upon this concept of a moral obligation to pay for governmental interference with private property...”

No provision for the power of eminent domain appears in the federal Constitution. The Supreme Court, however, has said that the power of eminent domain is an incident of federal sovereignty and an “offspring of political necessity”. The Court has also noted that the fifth amendment’s limitation on taking private property is a tacit recognition that the power to take private property exists”. John E. Nowak & Ronald D. Rotunda, *Constitutional Law* 11.11 at 424-25 (4th ed. 1991) (quoting *Bauman v. Ross*, 167 US 548, 574, 17 S.Ct. 966, 976 (1897)).²³

En este sentido, de la definición señalada en la transcripción podemos derivar que los elementos esenciales de la definición descansan en los siguientes elementos:

- No se establece taxativamente en su Constitución;
- Se ha creado mediante la interpretación Judicial;
- Es un poder que se le otorga a una entidad gubernamental;
- Implica privar del derecho de propiedad al dueño de un predio;
- El motivo que justifica esta intervención es un uso público del bien expropiado;

²² Cfr., Feinman M. Jay., *Law 101. Everything you need to know about the American legal system*, Oxford Press Inc., Segunda Edición., USA., 2006. Pp. 250 y 251.

²³ Bryan A. Garner., *Black’s law dictionary*, West Group, St. Paul Minn, 1999, USA., Pp. 541 y 542.

- Está sujeto a una compensación razonable

De esta manera si bien existen diferencias en el fundamento de ambas instituciones, sí podemos asegurar que existe una similitud de los elementos que configuran las instituciones de la “expropiación” (en el sistema jurídico mexicano) y el “eminent domain” (en el sistema jurídico norteamericano).

No obstante lo anterior, la literatura jurídica norteamericana ofrece otro concepto que consideramos que para efectos del presente trabajo otorga mayor claridad a lo que debe entenderse por “medida equivalente a expropiación”. Nos referimos al concepto de lo que debe entenderse por “Taking”.

“Taking. Constitutional law. The government’s actual or effective acquisition of private property either by ousting the owner and claiming title or by destroying the property or severely impairing its utility. There is a taking of property when government action directly interferes with or substantially disturbs the owner’s use and enjoyment of the property.”²⁴

De esta manera se observa que cuando un acto de gobierno interfiere o interrumpe sustancialmente el uso y disfrute de la propiedad, estamos ante un acto que el Derecho Norteamericano califica como “Taking”.

b. La institución jurídica de la propiedad

En este sentido resulta de importancia establecer qué se entiende por propiedad en este sistema jurídico a efecto de poder determinar cuándo se está ante una afectación a este derecho.

Es de señalar que en el derecho anglosajón la definición de lo que debe entenderse por el “derecho de propiedad”, no es un tema que actualmente cause especial relevancia por parte de autores de la disciplina jurídica, sino que de manera pragmática se ha resuelto el tema al determinar que el derecho de propiedad es un “cúmulo de derechos”, sin que se haga especial disertación.

Lo anterior, tal y como lo exponen los autores Thomas W. Merrill y Henry E. Smith, al señalar textualmente lo siguiente:

“Property has fallen out of fashion. Although people are as concerned as ever with acquiring and defending their material possessions, in the academic world there is little interest in understanding property. To some extent, this indifference reflects a more general skepticism about the value of conceptual analysis, as opposed to functional assessment of institutions. There is, however, a deeper reason for de indifference to property. It is a commonplace of academic discourse that property is simply a “bundle of rights” and that any distribution of rights and privileges among persons with respect to things can be dignified with the (almost meaningless) label “property”. By and large, this view has become conventional wisdom among legal

²⁴ *Ibidem* p. 1467.

scholars: Property is a composite of legal relations that holds between persons and only secondarily or incidentally involves a "thing".²⁵

Para llegar a estas conclusiones, los autores mencionados hacen referencia a las siguientes obras consultadas que se traen aquí para mejor referencia:

"Edward L. Rubin, Due Process and the Administrative State., 72 Cal. L Rev. 1044, 1086 (1984) ("[P]roperty is simply a label for whatever 'bundle of sticks' the individual has been granted"); Joan Williams, The Rhetoric of Property, 83 IOWA L. Rev. 277, 297 (1998) ("Labeling something as property does not predetermine what rights an owner does or does not have in it). Bruce A. Ackerman., PRIVATE PROPERTY AND THE CONSTITUTION 26-29 (1977) (reporting that the bundle-of-rights conception of property is so pervasive that "even the dimmest law student can be counted upon to parrot the ritual phrases on command")."²⁶

Esta concepción tuvo su origen y desarrollo en la década de 1920 a 1930, durante el realismo jurídico norteamericano en el que Wesley Hohfeld²⁷, quien si bien no introdujo la metáfora del "bundle of rights", expuso una serie de razonamientos que justificaron la existencia dicha expresión.

Con el movimiento del análisis económico del Derecho sucedido en la década de 1960 a 1970, se incrementó aún más la concepción de que la propiedad responde a un "bundle of rights", tal y como lo semana los autores Thomas W. Merrill y Henry E. Smith, al asentar textualmente en la obra en comento lo siguiente:

"The law and economics movement that emerged in the 1960s and 1970s was, on the whole, much more skeptical about government intervention in economics affairs. Significantly, however, although early law and economics scholars questioned the realists' faith in government, they did not question the realists' conception of property as a contingent bundle of rights. Indeed, as we shall see, the new generation of economic scholars adopted a conception of property similar to that embraced by the most extreme of the legal realists. For the economists, property consists of nothing more than the authoritative list of permitted uses of a resource – posted, as it were, by the state for each object of scarcity. Although he almost certainly did not have this objective in mind, the key figure in popularizing this hyper-realist conception of property was Ronald Coase"²⁸

No obstante lo anterior, sí han habido estudios que de alguna manera han tratado de establecer el contenido del cúmulo de derechos que integran a lo que debe determinarse como "propiedad", tal es el caso del ensayo expuesto por el autor Jeffrey Evans Stake al hacer las siguientes reflexiones sobre la "descomposición de los derecho de propiedad", haciendo referencia desde la perspectiva territorial.

"Decomposition of property rights has become an issue of constitutional importance in the United States. The Fifth Amendment prohibits the government from taking property without paying just compensation. The difficult issue is often whether

²⁵ Merrill Thomas W. y Smith Henry E., "What happened to property in law and economics?", en *The Law Journal., Essays*, 16 de Octubre del 2001, Vol. 111:357 2001. Pp., 357 y 358.

²⁶ Idem.

²⁷ Wesley Newcomb Hohfeld, *Fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning*, 26 Yale L. J. 710 (1917).

²⁸ Merrill Thomas W. y Smith Henry E., "What happened to property in law and economics?", en *The Law Journal, Essays*, 16 de Octubre del 2001, Vol. 111:357 2001, P, 366.

'property' has been taken. If the government deprives an owner of all her rights in all her land, a taking has occurred. An if the government divides the rights spatially or temporally or both, taking all rights in some of the land for some substantial period of time, a taking has occurred. But if the government divides rights along the dimension of use, prohibiting some uses and allowing others, it is hard to tell whether the rights taken were enough to call property."²⁹

En este sentido y siguiendo el razonamiento de este autor³⁰, en el derecho norteamericano, se puede entender que el derecho de propiedad está conformado por los siguientes derechos:

"Before a private party can divide her rights in land, she must both have some rights and have the right to transfer rights. One basic topic, therefore, in the decompositions of property is whether and to what degree private parties have the right to alienate their rights. In one sense, this is a definitional matter: is the right to transfer inherent in the bundle of sticks we call 'property'? ...

Once owners have the right to divide and transfer their interests, rights in land can be divided in at least three ways. First, and most obvious, land rights are divided spatially. (...)

Second, land rights can be divided temporally. (...)

Third, rights in land can be divided according to use. (...)"

No obstante lo anterior, no resulta claro cuándo puede decirse que una restricción a alguno de estos derechos puede calificarse como una "medida equivalente a una expropiación".

Un razonamiento que aporta contenido, puede esbozarse de lo expuesto por el autor Jeffrey Evans Stake, al señalar textualmente lo siguiente:

"The US Supreme Court's answer does not turn solely on the absolute or proportional degree of financial deprivation. The answer also depends in whether the regulation deprives the owner of an ongoing use. This portion of takings doctrine has been defended by Stake (1995) on the ground that depriving person of longstanding uses carries especially high costs, higher than would be recognized if the value of the loss were calculated by reference to the amount the owner's would be willing to pay to acquire the rights taken."³¹

Haciendo una adecuación al caso en concreto, podríamos señalar que de acuerdo con lo que expone este autor, una "medida equivalente a expropiación" se podría entender cuando existe una afectación a la propiedad pero no solamente en medida del grado (absoluto o proporcional), sino en base del valor de la pérdida infringida en la inversión.

Esta interpretación guarda coherencia con lo que la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de Norteamérica ha interpretado. En efecto, entre los años de

²⁹ Stake Jeffrey Evans, *Decompositions of property rights*, 1999., P. 34.

³⁰ Ibidem, Pp. 33 y 34.

³¹ Ibidem, P.34.

1871 a 1922, el Máximo Tribunal de ese País resolvió tres casos en los que se funda la actual doctrina respecto de lo que en dicha nación se entiende por el vocablo “taking”. Cada uno de los casos presenta nuevos paradigmas para el análisis.³²

c. Determinación de las medidas equivalentes a expropiación a través de tres criterios judiciales

1. Caso Pumpelly v. Green Bay Co. (Invasión) En este asunto, el dueño de un predio se quejó que la construir una presa que se conectó a un canal del Estado, causó una inundación permanente. Por su parte, el demandado señaló que la demanda no tenía fundamento puesto que nunca se le privó o se apropió de forma alguna. La Corte no estuvo de acuerdo con la defensa y dio el carácter de “taking” a la afectación sufrida.

En este caso la Corte abrió la puerta a la compensación en base a la destrucción del valor económico; sin embargo sólo fue aplicable cuando existiera una invasión física a una propiedad.

2. Caso Mugler v. Kansas (daño). Esta controversia versó respecto de una ley promulgada por el Estado de Kansas en 1887, en la que prohibía la manufactura y venta de alcohol. Mugler argumentó que el estado de Kansas al emitir esta ley le privaba el beneficio económico del uso de esta inversión.

La Corte resolvió que efectivamente Mugler había sufrido un daño en su propiedad, pero que el Estado de Kansas había legislado en protección de intereses individuales para evitar un daño. En este sentido, la Corte estableció que la propiedad privada debe estar entendida bajo la obligación de no usarse en perjuicio de la comunidad. Por estas razones el Estado no estaba obligado a ejercer una compensación.

3. Pennsylvania Coal v. Mahon (Impacto Económico). Este caso se trató de una demanda que la empresa Pennsylvania Coal Co. impugnó la “Kohler Act”, que prohibía a las minas de carbón realizar operaciones en las que se pudiera provocar hundimientos en estructuras, calles, etc. A juicio de la minera, esta limitación en sus derechos hacía nulo el valor de su inversión.

La Corte falló en favor de las empresas mineras estableciendo que era claro que el acto impugnado había cruzado una línea crítica, haciendo énfasis en el razonamiento de la magnitud de la pérdida del valor sufrido por la limitación a los derechos de la minera. En este sentido el Juez Holmes textualmente señaló:

“While property may be regulated to a certain extent, if regulation goes too far it will be recognized as a taking”³³

³² Cfr. Best Levisonson, Balkin, Amar Siegel, *Process of constitutional decisionmaking. Cases and Materials*, 5ta. Edición, Aspen Publishers Inc., New York, EUA 2006, P.p. 531 a 533.

³³ Op. Cit. P. 533.

No obstante es de señalar que en la sentencia no se estableció cuánto es el valor suficiente para señalar que una medida ha tenido el efecto de calificarse como “taking”.

Es de señalar que en los años ochentas, la Suprema Corte interpretó que el requisito de disminución del valor de la propiedad debería ser muy aproximada a la pérdida total. Al efecto el Máximo Tribunal textualmente señaló:

“A statute regulating the uses that can be made of property effects a taking if it ‘denies an owner economically viable use of his land’”

Derivado de las últimas resoluciones de la Suprema Corte Norteamericana, (*Mugler y Pennsylvania Coal*) se ha observado una contradicción en los principios o criterios expuestos, por lo que la doctrina, tomando en cuenta varias sentencias emitidas con posterioridad, ha establecido que para poder calificar si un acto, ley o medida puede considerarse como “taking” es menester hacer un análisis *ad hoc*.

Pero de cualquier manera, se puede señalar que una medida equivalente a la expropiación puede guardar una estrecha relación con la pérdida o menoscabo del valor patrimonial de los derechos o bienes objeto de la intervención estatal.

III. Aportaciones del análisis económico y financiero para determinar el concepto de medida equivalente a expropiación.

Tal y como adelantamos en los capítulos anteriores, una medida equivalente a expropiación debe entenderse en primer lugar como un acto del Estado. En mayor o menor medida esto es un consenso.

Sin embargo no puede considerarse correcto considerar que cualquier acción Estatal que tenga implicaciones en el valor de una inversión pueda tener como consecuencia una etiqueta de “medida equivalente a expropiación”. Lo anterior por dos razones principales.

La primera, es que en general cualquier acto emitido por el Estado, puede considerarse como una medida que afecte de alguna manera el valor de una empresa. Es decir, en términos eminentemente financieros y económicos, cualquiera actuar del Estado, (legislativo, ejecutivo o judicial), tendrá un efecto económico.

La segunda, es que debe tener un efecto expropiatorio; esto es un efecto en el cual se le despoje del valor de su inversión.

En otras palabras sostenemos que la actuación del Gobierno de una de las Altas Partes Contratantes en el TLCAN, puede calificarse como una “medida equivalente a expropiación” cuando el resultado de dicha actividad ocasione que al comparar la valuación de una inversión bajo las premisas de valor conocidas como “Valor como negocio en marcha” y “Valor de liquidación” sean indiferentes para establecer el valor justo del mercado en ese momento.

En efecto, una medida de expropiación no puede entenderse como un menoscabo al valor de una empresa, pues de ser así, el Estado receptor de la inversión se convertiría en un garante de rendimientos al capital foráneo, lo cual está lejos de lo que pretende ser un acuerdo de protección a la inversión extranjera.

En otras palabras, el efecto de la medida adoptada por el gobierno debe ser devastador para considerar que efectivamente se le privó del derecho de propiedad en alguna de sus modalidades.

Esta cuestión se preveía desde antes de la firma del TLCAN, tal y como lo señaló en su ensayo Gabriel Martínez, publicado en el libro “Lo negociado del TLC”, al apuntar textualmente lo siguiente:

“En forma más general, las expropiaciones y en general las limitaciones a la propiedad deben hacerse a valor presente neto de la inversión. Éste parece ser el espíritu del TLC, pero ello no es explícito, pues el texto se refiere al “valor justo de mercado”. El valor de un bien en su uso público difiere de su valor privado, así que la palabra “justo” en el texto del TLC debe interpretarse como “privado”. Es decir, se debe pagar el costo de oportunidad privado, no el valor de mercado del bien, el cual

puede ser superior debido a la expectativa de su uso público (de otra forma, se crea un uso público de valor inferior al privado, lo que seguramente es ineficiente). (...)"

(...)

Una vez que se adopta el principio de respetar el valor presente neto de las inversiones esto no crea ningún problema conceptual adicional. Por otro lado, si la disposición se aplica a expropiaciones y otras limitaciones "directas a la propiedad" pero no a regulaciones, se crea un incentivo a que un país con intenciones de expropiar prefiera imponer regulaciones desmesuradas que tendrán el mismo efecto económico de una limitación a la propiedad. Esta estrategia es costosa, pues utiliza instrumentos indirectos para conseguir los fines y su uso debería ser desincentivado para no desvirtuar el objetivo del texto legal. En este contexto, los mecanismos de solución de controversias tomarán un papel de largo plazo crucial para determinar la eficiencia del TLC.³⁴

Lo expuesto nos abre una puerta de análisis al ámbito económico financiero, para poder establecer un concepto dinámico sobre lo que podría entenderse como "valor" en una lógica de lo que el sistema jurídico mexicano denomina como concepto jurídico indeterminado.³⁵

A. El Valor de una Empresa

El "Valor" es un término muy ambiguo, con alta incidencia subjetiva. Este es un sesgo que tenemos que tomar en cuenta desde este momento. Por ello, como concepto indeterminable carecería de utilidad práctica obsequiar una definición que pretenda aplicarse de manera general e intertemporal.

Debido a lo anterior en este apartado sólo se propone un concepto de lo que en materia financiera puede entenderse valor de una empresa y la manera de determinarlo, pues en términos prácticos lo que aquí se pretende es esbozar una metodología que pueda dar algún tipo de certeza jurídica en la interpretación del artículo 1110 del TLCAN.

En este orden de ideas, el valor puede entenderse como la cualidad de las cosas por la cual se está dispuesto a pagar por su propiedad en virtud de su uso o su oferta y demanda relativa en el mercado.³⁶

³⁴ Kessel Georgina. (Compiladora), *Lo negociado del TLC. Un análisis económico sobre el impacto sectorial del Tratado Trilateral de Libre Comercio*, Ed. Mc Graw-Hill – ITAM, México, 1994, Pp. 57 y 58.

³⁵ CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS O FLEXIBLES. LA FALTA DE UNA DESCRIPCIÓN PORMENORIZADA DE LOS HECHOS O CIRCUNSTANCIAS ESPECÍFICAS DE MODO, TIEMPO Y LUGAR PARA VALORARLOS Y FIJAR SU ALCANCE Y SENTIDO ES UN HECHO QUE PUEDE SUBSANARSE AL MOMENTO DE APLICARLOS SIN QUE ELLO IMPLIQUE QUE LA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA PUEDA DICTAR SUS RESOLUCIONES EN FORMA ARBITRARIA. CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO. Amparo directo 46/2007. Rebeca Antonieta Hernández Luna. 14 de febrero de 2007. Unanimidad de votos. Ponente: Jean Claude Tron Petit. Secretario: Alfredo A. Martínez Jiménez. **Registro No.** 172068 **Localización:** Novena Época Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXVI, Julio de 2007 Página: 2472 Tesis: I.4o.A.594 A Tesis Aislada Materia(s): Administrativa.

³⁶ UNAM, Price Waterhouse Coopers, IMEF., *Valuación de empresas y creación. Nuevas formas de reportar sobre la creación de valor en las empresas*, IMEF, UNAM Facultad de Contaduría y Administración, México, 2002, P.2

De esta manera una inversión puede traducirse en un precio específico de acuerdo al valor que guarda en virtud de su oferta y demanda relativa en el mercado. En este sentido una intervención gubernamental puede incidir de manera artificial en su valor.

Es de señalar, que en el desempeño normal de las industrias y el actuar del Estado, la incidencia es muy constante, en algunos sectores inclusive hasta cotidiana, por ello el actuar Estatal debe verse de manera natural y sus efectos, generalmente incidirán de una empresa o inversión, a favor o en contra.

Lo preocupante es que la intervención Estatal tenga un efecto directo, de tal grado que la oferta o demanda relativa de la inversión valore en un precio igual o menor al valor de liquidación. Es decir que:

Ahora bien, el punto anterior nos ofrece la problemática inherente al concepto del valor de la inversión, en virtud de la ambigüedad y subjetivismo de un acto de valuación.

Aunque no es objeto de esta tesis establecer parámetros o metodologías para realizar una valuación de las empresas, consideramos importante hacer evidente que en la disciplina de la economía financiera ya hay mucho camino recorrido, por tanto recurriremos a ella a fin de exponer el concepto de valor de empresa (o inversión) y las técnicas que existen para su determinación.

a) Normas o definiciones del Valor³⁷

Existen diferentes definiciones de valor y el propósito de la valuación deberá determinar la definición apropiada de este término.

La definición de valor debe responder a la pregunta ¿valor para quién? La respuesta a esta pregunta deberá apoyar la definición del valor a usar y, por lo tanto, determinar la metodología de valuación a ser aplicada para caso específico.

En ocasiones la definición de valor debe determinarse por el contexto legal específico en el cual se lleve a cabo la valuación. Las definiciones de valor (con excepción de la de Valor Justo del Mercado) pueden variar de manera considerable, dependiendo del contexto legal en el cual se desarrollen.

1. Valor justo de mercado.- Es la definición de valor que se utiliza con más frecuencia en valuación de empresas y se puede entender como: El precio al cual una propiedad cambiaría de manos entre un comprador y un vendedor interesados, sin ninguna obligación de compra o de vender y ambos teniendo conocimiento razonable de los hechos relevantes.

³⁷ Ibidem, P. 18-21.

El valor justo del mercado hace referencia a un comprador y un vendedor hipotéticos, ambos interesados y bajo circunstancias de mercado y se define de la siguiente manera:

“El precio más probable por el cual una propiedad puede ingresar en un mercado abierto y competitivo, bajo todas las condiciones requeridas para realizar una venta justa; tanto el comprador como el vendedor actúan de manera prudente y racional y asumiendo que el precio no está afectado por ningún tipo de estímulo inapropiado”.³⁸

De esta manera, el precio o valor determinado debe obedecer exclusivamente a condiciones típicas del mercado y estar libre de cualquier consideración específica del comprador o vendedor.

Esta definición de valor asume las condiciones económicas y de mercado prevalecientes, a la fecha de valuación.

Es muy común que las definiciones de valor justo de mercado y de valor de mercado se utilicen indistintamente.

Implícitamente en esta definición se asume la consumación de la venta a una fecha determinada, así como la transferencia de propiedad, entre otras,:

- Tanto el comprador como el vendedor están interesados en la transacción;
- Ambas partes están bien informadas y asesoradas, y actuando dentro de lo que consideran sus mejores intereses;
- Un tiempo razonable de exposición al mercado abierto;
- El pago se realiza en efectivo o bajo algún otro tipo de arreglo financiero comparable; y
- El precio representa consideraciones normales para que la propiedad sea vendida, sin afectación por financiamientos especiales o diferentes, concesiones de ventas otorgados por alguna persona asociada con la transacción de venta.

2. Valor de inversión.- Es el valor de un inversionista, en lo individual, y tomando en cuenta circunstancias y consideraciones específicas.

El valor justo de mercado y el valor de inversión son conceptos diferentes; sin embargo, los valores estimados para cada uno de ellos pueden o no ser los mismos, esto dependerá de las circunstancias.

Las diferencias pueden estar determinadas por consideraciones específicas del actual o potencial dueño de la empresa en aspectos tales como estimaciones en la capacidad de generación de ingresos y/o utilidades, percepciones del grado de riesgo, sinergias con otras empresas u operaciones, etcétera.

³⁸ Cfr. Op Cit.

El valor de inversión es más común de encontrar en ejercicios de valuación basados en la aplicación de técnicas de flujos de efectivo descontados. Se estará ante un valor de inversión en la medida en que los supuestos utilizados para la obtención de resultados sean diferentes a los que utilizarían los participantes en el mercado general.

3. Valor intrínseco o fundamental.- Representa el valor que surge como resultado del análisis de las características de una inversión en particular, sin influencias de características particulares de un cierto inversionista.

Para determinar el valor intrínseco o fundamental, el inversionista analiza hechos, factores y variables relevantes que comúnmente se refieren a acciones, los cuales se consideran como ciertos o reales. Ejemplo: análisis fundamental utilizado en los mercados de valores para determinar el valor de las acciones.

El análisis fundamental considera que en cualquier momento existe un valor intrínseco básico para el mercado de valores en su conjunto, para diferentes empresas, o para acciones individuales y que dos valores dependen de factores económicos subyacentes.

El valor intrínseco determinado por el inversionista se convierte en valor justo de mercado cuando otros inversionistas llegan a los mismos valores.

Cuando el valor justo de mercado está por debajo del valor intrínseco obtenido por un analista financiero, se recomienda tomar una posición de compra respecto dicha acción. Si el valor justo de mercado está por arriba del valor intrínseco determinado, se recomienda tomar una posición de venta.

4. Valor justo.- Se define como el monto que compensará de manera justa al propietario de un activo que ha sido privado de manera involuntaria de algún beneficio derivado de su propiedad, en donde no existe comprador ni vendedor interesados.

En la práctica de valuación este concepto es determinado y utilizado principalmente en los Estados Unidos para cuestiones de tipo legal. Por ejemplo, en ciertos estados de dicho país, el valor justo se establece legalmente como la definición de valor a ser aplicada en ejercicios de valuación, en los cuales está de por medio una disputa entre accionistas de una empresa. Es necesario contar con asesoría legal para desarrollar un trabajo de valuación sobre estas bases.

De lo expuesto en este numeral, debemos señalar que para efectos del TLCAN, debe definirse el valor de la inversión utilizando el valor justo del mercado, debido a que esta es la referencia del propio artículo 1110, al señalar textualmente lo siguiente:

“2. La indemnización será equivalente al valor justo de mercado que tenga la inversión expropiada inmediatamente antes de que la medida expropiatoria se haya

llevado a cabo (fecha de expropiación), y no reflejará ningún cambio en el valor debido a que la intención de expropiar se conoció con antelación a la fecha de expropiación. Los criterios de valuación incluirán el valor corriente, el valor del activo (incluyendo el valor fiscal declarado de bienes tangibles), así como otros criterios que resulten apropiados para determinar el valor justo de mercado.”

Si bien, el concepto es utilizado para calcular la indemnización, también es dable señalar que definir a la inversión en estos términos resulta cuando menos equitativo, toda vez que mediante esta definición la inversión tendrá un precio calculado en condiciones transparentes, es decir, con información perfecta, lo cual propicia que el valor de la inversión sea calculada al precio que el mercado señale, tomando en cuenta todas y cada una de las peculiaridades que revista la inversión, como puede ser la afectación de la medida Estatal.

b) Premisas de valor

Las premisas de valor constituyen un conjunto de supuestos bajo los cuales se desarrollará el ejercicio de valuación.

El valuador, basado en su experiencia y juicio, es normalmente el responsable de tomar la decisión sobre la premisa de valor a ser aplicada, así como del resultado del análisis de las circunstancias específicas.

Las principales circunstancias que pueden ser utilizadas como premisas de valor son las siguientes:

1. Valor como negocio en marcha.- Valor en uso continuo, considerando a la empresas en cuestión como un conjunto de activos tangibles e intangibles integrados y que interactúan entre sí produciendo beneficios económicos. Ésta es la premisa de valor más comúnmente utilizada en la práctica de la valuación y dentro de la actividad de fusiones y adquisiciones.

Bajo esta premisa de valor se asume que la empresa en cuestión continuará en operaciones en el futuro.

2. Valor como parte de un conjunto de activos.- Valor que surge de considerar el activo en cuestión como parte de un conjunto de activos, pero que no generan beneficio económico.

3. Valor de liquidación.- Algunos autores hacen referencia a este concepto como un método a ser aplicado a un enfoque de valuación (por ejemplo: enfoque a costos) más que una premisa de valor. El concepto de valor de liquidación considera que la empresa terminará sus operaciones en el futuro y en un plazo relativamente corto y que sus activos, en conjunto o por separado, podrán ser vendidos o se dispondrá de ellos de alguna otra forma. El valor de liquidación se determina bajo cualquiera de las siguientes premisas:

- Liquidación ordenada. Vender o disponer de los activos en conjunto o por separado bajo un periodo razonable que permita obtener el máximo valor posible por cada uno de ellos.
- Liquidación forzada. Vender o disponer de los activos en conjunto o por separado de la manera más rápida posible bajo un periodo menor de lo normal sin importar ni considerar el valor resultante.

Los mismos autores señalan que los ejercicios de valuación de alguna empresa en particular pueden realizarse bajo cualquiera de las premisas de valor anteriores y los resultados obtenidos podrían ser diferentes entre sí. En ocasiones, será necesario realizar ejercicios de valuación de una empresa en particular bajo diferentes premisas de valor.

Un ejemplo de lo anterior, al valorar una empresa en circunstancias de baja rentabilidad, o bien con otro tipo de problemas o contingencias podría ser necesario realizar ejercicios de valuación bajo diferentes premisas de valor:

- Bajo la premisa de valor como negocio en marcha, o
- Bajo la premisa de valor de liquidación ordenada.

Lo anterior, con el objeto de asegurar que el valor resultante bajo la premisa de liquidación ordenada no resulte superior al valor obtenido bajo la aplicación de la premisa como negocio en marcha.

Tomando en cuenta las premisas de valor expuestas, podemos establecer que si como consecuencia de una intervención estatal del país huésped o receptor, una inversión extranjera cambia su valor justo de mercado en una cantidad o precio cuyo “valor de negocio en marcha” equivale al “valor de liquidación”, podremos decir que la medida del Estado fue equivalente a una expropiación, pues tuvo el efecto de efectivamente privarlo del valor de la inversión.

Es de señalar que esta aproximación ya ha sido adoptada en resoluciones emitidas en arbitrajes internacionales.

APARTADO II. EXPOSICIÓN DE ANÁLISIS DE CASOS

CAPÍTULO XI DEL TLCAN

I. Introducción

Este capítulo tiene el objetivo de exponer un análisis sobre lo que diversos Tribunales Arbitrales constituidos con fundamento en el Capítulo XI del TLCAN, han conceptualizado por el término “medida equivalente a expropiación”, con el objetivo de establecer si existen elementos comunes.

Para la elaboración de este capítulo se tomaron en consideración sólo los casos en los que el Gobierno de México fue señalado como Estado receptor de la inversión respecto de inversiones cuyo origen es Estados Unidos de Norteamérica, con el objeto de limitar la institución en estudio.

A. Metodología

Se expone el análisis en los siguientes rubros: A) Antecedentes; B) Litis; C) Análisis de la interpretación del artículo 1110 del TLCAN; y D) Consideraciones.

En el primer punto se ofrece de manera general los antecedentes fácticos que dieron origen a la controversia entre el inversionista y el Estado Mexicano; en el segundo se ofrece un resumen de la litis planteada, también en términos generales; en el tercer elemento se ofrece un resumen de los elementos que tomó en consideración el Panel Arbitral para establecer un estándar de interpretación del artículo 1110 del TLCAN; y en el último punto me permito hacer comentarios respecto de los tres elementos anteriores, tratando de resaltar los elementos específicos que el Panel Arbitral tomó en consideración al momento de emitir su laudo, relativos al término “medida equivalente a expropiación”.

A la fecha en que se terminó de elaborar este capítulo se habían concluido los siguientes 13 casos de arbitraje del Capítulo XI del TLCAN, en donde el Estado Mexicano fue demandado³⁹:

B. Selección de casos

- Azinian
- Metalclad Corporation
- Waste Management Inc. I
- Marvin Roy Feldman Karpa
- Técnicas Medioambientales, S.A.
- Fireman's Fund Insurance Company
- GAMI Investments, Inc.
- Thunderbird
- Bayview
- Archer Daniels Midland Co. y Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc.
- Gemplus, S.A. y Talsud, S.A.

³⁹ http://www.economia.gob.mx/swb/es/economia/p_Solucion_Controversias_InvEdo

- Waste Management Inc II
- Corn Products International, Inc.

De esos 13 casos en este trabajo sólo se realizó el análisis de los siguientes 9 casos:

- Azinian
- Metalclad Corporation
- Waste Management Inc. I
- Marvin Roy Feldman Karpa
- Fireman's Fund Insurance Company
- GAMI Investments, Inc.
- Thunderbird
- Corn Products International
- Archer Daniels Midland Co. Y Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc.

Se excluyeron los 4 restantes porque no eran representativos, por las siguientes razones:

Técnicas Medioambientales.- El caso se refirió a una controversia que existió entre la empresa Cytrat S.A. de C.V., una subsidiaria de la empresa española Tecmed y diversas disposiciones emitidas por el Instituto Nacional de Ecología respecto de residuos tóxicos en una ciudad de Hermosillo, Sonora.⁴⁰

No se tomó en consideración para el presente trabajo debido a que el inversionista es una empresa española y por tanto el procedimiento no se llevó en términos del Capítulo XI del TLCAN sino del Acuerdo de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones.

Waste Managment II.- El caso involucró a una empresa estadounidense denominada Waste Managment, quien reclamó violaciones al TLCAN en virtud de que el Ayuntamiento de Acapulco, en el Estado de Guerrero dejó de efectuar pagos por el servicio de recolección de basura y operación de un relleno sanitario.

Aunque el inversionista era de nacionalidad estadounidense, el Tribunal Arbitral resolvió desechar la denuncia, por lo que no entró al análisis de los artículos que interesan para los efectos de este trabajo terminal.

Bayview.- La reclamación versó sobre una violación por parte de México al tratado bilateral de aguas con Estados Unidos. En este caso diversos agricultores estadounidenses del Estado de Texas, señalaron que México tuvo retenida más agua de la que tiene derecho por virtud del Tratado mencionado.

Este asunto no se tomó en consideración en virtud de que el Panel Arbitral señaló que no tuvo competencia respecto de la diferencia sometida.

⁴⁰ No obstante que no se desarrolla de manera puntual, se hará referencia a elementos sustanciales relacionados con el fondo de este trabajo en virtud de que varios puntos de esta resolución han sido citados por otros Paneles creados en términos del Capítulo XI del TLCAN.

Gemplus, S.A. y Talsud, S.A.- El caso involucró una diferencia entre una empresa denominada Talsud y Gemplus, empresas con capital argentino y francés respectivamente y la Secretaría de Economía, por no haberse podido operar el registro nacional de vehículos (Renave), concesión que dichas empresas ya habían ganado y adjudicado.

No se tomó en consideración para el presente trabajo debido a que los inversionistas son empresas con capital Argentino y Francés y por tanto el procedimiento no se llevó en términos del Capítulo XI del TLCAN.

II. ROBERT AZINIAN, KENNETH DAVITIAN Y ELLEN BACA (Azinian)⁴¹

A. Antecedentes

Robert Azinian, Kenneth Davitian y Ellen Baca, todos ciudadanos de Estados Unidos de Norteamérica, iniciaron un procedimiento a la luz del capítulo XI del TLCAN en su carácter de accionistas de la sociedad mexicana denominada “Desechos Sólidos de Naucalpan, S.A. de C.V.” (en adelante Desona).

Desona era titular de un contrato de concesión relativo a la recolección y eliminación de basura en la ciudad de Naucalpan de Juárez, Estado de México (en adelante Naucalpan).

En 1992 se realizaron varias comunicaciones entre Robert Azinian quien se ostentaba como presidente de una empresa norteamericana denominada “Global Waste Industries, Inc” (en adelante Global Waste) y el presidente municipal de Naucalpan, Estado de México. En tales comunicaciones el Sr. Robert Azinian ofreció los servicios de recolección de desechos sólidos en la localidad de Naucalpan. En dichas comunicaciones el Sr. Robert Azinian afirmó:

- a) Que la empresa reemplazaría el equipo de recolección que en esos momentos tenía el Municipio de Naucalpan por una tecnología avanzada de desechos sólidos, incluidos los vehículos de recolección, los que serían a prueba de agua y contenedores metálicos.
- b) Que invertiría aproximadamente USD\$20,000,000.00 (veinte millones de dólares americanos 00/100) para implementar un sistema de recolección, transporte y procesamiento higiénico eficiente. De la cantidad mencionada 50% se destinaría para la adquisición de equipamiento de recolección.
- c) Que Global Waste cuenta con más de cuarenta años de experiencia en servicios de recolección a residencias, comercios e industrias en la ciudad de los Ángeles, en el estado de California en Estados Unidos de Norteamérica.

⁴¹ El Tribunal Arbitral que conoció de este asunto quedó debidamente constituido el 26 de septiembre de 1997, quedando integrado por Jan Paulsson (Presidente), Benjamín R. Civiletti y Claus Von Wobeser. Se desahogó a través del procedimiento instituido por las Reglas de Mecanismo Complementario del CIADI.

Lo anterior sirvió para crear en el ánimo del presidente municipal y de la legislatura local de Naucalpan la idea de que Desona utilizaría lo anterior y aprovecharía la experiencia de Global Waste para mejorar el servicio de recolección, transporte y procesamiento de los desechos sólidos.

El 15 de agosto de 1993 se publicó en la gaceta oficial del municipio de Naucalpan la aprobación legislativa del Contrato de concesión propuesto abriendo un término de 90 días para su firma, por lo que el 15 de noviembre de ese mismo año se firmó el contrato de concesión. Dos días después, Desona comenzó la recolección de residuos comerciales e industriales, utilizando dos vehículos de carga frontal reacondicionados.

El 13 de diciembre de 1993 Desona inició la recolección de residuos en la sección de Satélite, en Naucalpan, pero no suministró los cinco vehículos de carga trasera previstos en el programa de operaciones del Contrato de Concesión. Hasta la terminación del Contrato de concesión, los dos vehículos iniciales de carga frontal permanecieron como las únicas unidades de los setenta vehículos que en el Contrato de concesión se acordó que serían puestos en servicio por Desona.

En los meses de enero y febrero de 1994, la presidencia municipal de Naucalpan solicitó se celebraran reuniones respecto de la ejecución del Contrato de concesión, toda vez que el Municipio estaba preocupado por la ausencia de vehículos nuevos. Desona señaló que el problema para cumplir con el funcionamiento de los vehículos prometidos se debía a problemas en conseguir permisos de importación de dichos vehículos.

El 7 de marzo de 2004, la presidencia municipal de Naucalpan decidió informar a Desona la actualización de 27 irregularidades al cumplimiento del contrato de concesión.

El 21 de marzo de 2004, la presidencia municipal de Naucalpan anuló el contrato de concesión, por lo que Desona decidió demandar la nulidad del acto a través del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Estado de México. El 4 de julio de 1994, se emitió sentencia en la que se desestimaron los argumentos de Desona, por lo que se decretó la nulidad del contrato de concesión.

El 13 de julio de 2004, Desona presentó recurso de reclamación ante la Sala Superior del Tribunal de lo Contencioso Administrativo quien decretó la legalidad de la anulación del contrato de concesión.

El 10 de diciembre de 2004, Desona promovió un juicio de amparo directo ante un Tribunal Colegiado de Circuito del Poder Judicial de la Federación, quien resolvió en el sentido de negar el amparo a Desona.

El 17 de marzo de 1997, los accionistas de Desona, iniciaron el procedimiento arbitral contra el Gobierno de México, con base en el Capítulo XI del TLCAN.

El uno de noviembre de mil novecientos noventa y nueve el Tribunal Arbitral emitió su resolución fallando en favor de México.

B. Litis

Robert Azinian y los demás accionistas señalaron en su escrito de demanda que la revocación del contrato de concesión por parte del Municipio de Naucalpan fue injusta y violatoria de los artículos 1110 (expropiación e indemnización) y 1105 (Nivel mínimo de trato) del TLCAN.

Es importante mencionar que el Tribunal Arbitral consideró que el TLCAN no permite a los inversionistas recurrir al arbitraje contemplado en el capítulo XI de dicho tratado por incumplimientos contractuales; si así se hiciera, el TLCAN estaría estableciendo un tribunal de controversias internacionales de carácter mercantil.

No obstante, el Tribunal Arbitral consideró que las reclamaciones no se limitaban al mero cumplimiento contractual, sino que había que analizar si el incumplimiento contractual implicó una expropiación directa de los derechos contractuales de Desona y/o una expropiación indirecta de Desona.

C. Análisis de la interpretación a los conceptos contenidos en el artículo 1110 del Capítulo XI del TLCAN

El Tribunal Arbitral consideró que para resolver el asunto era necesario analizar si el acto de nulidad del contrato de concesión podía ser considerado como un acto de expropiación en infracción del artículo 1110 del TLCAN.

Además, el Tribunal Arbitral también tomó en consideración que la legalidad de la nulidad del contrato de concesión había sido objeto de revisión por Tribunales Locales por lo que señaló que para emitir resolución no bastaba con analizar la resolución tomada por el Municipio de Naucalpan, sino que además debían considerarse si las decisiones de los Tribunales mexicanos fueron acordes con las obligaciones de México con arreglo al Capítulo XI del TLCAN.

Lo anterior desde la perspectiva de que un tribunal internacional a quien se solicite una revisión sobre el cumplimiento de un tratado internacional por parte de un gobierno no puede decretarse improcedente por el solo hecho de que sus tribunales nacionales o internos hayan conocido y confirmado los actos de las autoridades en cuestión, en razón de que en el Derecho Internacional la responsabilidad del Estado por una violación debe extenderse a todos sus órganos, inclusive la organización judicial.

Cabe mencionar que Tribunal Arbitral fue mesurado respecto a la revisión de las resoluciones judiciales, pues al inicio de su motivación señaló que la revisión realizada no debía entenderse en el sentido de crear una instancia internacional

para revisar las sentencias judiciales de tribunales internos. Por el contrario, lo que se analizaba era si la propia decisión judicial constituye una infracción de un tratado.

En el caso en concreto el Tribunal Arbitral dejó en claro que aún si los demandantes comprobaran que el Municipio de Naucalpan actuaron incorrectamente con respecto a la nulidad del contrato de concesión, ello no constituiría *per se* una infracción al TLCAN. Se necesitaría más; los demandantes debían acreditar la existencia de una denegación de justicia o una pretensión de forma para conseguir un fin internacionalmente ilícito⁴².

El Tribunal Arbitral consideró que para alegar una denegación de justicia debían darse alguno de estos supuestos:

- i. Si un Tribunal competente se negara a conocer del asunto;
- ii. Si en la sustanciación del procedimiento existiera una demora indebida;
- iii. Si se administrara justicia de modo seriamente inadecuado;
- iv. La aplicación incorrecta de una ley en forma clara y maliciosa.

De esta manera, lo que debían probar los demandantes era que las pruebas ofrecidas durante los juicios seguidos ante diversas instancias del poder judicial mexicano fueron insustanciales o carentes de base legal por lo que las sentencias resultaban ser arbitrarias o maliciosas.

El Tribunal Arbitral concluyó que en el presente caso "... existieron pruebas suficientes para despejar cualquier duda que pudiera ensombrecer la buena fe de las sentencias mexicanas. Sus conclusiones no pueden considerarse en modo alguna arbitrarias y mucho menos maliciosas."⁴³

Por lo anterior, se concluyó que la nulidad del contrato y su rescisión realizada por el Municipio de Naucalpan fue legal tal y como lo sostuvieron las diversas sentencias emitidas por las diversas instancias judiciales; y dichas resoluciones no se consideran violatorias a las disposiciones contenidas en el TLCAN.

D. Consideraciones

Esta decisión arbitral ofrece varios puntos interesantes para poder establecer qué se entiende por medida equivalente a una expropiación.

⁴² Hay que tener en consideración que los demandantes no objetaron la actuación de los tribunales mexicanos. Sin embargo debido a que el Tribunal Arbitral consideró que esta circunstancia era fatal para dilucidar si existía o no una medida equivalente a expropiación, toda vez que si no existía objeción respecto a la decisión de un tribunal competente sobre la nulidad con base a la ley mexicana, no habría por definición contrato a expropiar.

⁴³ Robert Azinian et al c. Gobierno de Estados Unidos Mexicanos; Laudo Arbitral; 1° de noviembre de 1999; pag. 31; párrafo 103;

http://www.economia.gob.mx/work/sncl/negociaciones/Controversias/Casos_México/Robert_Azinian.htm

En primer lugar, el Tribunal toma en consideración una definición tomada del libro “Principles of Public International Law” cuyo autor es el profesor Brownline 5ª edición, 550⁴⁴ en la que señala que un incumplimiento contractual constituye una expropiación si el Estado ejercita su autoridad ejecutiva o legislativa para destruir los derechos contractuales como un activo.

En el caso de referencia los demandantes trataron de demostrar que la rescisión del contrato de concesión realizada por el Municipio de Naucclapan constituyó una expropiación directa de los derechos contractuales de Desona, y por sus efectos, una expropiación indirecta de Desona.

No obstante, el Tribunal señaló que estas definiciones aportadas no indicaban las bases con las cuales debe hacerse una distinción entre expropiación e incumplimiento contractual ordinario.

De lo expuesto, se observa que a lo largo de la motivación del Tribunal no existe la aportación de un concepto sobre lo que debe entenderse por medida equivalente a expropiación.

En la disertación realizada por el Tribunal, no se aprecian comentarios concluyentes sobre si la rescisión del contrato de concesión fue un acto expropiatorio, ni tampoco determinó cuáles serían los elementos necesarios para considerar una rescisión de contrato público como una medida equivalente a expropiación.

En todo caso, el análisis del Tribunal descansó en el argumento de que el acto de rescisión fue convalidado por diversas instancias del poder judicial mexicano, razón por la cual se concluye que lo que efectivamente revisó el Tribunal es si la decisión que convalidó la nulidad del acto violentaba lo dispuesto por el capítulo XI del TLCAN.

De esta manera y para efectos de esta tesina se puede observar que para determinar la existencia de una medida equivalente a expropiación, el Tribunal Arbitral se refirió a los siguientes supuestos:

- a) La existencia de una rescisión de un contrato público de manera unilateral por parte del Estado, siempre que dicha rescisión resulte confiscatoria;
- b) Si un Estado ejercita su autoridad ejecutiva o legislativa para destruir derechos contractuales como un activo; y
- c) Si las decisiones de los Tribunales Judiciales de un Estado infringen las obligaciones de un país miembro del TLCAN con arreglo al Capítulo XI del TLCAN, o si dichos Tribunales deniegan justicia a un inversionista de otra Parte mediante cualquiera de las siguientes conductas:
 - i. Si alguno de los Tribunales que hubiera sido competente se negó a conocer del asunto;

⁴⁴ Idem. Pag. 27; párrafo 89.

- ii. Si en la sustanciación de cualquiera de los procedimientos existió una demora indebida;
- iii. Si se administró justicia de modo seriamente inadecuado;
- iv. Si se aplicó de manera incorrecta de una ley en forma clara y maliciosa.

Es importante señalar que el Tribunal Arbitral que conoció de este asunto se constriñó a realizar un análisis de lo resuelto por los órganos jurisdiccionales, sin hacer un análisis formal de los presupuestos necesarios para considerar que un acto administrativo o legislativo destruye derechos contractuales como un activo.

Por lo que hace a las consideraciones de denegación de justicia resulta importante detenerse para interpretar lo que se entiende por “administrar justicia de modo inadecuado” así como analizar lo que se entiende “aplicar de manera incorrecta de una ley en forma clara y maliciosa”.

Si bien es cierto en la propia resolución el Tribunal Arbitral claramente señaló que el procedimiento de solución de controversias que obra en el Capítulo XI no debe entenderse como una instancia de revisión judicial.

Sin embargo las acepciones que se señalan en párrafos anteriores, podrían inducir a un Tribunal Arbitral al análisis de las resoluciones emitidas por alguna jurisdicción a fin de determinar si la justicia se administró de modo adecuado o si la interpretación de una ley se hizo de manera maliciosa, para así estar en posibilidad de determinar la existencia de la realización de una “medida equivalente a expropiación” por parte de un Estado. En estos escenarios estaríamos, quizá involuntariamente, ante un órgano más de revisión judicial.

De lo analizado y expuesto a lo largo de este punto podemos concluir que “una medida equivalente a expropiación” puede ser cometida por cualquiera de los poderes en los que se divide el Estado Mexicano: Ejecutivo, Legislativo y Judicial.

III. METALCLAD CORPORATION (Metalclad)⁴⁵

A. Antecedentes

En el año de 1990, el gobierno federal mexicano autorizó a una empresa mexicana denominada Confinamiento Técnico de Residuos Industriales, S.A. de C.V. (Coterin), la construcción y operación de una planta para el tratamiento de residuos peligrosos en un predio denominado “La Pradera”, localizado en el municipio de Guadalcázar en el Estado de San Luis Potosí.

Tres meses después del otorgamiento del permiso de construcción, Metalclad, empresa norteamericana constituida de conformidad con las leyes de Delaware

⁴⁵ El Tribunal Arbitral que conoció de este asunto quedó debidamente constituido el 19 de mayo de 1997, por Sir Elihu Lauterpacht (Presidente), Benjamín R. Civiletti y José Luis Siqueiros. Se desahogó a través del procedimiento instituido por las Reglas de Mecanismo Complementario del CIADI.

firmó un contrato de opción a compra de Coterín (incluyendo los permisos adquiridos previamente).

El 11 de junio de 1993, representantes de Metalclad se reunieron con el entonces gobernador de San Luis Potosí con el objeto de discutir la viabilidad del proyecto, teniendo como acuerdo de dicha reunión que el gobierno del Estado apoyaría la construcción de un confinamiento de residuos peligrosos.

El 10 de agosto de 1993, Coterin obtuvo los permisos federales necesarios para la construcción y operación del confinamiento de residuos tóxicos, contando además con estudios de impacto ecológico realizado por la Universidad Autónoma de San Luis Potosí y de la Procuraduría Federal de para la Protección del Ambiente de México. En virtud de dichos permisos, el 10 de septiembre del mismo año Metalclad ejerció su derecho de opción a compra de Coterin, el sitio del confinamiento y los permisos respectivos.

En mayo de 1994, Metaclad comenzó la construcción del confinamiento. En octubre de ese mismo año el Municipio de Gualdalcazar ordenó el cese de toda actividad debido a la falta del permiso municipal de construcción. Cabe mencionar que dicha construcción continuó abierta y sin interrupción durante todo el año de 1994; inclusive autoridades federales y estatales visitaron en diversas ocasiones las instalaciones a fin de verificar los avances del proyecto.

Metalclad terminó la construcción en marzo de 1995, por lo que realizó un “evento de puertas abiertas” a manera de inauguración. Manifestantes impidieron la inauguración.

Como resultado de lo anterior, Metalclad y el Estado Mexicano celebraron un convenio que establecía y permitía la operación del confinamiento; a dicha negociación no asistió el gobierno de San Luis Potosí.

El 5 de diciembre de 1995 (13 meses después de que Metalclad presentara su solicitud para obtener el permiso de construcción), se emitió un oficio por el que negó el otorgamiento de la solicitud realizada. Es importante señalar que no obra constancia de que el municipio haya efectuado alguna consideración respecto de la construcción del confinamiento durante los 13 meses que estuvo en trámite la solicitud.

Durante los meses de mayo a diciembre de 1996, Metalclad y el gobierno del Estado de San Luis Potosí intentaron resolver los asuntos relativos a la operación del confinamiento. Estos esfuerzos fracasaron y el 2 de enero de 1997 Metalclad inició el procedimiento de arbitraje en contra del Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos, de conformidad con el Capítulo XI del TLCAN.

El 30 de agosto de 2000, el Tribunal Arbitral emitió su laudo en el que consideró que México a través de sus gobiernos locales, expropió indirectamente la inversión

de Metalclad sin mediar indemnización, violando así lo dispuesto por el artículo 1110 del TLCAN.

B. Litis

Metalclad sostuvo que México, a través de sus gobiernos locales (Gobierno de San Luis Potosí y Municipio de Guadalcázar) interfirió e impidió la operación por parte de Metalclad del confinamiento realizándose así una violación a los artículos 1105 y 1110 del Capítulo XI del TLCAN.

Es importante señalar que Tribunal Arbitral hizo especial referencia al hecho de que los actos realizados por órganos administrativos, independientemente de su nivel (Federal, Estatal o Local), pueden ser objeto de responsabilidad internacional independientemente de que el órgano que emitió el acto se haya excedido en sus funciones de conformidad con el derecho interno o haya contravenido las instrucciones concernientes a su ejercicio.

C. Análisis de la interpretación a los conceptos contenidos en el artículo 1110 del Capítulo XI del TLCAN

El Tribunal Arbitral consideró que para analizar la violación al artículo 1110 del TLCAN, era necesario relacionarlo con la violación realizada por el Estado Mexicano a lo dispuesto en el artículo 1105 (Nivel de Trato), pues a juicio de dicho órgano juzgador al permitir o tolerar la conducta de Guadalcázar y del Estado de San Luis Potosí, México dio un trato injusto e inequitativo a Metalclad, por lo que al participar o admitiendo la denegación del derecho del inversionista para operar el confinamiento tuvo que interpretarse en el sentido de que los Estados Unidos Mexicanos adoptaron una medida equivalente a una expropiación violando así el artículo 1110 (1) del TLCAN.

En términos generales, el Tribunal Arbitral consideró que existió una violación al artículo 1105(1) del TLCAN pues México no cumplió con asegurar un marco transparente y previsible para la planeación del negocio e inversión de Metalclad. Además, de que el trato otorgado por el Estado de San Luis Potosí y del Municipio de Guadalcázar no se realizó de conformidad con los requerimientos del artículo 1105(1) toda vez que a juicio del tribunal arbitral no se otorgó a las inversiones de los inversionistas un trato acorde con el Derecho Internacional, incluyendo un Trato Justo y Equitativo.

Ahora bien, por lo que hace a la metodología que utilizó el Tribunal Arbitral para llegar a su conclusión podemos señalar que comenzó con una interpretación gramatical de lo dispuesto por el artículo 1110, el cual, por incidir en el objeto central de este documento, se inserta a la letra:

“102. El artículo 1110 del TLCAN establece que “[n]inguna de las Partes podrá directa o indirectamente ... expropiar una inversión ... o adoptar una medida equivalente ... a una 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 (a); y (d) mediante indemnización ...”. “Una medida” se define en el artículo 201 (1) como aquella que incluye “cualquier ley, reglamento, procedimiento, requisito o práctica”.

103. Por lo tanto, la expropiación en el TLCAN incluye no sólo la confiscación de la propiedad de manea abierta, deliberada y con conocimiento de causa, tal como una confiscación directa o una transferencia formal u obligatoria de títulos a favor del Estado receptor, pero también una interferencia disimulada o incidental del uso de la propiedad que tenga el efecto de privar, totalmente o en parte significativa, al propietario del uso o del beneficio económico que razonablemente se esperaría de la propiedad, aunque no necesariamente en beneficio obvio del Estado receptor.”⁴⁶

De lo transcrito se destaca que el Tribunal Arbitral entendió por “medida equivalente a expropiación” a toda interferencia disimulada o incidental del uso de propiedad que tenga el efecto de privar totalmente o en parte significativa al propietario del uso o del beneficio económicamente que razonablemente se esperaría de la propiedad.

En el caso que nos ocupa, cuando el Municipio de Guadalcázar negó el permiso de construcción local por las razones ambientales y la conveniencia geológica lo hizo, a juicio del Tribunal Arbitral, en exceso a su competencia. Este hecho relacionado con las manifestaciones del gobierno federal mexicano en las cuales se basó Metalclad para poner en marcha sus actividades de construcción, fueron suficientes para considerar que estos actos equivalen a una expropiación indirecta.

Ligando las premisas que se señalan en los dos párrafos anteriores podemos decir, que a juicio del Tribunal Arbitral, el Estado Mexicano expropió indirectamente derechos de Metalclad al privarlo del beneficio económico de construir y operar un confinamiento de residuos tóxicos en el predio denominado “La Pradera”, localizado en el municipio de Guadalcázar en el Estado de San Luis Potosí.

D. Consideraciones

El Tribunal Arbitral determinó responsable al Estado mexicano no solamente por haber expropiado de manera abierta y deliberada la propiedad de Metalclad, sino también, por la interferencia disimulada o incidental del uso de la propiedad, lo cual ocasionó que al propietario se le privara durante ese tiempo, del beneficio económico que razonablemente esperaría del uso de su propiedad.

⁴⁶ Metalclad Corporation y Estados Unidos Mexicanos; Laudo Arbitral; Caso ARB(AF)/97/1; pag. 30; párrafos 102 y 103; http://www.economia.gob.mx/work/sncl/negociaciones/Controversias/Casos_México/Metalclad/Metalclad.htm

i) En este caso, el hecho del que el gobierno mexicano permitiera y tolerara las actuaciones de las autoridades municipales que impedían la operación del confinamiento, se consideraron medias equivalentes a expropiación.

Por último, el Decreto Ecológico emitido por el gobernador del Estado, en el que se estableció que el área en el que se cimentaría el confinamiento sería una reserva ecológica, se consideró como un acto equivalente a expropiación.

ii) De igual manera, es de tomar en consideración que el Tribunal Arbitral sí otorgó un concepto de lo que debe entenderse por medida equivalente a expropiación. Este Tribunal señaló que una “medida equivalente a expropiación” es toda interferencia disimulada o incidental del uso de propiedad que tenga el efecto de privar totalmente o en parte significativa al propietario del uso o del beneficio económicamente que razonablemente se esperaría de la propiedad.

Como se puede observar esta definición contiene elementos gramaticalmente vagos o ambiguos, por lo que la adecuación de la definición a un determinado acto puede estar afectados de estas características.

En otras palabras cualquier limitación que el Estado en ejercicio de sus funciones pueda limitar a un particular de un beneficio económico que razonablemente esperaba (sin que se señalen parámetros a este supuesto), estaríamos ante la comisión de una “medida equivalente a expropiación”.

IV. MARVIN FELDMAN (Feldman)⁴⁷

A. Antecedentes

Este caso se ocupa de las devoluciones al Impuesto Especial Sobre Producción y Servicios (IEPS). Este impuesto grava la producción y venta de cigarros en el mercado local.

Según la Ley del IEPS de 1991, ciertas actividades generaban una obligación tributaria, entre ellas, la venta en el mercado local así como la importación y exportación de ciertos bienes especificados en el mismo texto de la Ley, señalando las tasas que le corresponde a cada uno de los productos gravados.

En el caso de las ventas locales y la importación de cigarros, la tasa impositiva fue de 139.3% entre 1990 y 1994 y del 85% entre 1995 y 1997. Sin embargo la tasa del IEPS sobre la exportación de cigarros entre 1990 y 1997 fue del 0%. En la mayoría de los casos, cuando se compraban cigarros en México a un precio que incluía el impuesto y posteriormente esos eran exportados, podía devolverse el monto correspondiente al impuesto inicialmente pagado.

⁴⁷ El Tribunal Arbitral que conoció de este asunto quedó debidamente constituido el 18 de enero de 2000, quedando integrado por Konstantinos D. Kerameus (Presidente), Jorge Covarrubias Bravo y David A. Gantz. Se desahogó a través del procedimiento instituido por las Reglas de Mecanismo Complementario del CIADI.

En el año de 1990 la empresa Corporación de Exportaciones Mexicanas, S.A. de C.V. (CEMSA)⁴⁸ comenzó a exportar cigarros y la Secretaría de Hacienda y Crédito Público (SHCP) pagó al demandante la totalidad de las devoluciones de la Ley del IEPS correspondientes al ejercicio 1990 a 1991.

En 1991, se reformó el artículo 2, fracción III de la Ley del IEPS que especificaban que, conforme a los términos de la legislación aduanera, correspondía aplicar una tasa del 0% a las exportaciones definitivas realizadas por productores y envasadores de bienes, siempre y cuando cumplieran con una serie de requisitos emitidos por la SHCP. Feldman, en su carácter de revendedor no cumplía con las condiciones exigidas para obtener las devoluciones.⁴⁹

Según el demandante la reforma a la Ley del IEPS tuvo como propósito otorgar devoluciones del IEPS únicamente a las exportaciones efectuadas por productores de cigarros (tales como una empresa denominada CIGATAM, controlada por el empresario Carlos Slim), pero a la vez para denegarlas en caso de exportaciones realizadas por revendedores de cigarros, tales como CEMSA.

Inconformes con las reformas realizadas por la SHCP, en febrero de 1991, Feldman presentó un juicio de amparo ante los Tribunales Federales de nuestro País, impugnando la constitucionalidad del Artículo 2, fracción III de la Ley del IEPS.

En abril de mil 1991, el Tribunal Quinto de Distrito en Materia Administrativa del Primer Circuito le otorgó el amparo, en contra de los actos efectuados por la SHCP toda vez que dicha dependencia gubernamental no estaba facultada para emitir o modificar los reglamentos fiscales. Contra esta resolución tanto la SHCP y Feldman interpusieron el recurso administrativo correspondiente.

Durante la sustanciación del recurso administrativo referido, la Ley del IEPS sufrió una modificación, que entró en vigor el primero de enero de 1992 por medio de la cual se aprobaban las devoluciones del IEPS a todos los exportadores de cigarros, por lo que CEMSA pudo exportar cigarros y obtener la devolución correspondiente durante todo ese año.

En el año de 1993, de nueva cuenta la SHCP negó a CEMSA la devolución de impuesto del IEPS en virtud de que Feldman no podía presentar las facturas solicitadas.

⁴⁸ CEMSA es una empresa mexicana propiedad de Marvin Roy Feldman Karpa, ciudadano de los Estados Unidos de América.

⁴⁹ Entre los requisitos señalados se exigía que el impuesto del IEPS constara en forma expresa y por separado en las facturas. Esta obligación se entiende para todos los impuestos contemplados en la Ley del IEPS y no solamente a aquellos que gravan los cigarros, pero sólo los productores y no los revendedores tiene la posibilidad de obtener facturas con el impuesto trasladado expreso y por separado. CEMSA compraba los cigarros por volumen a minoristas, tales como Wal-Mart o Sam's Club (en vez de adquirirlos de los productores), a un precio que incluía el IEPS, pero no trasladaba expreso y por separado en la factura. Por lo tanto CEMSA nunca pudo obtener facturas que trasladaran expreso y por separado el monto correspondiente al impuesto.

En agosto de 1993, la Suprema Corte de Justicia (SCJN) emitió su sentencia a favor de CEMSA, resolviendo por unanimidad que “las medidas que otorgan devoluciones del IEPS únicamente a los productores y a sus distribuidores violan los principios constitucionales de equidad tributaria y de no discriminación”.

Durante el periodo de 1993 a 1995, la SHCP reconoció que CEMSA era un contribuyente con derecho a la tasa del 0% sobre sus exportaciones de cigarros, pero persistió en su exigencia de que el Demandante cumpliera con los requisitos de facturación impuesta por la Ley del IEPS.

Feldman aseguró durante el proceso arbitral que hubo funcionarios mexicanos del área fiscal que en los años de 1995 y 1996 le dieron “garantías” de que percibiría las devoluciones y alegó que en el año de 1995 se negoció un “acuerdo verbal” por el que se permitía a CEMSA a reanudar sus exportaciones de cigarros en grandes cantidades en junio de 1996.

Por su parte, la SHCP manifestó que las devoluciones del impuesto de referencia fueron reanudadas en virtud de la ejecutoria de la SCJN.

Es importante hacer mención que independientemente de la existencia del acuerdo mencionado en el párrafo anterior, durante junio de 1996 y septiembre de 1997 CEMSA recibió devoluciones del IEPS sobre sus exportaciones de cigarros aún cuando no contaban con las facturas que trasladaran expreso y por separado el impuesto. Al respecto, la SHCP señaló que es una práctica normal que pague las solicitudes de devolución en cuanto le son presentadas, teniendo en cuenta de que goza de facultades de auditoría para determinar si se cumplieron con los requisitos exigidos por la ley.⁵⁰

A partir del primero de diciembre de 1997, la Ley del IEPS fue reformada con el objeto de prohibir las devoluciones a revendedores de cigarros tales como CEMSA, limitando así el pago de tales impuestos a la “primera venta” realizada en México. La legislación fue modificada de modo tal que no se permitieran las devoluciones de impuestos sobre aquellas ventas subsecuentes a aquellas realizadas al minorista.

En estas reformas también se impuso a los exportadores la obligación de inscribirse en el “Padrón Sectorial de Exportadores” para poder tener derecho a la aplicación de la tasa del IEPS del 0% sobre sus exportaciones.

CEMSA no obtuvo el registro como exportador autorizado de cigarros. En ausencia del registro, las autoridades aduaneras de México dejaron de emitir el “pedimento de exportación”, por lo que materialmente CEMSA no solamente no obtendría las devoluciones del pago del Impuesto del IEPS, sino que se le privó de realizar la actividad de exportación.

⁵⁰ Es importante tener en consideración de que a fines del año de 1997, las exportaciones de cigarros de CEMSA representaban casi el 15% del total nacional.

El 14 de julio de 1998, la SHCP inició una auditoría de CEMSA y le requirió el pago de aproximadamente US\$25,000,000.00 (Veinticinco millones de dólares americanos 00/100) por concepto de las devoluciones que había recibido CEMSA durante el periodo de 21 meses transcurridos entre enero de 1996 y septiembre de 1997, con intereses y multas.⁵¹

Por último, CEMSA señaló que no es el único revendedor – exportador de cigarros en México, pues existen cuando menos otras dos empresas, propiedad de ciudadanos mexicanos, que son revendedores en circunstancias similares a las de CEMSA.

Tales empresas se les permitió obtener la devolución de impuestos sobre los cigarros exportados durante los periodos en los que dichas devoluciones le fueron negadas al demandante, a pesar de que dichas empresas no pudieron exhibir las facturas necesarias con el monto de los impuestos trasladados y expreso por separado.

B. Litis

CEMSA sostuvo que la negativa del gobierno mexicano (SHCP) a devolver el monto del impuesto del IEPS que grava los cigarros por ella exportados, constituye una violación a las obligaciones de México conforme al capítulo XI del TLCAN, principalmente lo dispuesto por los artículos 1102 (Trato Nacional), 1105 (Nivel mínimo de trato) y 1110 (Expropiación e indemnización).

De manera más concreta, el Tribunal Arbitral analizó si las diversas medidas tomadas por la SHCP en el sentido de negarle a CEMSA las devoluciones del IEPS sobre las exportaciones de cigarros, por la imposibilidad de cumplir con el requisito de presentar las facturas exigidas constituyó una expropiación progresiva de la inversión del señor Feldman.

Para objeto de este trabajo, atenderemos exclusivamente las violaciones al artículo 1110 (Expropiación e indemnización) para analizar las razones específicas que consideró el Tribunal Arbitral para concluir que la negativa de devolver el impuesto del IEPS por parte de la SHCP, constituye una medida equivalente a la expropiación en términos del TLCAN.

C. Análisis de la interpretación a los conceptos contenidos en el artículo 1110 del Capítulo XI del TLCAN

Para poder establecer una interpretación del concepto de “medida equivalente a expropiación” el Tribunal Arbitral realizó un análisis deductivo, comenzando por establecer lo que significa una expropiación, para después interpretar a la medida equivalente a expropiación.

⁵¹ Esta multa fue impugnada ante tribunales mexicanos para evitar el decomiso y las sanciones penales por falta de pago.

a. Expropiación

El primer elemento que consideró importante el Tribunal Arbitral fue determinar qué actos de una autoridad constituyen una expropiación en términos del artículo XI del TLCAN. Y llegó a la conclusión de que la redacción del artículo 1110 del TLCAN es tan amplia que se hace difícil aplicarlo a casos específicos.

Para interpretar el artículo 1110 del TLCAN el Tribunal Arbitral tomó en consideración lo dispuesto en el documento *Restatement of the Law of Foreign Relations of the United States, (Restatement)* en el que se establece como regla general que si se resuelve que ha habido expropiación debe exigirse una indemnización cuando la confiscación: (i) se funda en razones de utilidad pública, (ii) no es discriminatoria y (iii) se realiza con apego al principio de legalidad.

No obstante lo anterior y siguiendo con la lógica del *Restatement*, el requisito de la causa de utilidad pública “no ha figurado en forma destacada en la práctica de las reclamaciones internacionales, tal vez porque el concepto de utilidad pública es tan amplio y no está efectivamente sujeto a un análisis adicional por parte de otros Estados”.⁵²

Del mismo modo el Tribunal consideró que el *Restatement* sugiere que si se paga la indemnización que corresponde por una expropiación, el hecho de la confiscación no sea por causa de utilidad pública y haya sido discriminatoria podría incluso no dar lugar a una impugnación con resultado favorable.

No obstante, el Tribunal Arbitral consideró que es fácil reconocer cuando estamos frente a una medida expropiatoria, pues serán aquellas en las que las autoridades gubernamentales priven a un inversionista de todos los beneficios significativos de propiedad y control. A guisa de ejemplo, se considerará como expropiación alguna medida gubernamental por la que se tome el control de una mina o una fábrica, privando al inversionista de todos los beneficios significativos de propiedad y control.

b. Medida equivalente a expropiación

El segundo punto en el que el Tribunal Arbitral detiene su análisis, es en el término de lo que debe entenderse por “Expropiación indirecta y aquellas medidas que sean equivalentes a la expropiación”. En este caso, según el Tribunal Arbitral se engloba una variedad de actividades regulatorias gubernamentales que pueden interferir significativamente con los derechos de propiedad de un inversionista.

En el caso de las medidas equivalentes a expropiación, no es muy claro determinar cuándo un acto gubernamental que interfiere con los derechos de

⁵² AMERICAN LAW INSTITUTE, *Restatement of the Law Titled, the Foreign Relations of the United States*, USA, American Law Institute Publishers, Vol. 1 1987.

propiedad deja de ser una reglamentación válida y se convierte en una afectación de la propiedad sujeta a indemnización. En palabras del Tribunal Arbitral, nadie ha podido trazar en forma satisfactoria una clara línea divisoria entre ambos conceptos.

En el caso concreto de Feldman, las medidas que se reclamaron como equivalentes a expropiación son medidas impositivas (fiscales) y por lo tanto el demandante consideró que tales medidas constituían una “expropiación progresiva”.

A juicio del Tribunal Arbitral, si las medidas fiscales tienen el efecto de privar al inversionista de los beneficios de propiedad y control, tales medidas deben ser consideradas como medidas de expropiación indirectas, por lo que deben ser consideradas como equivalentes a expropiación. Si las medidas se instrumentan a lo largo de un periodo determinado, también podrán ser tipificadas como “progresivas”.

El Tribunal Arbitral señaló que el *Restatement* define a la “expropiación progresiva” en parte como una actividad en el que un Estado busca lograr el mismo resultado: una confiscación propiamente dicha, ya sea por medio de medidas fiscales o regulatorias, concebidas con el fin de que la ejecución permanente de un proyecto resulte antieconómico y sea abandonado.

En ese orden de ideas, el Tribunal arbitral consideró que son muchas las formas en las que las autoridades gubernamentales pueden dejar a una empresa fuera del negocio o reducir significativamente los beneficios económicos de la actividad comercial; entre ellas, señaló que pueden considerarse como medidas equivalentes a expropiación a los impuestos confiscatorios, la denegación del acceso a la infraestructura o las materias primas necesarias o la imposición de regímenes regulatorios arbitrarios, entre otros.

Sin embargo, el Tribunal Arbitral también señaló que los gobiernos deben tener en todo momento la libertad de actuar en pro del interés público más amplio a través de medidas tales como la protección al medio ambiente, regímenes impositivos nuevos o modificados, el otorgamiento o cancelación de subsidios gubernamentales, la reducción o el aumento de niveles arancelarios, la imposición de zonas restringidas y otras similares.

Las medidas mencionadas en el párrafo anterior son válidas y no podrían lograrse si se permite que los negocios que se vieran perjudicados buscaran una indemnización y el Tribunal Arbitral consideró que en el Derecho Internacional Público se reconoce esta circunstancia.

En palabras del Tribunal, “...trazar una línea divisoria entre la expropiación y la actividad regulatoria ha sido una tarea difícil, tanto en el periodo anterior al TLCAN como para los pocos tribunales arbitrales que ha debido considerar esta

cuestión”.⁵³ Por ello, el Tribunal consideró que en virtud de lo ambiguo que se presenta el término que se analizaba, era necesario remitirse al *Restatement*, citando textualmente la parte pertinente de la Sección 712 que se transcribe dada su pertinencia:

“Conforme al derecho internacional, un Estado es responsable por daños derivados de:

(1) la confiscación, por parte del Estado, de los bienes de un ciudadano de otro Estado que

- (a) no sea por causa de utilidad pública, o
- (b) sea discriminatoria,
- (c) no esté acompañada por una justa indemnización”

De igual manera, el Tribunal consideró indispensable citar la parte conducente de los “comentarios”⁵⁴ del *Restatement*, ya que estos tienen la intención de ayudar a determinar cómo distinguir entre una expropiación indirecta y una reglamentación válida. Al respecto, el Tribunal transcribió lo siguiente:

“Un Estado es responsable por la expropiación de bienes conforme al apartado (1) cuando somete los bienes extranjeros a impuestos, regulaciones u otras medidas de naturaleza confiscatoria o que impidan, interfieran arbitrariamente o demoren indebidamente el goce efectivo de los bienes extranjeros o su traslado desde el territorio de ese Estado ... Un Estado no es responsable de la pérdida de bienes u otras desventajas económicas derivadas de tributos o regulaciones impuestos de buena fe y en general, de la confiscación por delitos u otros actos de este tipo que sean comúnmente aceptadas como parte del poder de policía de los Estados, si no son discriminatorios”.

Después de haber analizado lo anterior, el Tribunal concluyó que en el caso en concreto los actos realizados por la SHCP no constituyeron actos de expropiación. Para llegar a tal resolución el Tribunal realizó las inferencias que a continuación se exponen.

Los hechos, tal como fueron expuestos, parecían sustentar el criterio de expropiación indirecta o progresiva, ya que el CEMSA ya no puede dedicarse al negocio de compra y exportación de cigarrillos mexicanos, toda vez que la SHCP le denegó el beneficio del pago del IEPS, por lo cual ha sido privado en forma total y permanente de todos los posibles beneficios económicos derivados de dicha actividad.

⁵³ Cfr. Op. Cit., pags. 42 y 43.

⁵⁴ Op Cit. *Restatement*., Sección 712, comentario g.

Además, en algunos casos autorizó y pagó las devoluciones al impuesto del IEPS y en otros periodos los denegó. En diversos momentos, funcionarios de la SHCP suministraron al Demandante documentación escrita que podía ser llevado a algunas personas a creer que esta dependencia gubernamental estaba de acuerdo con la postura del Demandante en el sentido de que la sentencia de amparo de 1993 exigía que se le concediera las devoluciones. Asimismo, la SHCP trató de obtener el reembolso de las devoluciones pagadas a CEMSA en los periodos de 1996 y 1997.

Por todo lo anterior y de conformidad con lo dispuesto por el artículo 2103(6) del TLCAN, los Estados Parte expresamente disponen que las reglamentaciones tributarias pueden ser consideradas expropiatorias según lo dispuesto en el artículo 1110.

No es cuestionable que la actividad reglamentaria del gobierno pueda constituir una violación al Artículo 1110 del TLCAN, es necesario señalar que a juicio del Tribunal Arbitral, se requiere un grado importante de privación de derechos fundamentales de propiedad.

Por ello, se concluyó que (1) No todos los problemas comerciales que experimenta un inversionista extranjero constituye una expropiación conforme al artículo 1110 del TLCAN; (2) el TLCAN y los principios de Derecho Internacional Consuetudinario no le exigen a un Estado que autorice exportaciones de cigarros en un mercado gris; (3) en ningún momento la Ley del IEPS confirió a los revendedores de cigarros mexicanos el “derecho” de exportar cigarros; (4) la “inversión” del Demandante, el negocio de exportación conocido como CEMSA, sigue estando hasta donde pudo determinarlo ese Tribunal Arbitral, bajo el control total del Sr. Feldman.

D. Consideraciones

Esta resolución del Tribunal Arbitral otorga un razonamiento más elaborado respecto de interpretaciones a distintos conceptos, como lo que debe entenderse por una medida equivalente a expropiación. Pero también aclara los alcances que deben observarse cuando el Estado realiza una actividad (independientemente si es legal o no) y causa un efecto expropiatorio.

i) En efecto, es de llamar la atención que se consideró que una indemnización del Estado a un inversionista es procedente si se resuelve que ha existido un acto con efectos expropiatorios, incluso si la confiscación se funda en razones de utilidad pública, no es discriminatoria y se hace con apego al principio de legalidad.

ii) Por otro lado, llama la atención que en análisis se reconozca que no importa si un acto con efectos expropiatorios tiene como fundamento una razón de “utilidad pública”, o que se haya realizado bajo presupuestos “discriminatorios” siempre y cuando se pague una indemnización al afectado, pues reconoce que los

parámetros para determinar que la existencia de la utilidad pública es relativa a cada interpretación en la Comunidad Internacional.

Sin embargo, se observa que lo que debe protegerse es que el daño económico sufrido por los actos gubernamentales sea resarcido.

iii) El Tribunal confirmó lo resuelto en los casos *Azinian* y *Metalclad*, en el sentido de determinar que pueden ocasionar un daño sujeto a indemnización cualquier acto gubernamental, entendiendo por este término los derivados del poder ejecutivo, legislativo y judicial.

iv) Es importante resaltar que se sostuvo que una “medida equivalente a expropiación” puede entenderse como un acto de autoridad que priva al inversionista de todos los beneficios significativos de propiedad y control.

Ahora bien, tal y como se observa de la simple lectura de la definición otorgada por el Tribunal Arbitral, al señalar como requisito la privación de “todos los beneficios significativos de propiedad y control”, se observa ambigüedad. ¿Qué se entiende por beneficios significativos de propiedad y control? ¿En qué momento se entiende que “todos” los beneficios han sido afectados?

v) Por su parte, se otorgó una conceptualización de lo que debe entenderse una “medida equivalente a expropiación” en términos del artículo 1110 del TLCAN.

En este sentido, se refirió al término en análisis como cualquier acto o reglamentación válida que se transforme en una afectación de la propiedad sujeta a indemnización.

Para ser más específico cobra importancia la definición que toma en consideración aquella prevista en el inciso “g” del *Restatement*, en el cual se observa lo siguiente:

“Un Estado es responsable por la expropiación de bienes conforme al apartado (1) cuando somete los bienes extranjeros a impuestos, regulaciones u otras medidas de naturaleza confiscatoria o que impidan, interfieran arbitrariamente o demoren indebidamente el goce efectivo de los bienes extranjeros o su traslado desde el territorio de ese Estado ... Un Estado no es responsable de la pérdida de bienes u otras desventajas económicas derivadas de tributos o regulaciones impuestos de buena fe y en general, de la confiscación por delitos u otros actos de este tipo que sean comúnmente aceptadas como parte del poder de policía de los Estados, si no son discriminatorios”.

De la transcripción podemos observar dos cuestiones trascendentes para el objetivo del presente trabajo: Se define lo que se entiende por medida equivalente a expropiación, pero también se observa la excepción a la regla.

En efecto, la transcripción señala que por medida equivalente a expropiación **se entiende el sometimiento de bienes extranjeros a impuestos, regulaciones u otras medidas de naturaleza confiscatoria o que impidan o demoren arbitrariamente el goce efectivo de los bienes extranjeros.**

Por su parte la excepción contenida se entiende que opera cuando un Estado no es responsable de la pérdida o desventaja económica derivada de tributos o regulaciones impuestos de buena fe, o por la confiscación por delitos si no son discriminatorios.

En el mismo tenor sigue el razonamiento del Tribunal cuando toma en consideración lo expuesto en el caso Azinian y señala que no toda actividad reglamentaria del gobierno que le dificulta o le imposibilita a un inversionista llevar a cabo un determinado negocio, ni todo cambio en la legislación o en la aplicación de leyes que torna antieconómico continuar con un determinado negocio, constituyen una expropiación conforme al Artículo 1110 del TLCAN.

Es importante añadir que en el caso en concreto y al entrar a interpretar los efectos de la recaudación fiscal, el Tribunal reconoció: i) Que hay medidas indirectas como las “impositivas” que pueden tener un efecto expropiatorio si se instrumentan a lo largo de un periodo. En este sentido las reconoce como “medidas expropiatorias progresivas” y les concede la clasificación de “medidas equivalentes a expropiación”.

El panel señaló de manera enunciativa y no limitativa algunos ejemplos mediante los cuales la experiencia internacional ha detectado que la actividad gubernamental puede incidir de manera negativa en el desempeño empresarial. Tales ejemplos son:

- Los impuestos confiscatorios;
- La denegación del acceso a la infraestructura;
- La denegación del acceso a las materias primas necesarias;
- La imposición de regímenes regulatorios arbitrarios.

No obstante, el Panel también reconoce que los gobiernos deben tener la libertad de actuar en pro del interés público y ello se realiza a través de la regulación gubernamental y ninguna reglamentación será razonable si se permite que los negocios que se vean perjudicados busquen una indemnización.

El Tribunal toma en consideración que los gobiernos, en el ejercicio de sus poderes regulatorios frecuentemente cambian sus leyes en respuesta a los cambios que se producen en las circunstancias económicas o en los aspectos políticos, económicos o sociales.

Así, el Tribunal Arbitral reconoció que una interferencia del Gobierno en la actividad comercial de un inversionista no es una expropiación en realidad, sino

que se requiere un grado importante de privación de los derechos fundamentales de la propiedad.

Por ello, en el caso que en análisis tomó en consideración que en ningún momento, el Estado interfirió directamente en las operaciones internas de CEMSA ni desplazó al Sr. Feldman como accionista controlante.

V. WASTE MANAGMENT, INC⁵⁵ (Waste Managment)

A. Antecedentes

Esta controversia surge de una concesión para la presentación de servicios de recolección de basura en la ciudad de Acapulco, en el Estado de Guerrero. Entre una compañía denominada Acaverde y el gobierno del Estado de Acapulco, a través de su Ayuntamiento.

Acaverde era propiedad de Sun Investment Co., una compañía situada en las Islas Caimán, que fue adquirida por Sandfill Inc., una compañía de los Estados Unidos (Sandfill), aproximadamente en la fecha en que el Ayuntamiento aprobó inicialmente la concesión. El contrato de venta del 21 de diciembre de 1994 dependía de la formalización del Título de Concesión y del Contrato de Apertura de una Línea de Crédito para la administración del contrato de concesión. Posteriormente, en agosto de 1996, Sanfill se fusionó con USA Waste Services; más tarde la compañía fusionada adoptó como razón social el nombre de Waste Managment Inc.

El título de concesión se firmó el 9 de febrero de 1995, en el que Acaverde se hizo cargo de prestar en forma exclusiva determinados servicios de limpia de calles y de disposición de basura en área específica de Acapulco.

El área en cuestión que comprendía aproximadamente nueve mil domicilios residenciales y comerciales, abarcaba el área turística principal y la zona de playas del Municipio. El turismo es la industria de servicios más importante de Acapulco y no hay duda de que era preciso atender el sistema de recolección de basura en el área turística.

En el clausulado del título de concesión se establecían diversos derechos y obligaciones, sin embargo las que ocasionaron el conflicto fueron los siguientes:

La cláusula quince establecía que el Ayuntamiento no podría otorgar a ninguna persona o entidad “derecho o concesión alguno incompatible con los Derechos de la Concesionaria”. En el programa de operación el Ayuntamiento se comprometía a establecer “los reglamentos y ordenanzas que sean necesarios para prohibir el barrido manual, la recolección, transportación, uso, reciclaje, disposición final de

⁵⁵El Tribunal Arbitral que conoció de este asunto quedó debidamente constituido el 30 de abril de 2001, quedando integrado por James Crawford (Presidente), Benjamín R. Civiletti y Eduardo Magallón Gómez. Se desahogó a través del procedimiento instituido por las Reglas de Mecanismo Complementario del CIADI.

basura generada en el área de concesión por cualquier persona física o moral diferentes a la Concesionaria”.

Las partes de la concesión, señalaron que Acaverde podía considerar como un incumplimiento del Ayuntamiento en caso de que no cumpla con el hecho de promulgar el reglamento.

El 30 de junio de 1995, antes de que Acaverde comenzara a prestar los servicios conforme al Título de Concesión, el Ayuntamiento aprobó y luego promulgó un reglamento que regulaba la concesión del servicio público de limpia. Este reglamento disponía la exclusividad de los servicios de recolección de basura, prohibía arrojar basura en el área y contemplaba su ejecución mediante la imposición de multas. Incluía en forma adjunta un cuadro tarifario.

De igual manera, el Reglamento disponía la obligación para los residentes o comercios ubicados en la zona de la concesión, de solicitar el servicio público de limpia dentro de los noventa días de iniciadas las operaciones.

Se reiteró en diversas cláusulas, que Acaverde gozaría de exclusividad dentro del área concesionada y que el Ayuntamiento no perjudicaría esta exclusividad otorgándoles a terceros el derecho de prestar servicios de recolección de basura.

Además de la recolección de basura, Acaverde se comprometió a construir y operar un relleno sanitario permanente de desechos sólidos para la totalidad del Municipio, lo que permitiría cerrar 2 tiraderos temporales. Para ello, el Ayuntamiento proporcionaría un terreno para instalar el relleno “en comodato forzoso por el término de la concesión”. Acaverde tenía el derecho de cobrar un arancel por el uso del relleno, según las tarifas aprobadas a los clientes comerciales.

El plazo de la concesión era de 15 años forzosos a partir del inicio de la prestación de servicios.

Acaverde se comprometía a hacer una inversión inicial de hasta US\$12.8 millones; sus tarifas deberían de establecerse de conformidad con el plan acordado y estaban sujetos a ajustes por indexación.

El Ayuntamiento se comprometía a pagar una tarifa mensual por los servicios prestados que, con posterioridad al primero de enero de 1996, ascendería a un millón de pesos y que también se indexaría.

El Ayuntamiento se comprometió a negociar con el Banco Nacional de Obras y Servicios Públicos, S.N.C. (Banobras) una línea de crédito de contingencia, revolvente e irrevocable, para garantizar el pago de todas las obligaciones del Municipio por el término de la Concesión.

El Contrato de Apertura de Línea de Crédito se firmó el 9 de junio de 1995, siendo las partes el Gobierno del Estado de Guerrero, el Ayuntamiento y Banobras. El objeto se ceñía a garantizar las obligaciones de pago adquiridas mediante Título de Concesión, para el caso de que el Ayuntamiento enfrente problemas temporales de liquidez que le impidan cumplir con las obligaciones.

Es importante añadir que a pesar de que el Contrato señalaba que garantizaba “todas las obligaciones de pago”, se estableció de que la línea de crédito sólo cubriría “un fondo equivalente al pago de seis mensualidades”; es decir a la cantidad de \$6'000,000.00 (Seis millones de pesos 00/100 M.N.).

El 15 de agosto Acaverde comenzó a prestar servicios conforme al Título de Concesión y casi de inmediato surgieron dificultades para hacer cumplir los acuerdos de exclusividad especificados en el Título de Concesión, toda vez que hubo una fuerte resistencia de los clientes para pagar por los servicios de recolección de basura, ya fuese a la tarifa publicada o a cualquier otra. Los grupos que oponían resistencia incluían:

- Porcicultores, que recogían los restos de alimentos de los restaurantes para sus animales;
- Piratas, que conducían camionetas sin autorización en busca de basura;
- Carretilleros, que se dedican a hacer pequeñas tareas de recolección de basura a cambio de una propina;

Acaverde se quejaba especialmente de que los permisos de los piratas que les autorizaban a recoger basura en el área de la concesión, no habían sido revocados e incluso continuaban emitiéndose. Acaverde también se quejaba de que los conductores municipales recogían basura dentro de las áreas de la concesión a cambio de propinas.

Además se quejaba de que el Ayuntamiento no proporcionó el terreno destinado a sus operaciones ni firmaba el contrato de comodato para el nuevo relleno sanitario, pues si bien ya se había identificado y medido de acuerdo con el levantamiento topográfico, nunca se puso a disposición de la empresa. En lugar del relleno propuesto, Acaverde operaba un relleno temporal, y permitía que el Ayuntamiento lo utilizara para arrojar la basura recogida fuera del área de la concesión.

Con el tiempo y con aporte sustancial de recursos, Acaverde construyó su base de clientes en el área de la concesión con aproximadamente 5,000 domicilios, es decir alrededor del 55% del total, pero en general se vio obligada a ofrecer descuentos para atraer clientes. Además destinó mucho más personal para el servicio público de barrido de calles y recolección de basura que el mínimo requerido por el Título de Concesión. Es claro entonces que el acuerdo no era comercialmente viable, teniendo en cuenta la proporción de clientes atendidos,

que era menor a lo esperado, y los consiguientes costos adicionales. Por tales razones, Waste Management se retiró de Acapulco.

Pero las dificultades financieras de Acaverde se vieron en gran medida exacerbadas por la falta de pago del Ayuntamiento. De 26 facturas presentadas por Acaverde, el Ayuntamiento sólo pagó 1 en forma completa e hizo pagos parciales de otras 2. Por su parte Banobras pagó facturas de 4 meses, conforme al contrato de Línea de Crédito.

El 23 de junio de 1996, Acaverde solicitó a Banobras que pagara la factura de mayo de 1996 que no había sido objetada y rechazada por el Ayuntamiento.

El 2 de agosto de mil 1996, Banobras ofreció dos razones por las cuales se negaba a cumplir con la solicitud de Acaverde: en primer lugar, porque el Ayuntamiento tenía una deuda de 5 millones 900 mil pesos con Banobras, en virtud de que no le habían reembolsado los pagos realizados. Además se estaban realizando negociaciones para modificar el contrato de apertura de línea de crédito.

Respecto de la calidad del servicio, debía tomarse en consideración que en términos generales se consideraba que Acaverde realizaba actividades incompletas porque sólo recogía basura de las personas que tenían contratos con la empresa, pero eficiente para los que contaban con dichos contratos.

Además, las operaciones de barrido de calles conducidas por Acaverde no eran suficientes para mantener siempre limpias las calles del área de la Concesión. Aparte de las acciones de arrojar basura en forma ilegal que cometían los piratas y además de los inevitables problemas de fronteras que plantea una concesión en un área parcial dentro de una ciudad grande, pues existe el problema de los “puntos negros”.

El Ayuntamiento tuvo que intervenir en varias ocasiones para ocuparse de las quejas y los puntos negros y tuvo que desviar recursos económicos para operaciones sanitarias dentro de la zona turística.

Derivado de esta serie de problemas comerciales, se iniciaron diversos procedimientos judiciales entre Acaverde, el Ayuntamiento y Banobras, incluyendo un arbitraje comercial llevado ante la Cámara Nacional de Comercio (Canaco). En dichos procedimientos jurisdiccionales Acaverde no obtuvo resultados favorables.

B. Litis

El Tribunal Arbitral tenía que decidir si un incumplimiento contractual podía constituir al mismo tiempo una violación de las normas del TLCAN. Para ello el análisis centró el análisis en las conductas de Banobras y del Ayuntamiento a la luz del propio contrato de concesión y también del artículo 1115 y 1110 del TLCAN.

C. Análisis de la interpretación a los conceptos contenidos en el artículo 1110 del Capítulo XI del TLCAN

El principal argumento de Acaverde se funda principalmente en el artículo 1110 del TLCAN arguyendo que fue la empresa fue expropiada en su totalidad por una acción combinada entre el Ayuntamiento, el Estado de Guerrero y Banobras y que ello constituía una violación al artículo en análisis.

Lo anterior, toda vez que la omisión persistente de pago por parte del Ayuntamiento de los montos adeudados, equivalía a una expropiación, al menos del monto que no se pagó.

Para saber si la conducta del Estado Mexicano a través del Ayuntamiento, Estado de Guerrero, Banobras y los diversos Tribunales jurisdiccionales es violatoria del artículo 1110 del TLCAN, primero estableció cuál es el estándar establecido dicho artículo.

El Tribunal Arbitral consideró que el artículo 1110(1) distingue entre expropiación directa o indirecta, por una parte, y medidas equivalentes a expropiación por la otra, y concluye que una expropiación indirecta sigue siendo una confiscación de una propiedad.

Por su parte, el Tribunal Arbitral entiende que en una medida equivalente a expropiación puede no haberse producido de manera efectiva una transferencia, una confiscación o una pérdida de propiedad en contra de una persona o entidad, sino un efecto sobre la propiedad que hace irrelevante toda distinción formal de propiedad.

De igual manera el Tribunal Arbitral tomó en consideración las interpretaciones del artículo en análisis que han determinado en otros tribunales constituidos de conformidad con el TLCAN. Al respecto realizó los siguientes análisis:

1. En *Pope & Talbot Inc. vs. el Gobierno de Canadá* fue en caso sobre una supuesta expropiación regulatoria del derecho de acceso al mercado de los Estados Unidos. Sin embargo el tribunal sostuvo que este derecho estaba protegido por el Artículo 1105 como parte del “negocio” en cuestión, pero que la medida adoptada por Canadá no era tan restrictiva como para que resultase equivalente a una “confiscación”⁵⁶.

2. En el caso *S.D. Myers. vs el Gobierno de Canadá*, el tribunal definió la expropiación indirecta o “creeping” como una privación prolongada de la capacidad de un prioritario de hacer uso de sus derechos económicos.⁵⁷

⁵⁶ Cfr. Laudo del veintiséis de junio de dos mil, 122 ILR 293, 334-337.

⁵⁷ Cfr. *S.D. Myers, Inc. Vs. Gobierno de Canadá*, Laudo parcial, 13 de noviembre de 2000, párrafo 283, citado en la Réplica de la Demandante, pie de página 184. En http://www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/disp/SDM_archive-en.asp. Este laudo deviene de un arbitraje llevado a cabo de conformidad con las reglas de la CNUDMI.

En ese caso, el tribunal aceptó que en teoría jurídica, derechos distintos de los derechos de propiedad pueden ser ‘expropiados’ y que el derecho internacional habilita a los tribunales a examinar el propósito y el efecto de las medidas gubernamentales.⁵⁸

El tribunal consideró que los redactores del tribunal TLCAN concibieron la frase “equivalente a la expropiación” de manera tal que cubriera el concepto de “expropiación indirecta”.

En todo caso, para que estemos frente a una medida equivalente a expropiación, el tribunal del caso Myers consideró que el país que las realiza debe obtener un beneficio por la realización de tales medidas o bien, que existiera una transferencia de propiedad o beneficio directamente a terceros.⁵⁹

3. En el caso Metalclad Corporation vs. el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos, el tribunal arbitral sostuvo que México, al tolerar y permitir las acciones de las autoridades municipales que impedían la operación del confinamiento totalmente construido, a pesar de que el proyecto contaba con la aprobación y el respaldo de las autoridades federales fue responsable de una medida equivalente a la expropiación de la inversión hecha por Metalclad, violando así el Artículo 1110 del TLCAN.

Más aún, sostuvo que la negativa por parte de la autoridad municipal de emitir un permiso de construcción se basó en cuestiones fuera de su autoridad y que contradecían compromisos federales anteriores y la ausencia de una negativa del Municipio emitida a tiempo, en orden o con alguna base sustantiva equivalen a una expropiación indirecta.⁶⁰

El tribunal, en aquel caso, también consideró que el Decreto Ecológico, que establecía que el área sería una reserva, lo que por consiguiente impedía que ese terreno se usara como lo disponía el contrato, era un acto equivalente a expropiación y un motivo más para determinar que hubo violación al Artículo 1110 del TLCAN.

No obstante el estudio de estas consideraciones el Tribunal Arbitral en este caso – Waste Management Inc. - señaló que no era necesario llegar a conclusiones definitivas sobre el significado de “medidas equivalentes a la expropiación”, pues como es de explorado derecho, cada caso debe analizarse a la luz de la situación fáctica y de los fundamentos para la adopción de medidas en cuestión.⁶¹

⁵⁸ Cfr. Ibid., párrafo 280-1.

⁵⁹ Ibid., párrafo 287.

⁶⁰ Cfr. Metalclad Corporation vs. Estados Unidos Mexicanos., Laudo del 30 de agosto de 2000., 5 ICSID Reportes 209.

⁶¹ Cfr. Waste Management, Inc. vs., Estados Unidos Mexicanos., Laudo del 30 de abril de 2004., caso CIADI N° ARB(AF)/00/3., párrafo 155.

Para poder analizar si existe una medida equivalente a expropiación en el caso concreto, el Tribunal consideró su existencia respecto de la empresa Acaverde y otra respecto de los derechos contractuales de la misma.

Respecto de la medida equivalente a expropiación de la empresa Acaverde, el tribunal consideró que en el caso en concreto no había “confiscación regulatoria”, antes bien, la cuestión era determinar si las conductas combinadas de entidades públicas en México tuvieron un efecto equivalente a la confiscación de la empresa, en forma total o en parte significativa.

Así, el Tribunal consideró que el gobierno mexicano no realizó una expropiación directa o indirecta de la empresa Acaverde ya que no hubo ni una confiscación ni tampoco se le privó de la realización de la totalidad de las actividades. Las razones por las que Waste Managment se retiró del negocio fue debido a que las omisiones contractuales, cambios en las circunstancias y la fragilidad del plan de negocios subyacente, ocasionaron que la operación económica no fuera viable.

Así, resultó claro para el Tribunal, que Acaverde tuvo en todo momento el control y uso de su propiedad. Pudo prestar servicios a sus clientes y cobrarles las tarifas por recolección de basura.

También se consideró que si bien es cierto que el Ayuntamiento no proporcionó su propio terreno a una empresa para algún propósito, dicha omisión no puede considerarse como equivalente a expropiación, aunque efectivamente sea una violación al contrato.

También es cierto que las violaciones del Ayuntamiento (con anuencia del gobierno de Guerrero) tuvieron el efecto de privar a Acaverde del “beneficio económico que razonablemente se esperaría”. Sin embargo la pérdida de beneficios o expectativas no constituye criterio suficiente para establecer que hay una expropiación aún cuando sea un criterio necesario.

En opinión del Tribunal, una empresa no es expropiada sólo porque no se le pagan sus deudas o porque se violan las obligaciones contractuales. No es función del artículo 1110 del TLCAN indemnizar los emprendimientos comerciales que fracasan, ante la ausencia de una intervención arbitraria del Estado que equivalga a una paralización o confiscación virtual de la empresa.

Por estas razones, el Tribunal no aceptó que en el caso existiera una expropiación a Acaverde.

Ahora bien, por lo que hace a la existencia de una conducta equivalente a expropiación sobre los derechos contractuales de Acaverde, el Tribunal consideró necesario analizar si el rechazo o incapacidad permanente del Ayuntamiento de pagar las sumas adeudadas conforme al Título de Concesión implicaron una expropiación o al menos, medidas equivalentes a una expropiación, de las sumas adeudadas.

Toda vez que Waste Managment alegó que la falta de pago por el Ayuntamiento constituyó una expropiación “virtual” de sus derechos contractuales, equivalente a una violación al Artículo 1110 del TLCAN.

El Tribunal Arbitral en ningún momento pretendió invalidar o rescindir el Título de Concesión, es más, de los hechos expuestos durante el litigio se observó que el gobierno sí intentó cumplir con sus obligaciones en varias ocasiones.

El hecho es que efectivamente se incumplió con el contrato, por lo que la interrogante a resolver era determinar si un incumplimiento persistente y grave de un contrato por parte de un organismo del Estado puede constituir una expropiación del derecho contractual o al menos una conducta equivalente a expropiación de tal derecho.

Para determinar lo anterior, el Tribunal Arbitral consideró los precedentes jurisdiccionales contenidos en los casos *George W Cook vs. México* y *Singer Sewing Machine Co. vs. República de Turquía.*, respecto de lo siguiente:

1. *George W. Cook vs. México.* Fue una decisión de la Comisión de Reclamaciones entre Estados Unidos y México constituida conforme la convención del 8 de septiembre de 1923.

Se trataba de una reclamación por giros postales realizados entre 1913 y 1914 que no fueron pagados por las autoridades postales mexicanas en el momento de su presentación.

Cook había presentado las órdenes de pago dentro del periodo de 2 años y las autoridades mexicanas se habían negado a pagarlas. Posteriormente, el demandante inició su acción por la vía del arbitraje conforme la Comisión de Reclamaciones y México alegó la prescripción del derecho de cobro.

La Comisión resolvió a favor del demandante, señalando que el Estado Mexicano no podía utilizar su propio incumplimiento como defensa en la reclamación. En dicho laudo, un miembro de la Comisión señaló que la omisión de las autoridades mexicanas de pagar los giros postales en cuestión de conformidad con la legislación mexicana cuando dicho pago se adeudaba. Cook fue ilícitamente privado de su propiedad por el monto de los giros postales⁶².

Según la opinión de la Comisión, la negativa categórica de un Estado de honrar una orden de pago o instrumento similar pagadero conforme a su propia legislación bien puede constituir una expropiación efectiva o al menos una medida equivalente a expropiación del valor de la orden de pago.

⁶² 22 AJIL 189, 191. Cfr. *Waste Managment.*, Op. Cit., párrafo 167.

2. Caso Singer Sweing Machine Co. vs República de Turquía.⁶³ En este caso Singer presentó una reclamación ante la Comisión de Reclamaciones entre Estados Unidos y Turquía en el que solicitaba una indemnización por la omisión de pago de máquinas de coser conforme el precio pactado.

Al respecto, la Comisión señaló que si bien no podía afirmarse que la legislación de las naciones abarca una “Ley de Contratos”, como la que se encuentra en la jurisprudencia interna de las naciones, se puede considerar que se ocupa de las acciones que las autoridades de un gobierno pueden tomar con respecto a los derechos contractuales.

La Comisión, en aquel caso consideró que en la determinación última de la responsabilidad conforme al derecho internacional, puede otorgarse adecuadamente aplicación a los principios del derecho en materia de confiscación y que la confiscación de la propiedad de un extranjero es violatoria del derecho internacional. Si un gobierno acuerda pagar dinero por bienes y no cumple con ello, puede adoptarse la visión de que el precio de compra de los bienes ha sido confiscado, o bien que los bienes han sido confiscados, o que los derechos de propiedad emanados de un contrato han sido destruidos o confiscados.⁶⁴

De los dos casos expuestos, el Tribunal Arbitral determinó que los dictámenes eran demasiado amplios y por lo tanto no se establecía una distinción clara entre violación de contrato y violación de tratado, por lo que no los consideró aplicables al caso en concreto.

Por lo anterior el Tribunal Arbitral consideró necesario hacer un estudio que distinguiera entre las reclamaciones por incumplimiento de un contrato y por incumplimiento de un tratado. Para lograrlo consideró necesario clasificarlos en una serie de grupos.

El primer grupo lo constituyen los casos en que una empresa en su totalidad ve rescindido o frustrado su contrato porque su funcionamiento es detenido por decreto o acto del ejecutivo.

En segundo grupo, encontramos casos en los que se ha reconocido una confiscación de propiedad, por lo que se ven afectados los derechos contractuales asociados. En tales casos, el conjunto de derechos a ser compensados incluye todos los derechos contractuales y otros derechos incorpóreos asociados a menos de que éstos sean separables y retengan su valor en poder de la demandante a pesar del embargo de la propiedad vinculada.

En el tercer tipo o grupo se entienden los casos en los que el único derecho afectado es incorpóreo. El Tribunal consideró que éstos son los que más se aproximan a la reclamación actual por incumplimiento contractual.

⁶³ Referido en F.K. Neilsen., ed., *The American – Turkish claims settlement Commission. Opinions and Reports.* (Washington, Government Printing Office., 1937), 490, citado en el Memorial de la Demandante, párrafo 5.46 – 5.47.

⁶⁴ Cfr. *Ibidem.*, párrafo 491.

Sin embargo, el mero incumplimiento de una obligación contractual no debe ser equiparado a la confiscación de una propiedad, como tampoco es equivalente a una expropiación. Cualquier parte de carácter privado puede incumplir sus contratos, mientras que la nacionalización y la expropiación son actos inherentes gubernamentales.

A juicio del Tribunal, los casos de Cook y de Singer Sewing Machine pudieron haberse clasificado en esta categoría.

Ahora bien, el Tribunal Arbitral consideró que el término “medida” contenida en el artículo 1110 (1), se entiende en términos del artículo 201 del TLCAN como “cualquier ley, reglamento, procedimiento, requisito o práctica”, por lo que su interpretación puede concebirse como las acciones y omisiones que no son específica o exclusivamente gubernamentales.

Sin embargo, la respuesta normal de un inversionista que se enfrenta a un incumplimiento de contrato por su contraparte gubernamental, es iniciar una demanda en los tribunales competentes para procurarse una reparación ante dicho incumplimiento. Es sólo cuando tal acceso a la justicia es vedado en lo jurídico en la práctica que el incumplimiento puede convertirse en una denegación definitiva del derecho.

Por lo anterior concluyó el Tribunal que una cosa es expropiar un derecho emanado de un contrato y otra cosa es incumplir el contrato. El incumplimiento por parte de un gobierno con obligaciones contractuales no es lo mismo ni es equivalente a una expropiación. En el presente caso, la Demandante no perdió sus derechos contractuales, lo que podía libremente reclamar ante el foro contractualmente elegido.

D. Consideraciones

En este caso el Tribunal consideró y valoró diferentes conceptualizaciones de lo que debe entenderse por una medida equivalente a expropiación y recalca algunos principios que deben tenerse en consideración al resolver un arbitraje derivado del capítulo XI del TLCAN.

i) En primer lugar este Tribunal Arbitral reconoce y distingue la existencia de las medidas expropiatorias directas e indirectas y las medidas equivalentes a expropiación.

Señala que la expropiación indirecta sigue siendo la confiscación de una propiedad, pero en una medida equivalente a expropiación puede o no haber una transferencia, confiscación o pérdida de propiedad, sino un efecto sobre la propiedad que hace irrelevante toda distinción formal de propiedad.

ii) También hace un análisis de las diversas definiciones que han hecho otros Tribunales respecto de lo que debe entenderse por medidas equivalente a expropiación, llegando a los siguientes resultados:

Respecto del caso de Pope & Talbot, tomó en consideración que la medida adoptada por Canadá no era tan restrictiva para que resultase equivalente a una confiscación.

En este sentido, para este Tribunal Arbitral, la interpretación que se hizo en Pope & Talbot responde a que tan restrictivo o que tan importante es el daño causado por la medida adoptada, para así saber si hubo efectos de “quitar” los derechos de propiedad de un inversionista.

Por lo que hace al caso S.D. Myers, este Tribunal Arbitral, resaltó la definición de expropiación indirecta llegando a establecer que se entiende por ésta a la privación prolongada de la capacidad de un propietario de hacer uso de sus derechos económicos.

Por su parte, también toma en consideración que en el caso S.D. Myers se interpretó a la frase de “medida equivalente a expropiación” de manera amplia y de modo en que cubriera el concepto de “expropiación indirecta”. Así, no se consideró que las medidas adoptadas por el Gobierno Canadiense no constituyeron medidas equivalentes a expropiación, dado que no hubo un beneficio de ellas y tampoco se probó que hubiera una transferencia de propiedad.

Esta interpretación es contraria a lo que entiende el Tribunal Arbitral en el presente asunto, pues mientras en S.D. Myers se habla de que el término medida equivalente a expropiación es un término tan amplio que incluye el concepto de expropiación indirecta, en el caso Waste Management, sí se observa una diferenciación entre uno y otro.

En el caso de Metalclad este Tribunal consideró que se interpretó por medida equivalente a expropiación como una interferencia disimulada o incidental del uso de la propiedad que tenga el efecto de privar, totalmente o en parte significativa al propietario del uso o del beneficio económico que razonablemente se esperaría, aunque no necesariamente en beneficio obvio del Estado receptor.

De igual manera, este Tribunal también observó que en la revisión judicial llevada ante la Suprema Corte de Justicia de British Columbia en Canadá, el juez Tysoe J. Consideró que la interpretación que ese tribunal arbitral realizó respecto de la interpretación y alcances del artículo 1110 del TLCAN era “extremadamente amplia”.

iii) En el análisis de este caso – Waste Management – el Tribunal decidió no seguir ninguna de las interpretaciones anteriores respecto de lo que debe entenderse por medida equivalente a expropiación, toda vez que según lo dispuesto en el TLCAN,

cada caso debe analizarse a la luz de la situación fáctica y de los fundamentos para la adopción de las medidas en cuestión.

Por ello no consideró necesario llegar a conclusiones definitivas de lo que debe entenderse por “medida equivalente a expropiación”. Sin embargo, a diferencia de lo interpretado en el caso de Metalclad, consideró que la pérdida de beneficios o expectativas no constituye en criterio suficiente para establecer la existencia de una medida equivalente a expropiación, aún cuando sea un criterio necesario. Es decir, le otorga un elemento de presupuesto jurídico de naturaleza indiciaria.

Por ello y es muy importante decirlo, el hecho de que un Estado viole un contrato celebrado con un inversionista no constituye una “medida equivalente a expropiación” si dicho inversionista no es despojado de sus activos.

iv) El estudio de este asunto también guarda especial trascendencia, pues el Tribunal Arbitral reconoce la posibilidad de que la medida equivalente a expropiación tenga lugar no respecto de la inversión en términos generales, sino de los derechos contractuales derivados de la inversión.

En este sentido, consideró importante analizar si la falta de pago y por lo tanto una violación reiterada y continua de los derechos que tenía Acaverde de recibir el pago del servicio por parte del Municipio, constituye una violación equivalente a expropiación, toda vez que una omisión de pago se podría entender como una expropiación respecto del monto que lícitamente le correspondería.

La interpretación realizada es que un incumplimiento contractual no debe considerarse como una confiscación a los derechos contractuales, puesto que un incumplimiento tiene su naturaleza en la relación “inter partes”, mientras que la expropiación se entiende como un acto inherentemente gubernamental.

Será necesario que una medida equivalente a expropiación debe provenir de un acto del Estado en su carácter de *ius imperium*, por lo que el daño ocasionado por en su carácter de *ius gestionis*, no debe ser considerado como medida equivalente a expropiación.

En todo caso sí se estaría ante una medida equivalente a expropiación, si el inversionista hubiera acudido a los tribunales competentes a dilucidar su derecho y hubiera sido privado de dicho derecho subjetivo.

v) En cualquier caso, es importante resaltar la interpretación que hace el Tribunal Arbitral cuando señala que no es función del Derecho Internacional eliminar los riesgos normales que asume un inversionista extranjero al realizar un contrato con un Estado.

Así como tampoco, es función del Derecho Internacional, trasladar al Estado la responsabilidad del fracaso de un plan de negocio, que dadas las circunstancias,

se fundaba en una base de clientes demasiado acotada y cuyo éxito dependía de hipótesis insostenibles sobre captación de clientes y cumplimiento contractual.

VI. GAMI INVESTMENTS, INC⁶⁵ (Gami)

A. Antecedentes

GAMI Investments, Inc.(GAMI) es una compañía de inversión estadounidense creada en 1986 bajo las leyes de Delaware. Su oficina principal se encuentra en las Vegas. Es una filial poseída en un 100% por otra compañía estadounidense llamada Great American Managent and Investments, Inc.

GAMI posee el 14.18% de las acciones de Grupo Azucarero México, S.A. de C.V. GAM es un *holding* mexicano cuyos demás accionistas son mexicanos. Su accionista mayoritario es el señor Juan Gallardo Thurlow.

GAM adquirió del Gobierno Mexicano los ingenios de azúcar “Tala”; “Lázaro Cárdenas”; “San Pedro”; “San Francisco” y “Benito Juárez”. Los primeros 40 ingenios producían mayormente azúcar estándar y “Benito Juárez” producía mayoritariamente azúcar refinada. En dos mil uno, GAM ocupaba el cuarto sitio en la producción total de azúcar en México.

En el año de 1991, se emitió el Decreto de la Caña de Azúcar y fue reformado en 1993 por diversos acuerdos ministeriales.

En el Decreto de la Caña de Azúcar se estipularon una serie de obligaciones por parte del Estado que a juicio de la demandante no se habían cumplido, tales como el establecimiento de topes de producción, requisitos de exportación, etc.

Debido a cuestiones de política pública, el precio del azúcar cayó en el mercado nacional, los ingenios quedaron atrapados entre los bajos precio de sus productos y los altos costos regulados de su materia prima. La industria sufrió una crisis a comienzos de 1999.

El 3 de septiembre de 2001 el gobierno mexicano expropió formalmente 22 ingenios azucareros, entre los cuales se incluyeron los 5 ingenios de GAMI. El decreto expropiatorio manifestaba haber sido expedido basándose en el interés público identificado en la ley de Expropiación de 1997.

GAM solicitó el amparo y protección de la justicia federal en contra de la Ley de Expropiación y el Decreto Expropiatorio ante los Tribunales Federales del Poder Judicial Mexicano. Poco después, GAM se desistió de los procedimientos relacionados con los ingenios de “San Pedro” y “San Francisco”.

⁶⁵El Tribunal Arbitral que conoció de este asunto quedó debidamente constituido el 2 de octubre de 2002, por W. Michael Reisman (Presidente), Julio Lacarte Muró y Jan Paulsson. Se desahogó a través del procedimiento instituido por el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI.

El 8 de febrero de 2004, un Tribunal Colegiado Mexicano en materia administrativa emitió una resolución en la que decretó inconstitucional el decreto de expropiación de los 3 ingenios propiedad de GAM, por lo que fueron devueltos. Respecto de la expropiación de los dos ingenios restantes de GAM, el Tribunal Colegiado no se pronunció, en virtud del desistimiento.

B. Litis

GAMI no reclama que las medidas del Gobierno Mexicano fueran dirigidas contra su participación accionaria en GAM, sino su queja radica en que si bien México no se apropió formalmente de las acciones de GAMI en GAM, la expropiación de 5 ingenios pertenecientes a GAM dejó virtualmente sin valor la inversión de GAMI porque los ingenios eran sustancialmente todo el capital productivo de GAM.

Por lo tanto, y para efectos del tema en el trabajo que nos ocupa, se analizará únicamente lo referente a la pretensión de GAMI respecto de la violación al artículo 1110 del TLCAN por haber “expropiado indirectamente las acciones de GAMI en GAM de manera inconsistente con el artículo citado”.

C. Análisis de la interpretación a los conceptos contenidos en el artículo 1110 del Capítulo XI del TLCAN

A juicio de GAMI, México fue culpable de una mala administración al reglamentar la industria azucarera. Tal gestión ocasionó una violación al artículo 1110 del TLCAN que equivale a una expropiación en la inversión de GAMI en GAM, porque al realizar estas acciones, lo que se produce es una reducción en el valor de las acciones de GAMI, por lo que debe ser considerado una acción equivalente a una expropiación.

Ahora bien, el Tribunal Arbitral consideró que las acciones de GAMI en GAM no han sido expropiadas. Por tanto GAMI debe decir que su inversión en GAM ha sufrido algo equivalente a expropiación.

Para evaluar la pertinencia de estos argumentos, el Tribunal Arbitral tomó en consideración el contenido de los casos *Starrett Housing* en los que se refirió a derecho convertidos en inútiles. En *Santa Elena*, se concluyó que el efecto de la expropiación “priva al propietario de su título de posesión, acceso al beneficio y uso económico de la propiedad.”⁶⁶

No obstante el Tribunal Arbitral no consideró el contenido de los casos expuestos en el párrafo que precede, toda vez que en ellos los respectivos tribunales arbitrales no tenían que determinar si las protecciones legales existían también en los casos de privación parcial del uso o del beneficio.

⁶⁶ Cfr. *Caso Waste Management vs. Estados Unidos Mexicanos.*, Laudo final del quince de noviembre de dos mil cuatro. Procedimiento conforme al Capítulo XI del Tratado de Libre Comercio de América del Norte y el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI., párrafo ciento veintitrés.

Sin embargo, esta situación sí ha sido vertida en algunos casos emanados del TLCAN, así, en S.D. Myers se concluyó que una legislación discriminatoria temporal que elimina la ventaja competitiva del demandante en un mercado determinado no era expropiación. En ese caso el tribunal señaló que puede ser que en algunos contextos y circunstancias, es adecuado interpretar la privación como equivalente a una expropiación, inclusive si es parcial o temporal, pero no explicó cuáles serían esas circunstancias.⁶⁷

En el caso de Pope & Talbot, el tribunal arbitral consideró que el demandante en ese caso había “reconocido, correctamente, que bajo el derecho internacional la figura de expropiación requiere de una privación substancial”. Pero el parámetro del tribunal en ese caso fue más estricto, pues en ese caso debía considerar si la interferencia ocasionada por el Estado debía ser suficientemente restrictiva para apoyar la conclusión de que la propiedad había sido quitada a su dueño.⁶⁸

Por lo anterior, se concluyó que la disminución de ganancias del demandante corporativo debido a las restricciones en la venta de madera proveniente de Columbia Británica a los Estados Unidos no era suficiente para satisfacer dicho parámetro. El laudo explícitamente estableció que el deterioro del valor económico equivale a expropiación sólo si el grado de deterioro es equivalente a una expropiación.

Así, la pregunta que se hizo el Tribunal Arbitral fue ¿cuándo estamos ante una afectación lo suficientemente amplia para ser considerada como equivalente a expropiación? La respuesta que aportó fue, hasta el grado de que la propiedad afectada sea incapacitada en tal punto que pueda ser considerada como “tomada”.

Por lo anterior y siguiendo el razonamiento de Pope & Talbot se puede sugerir que el deterioro del valor de la propiedad no sería equivalente a la “toma” de esa propiedad si tan solo uno de los 5 ingenios de GAMI de igual valor hubiera sido expropiado sin compensación. El deterioro podía haber sido total si ese era el único ingenio que tenía un valor positivo.

Entonces, a juicio el Tribunal Arbitral, la posición es esta: GAMI tiene derecho a invocar la protección del artículo 1110 del TLCAN si sus derechos de propiedad fueron arrebatados mediante una conducta que viola las provisiones del TLCAN.

En otras palabras, el Tribunal Arbitral consideró muy probable que el Decreto Expropiatorio de los ingenios fuera inconsistente con las normas del TLCAN pero la conducta de México que es inconsistente con el tratado mencionado sólo se considera una violación si afecta los intereses protegidos del TLCAN y en el caso de la inversión de GAMI en GAM está protegida por el artículo 1110 del TLCAN si sus acciones hubieran sido tomadas.

⁶⁷ Ibidem., párrafo ciento veinticuatro.

⁶⁸ Ibidem., párrafo ciento veinticinco.

Así, no tenía que considerar si la destrucción parcial de intereses de los accionistas puede equivaler a una expropiación. En cualquier caso sería necesaria la evaluación del valor de las acciones de GAM al momento en que fue adoptado el Decreto Expropiatorio.

D. Consideraciones

i) Lo importante en el análisis de este asunto fue que el Tribunal Arbitral estimó que una medida equivalente a expropiación también puede entenderse cuando se afecta a un inversionista respecto de las acciones de una inversión en uno de los países Parte.

Sin embargo, es importante hacer mención que se considerará que hubo un daño en una inversión, hasta el grado en que la propiedad afectada sea incapacitada en tal punto que pueda ser considerada como “tomada”.

El rango de lo que se entiende como medida equivalente a expropiación fue tomada del laudo en *Pope & Talbot* que señalaba que el deterioro de un valor económico equivale a una expropiación si el grado de deterioro es equivalente a una expropiación, es decir, si los activos fueron tomados.

ii) No obstante de no ser objeto central de este trabajo, es importante hacer mención el razonamiento que obra en los párrafos 38 a 43 de la resolución que se analiza puesto que se hace un análisis de los efectos diferenciadores que puedan tener en los derechos procesales de nacionales respecto de extranjeros.

Al respecto, este tribunal citó frases que obran en el caso *S.D. Myers*, en el que se señaló textualmente que:

“Es frecuente que bajo las reglas del derecho internacional aplicado a controversias de carácter internacional una nación requiera conceder a los extranjeros un trato más amplio y liberal que aquel acordado a sus propios ciudadanos según las leyes domésticas ... Los ciudadanos de una nación pueden disfrutar de muchos derechos que están restringidos a los extranjeros, y a la inversa, según el derecho internacional, los extranjeros pueden gozar de derechos y reparaciones que la nación no acuerda a sus propios nacionales.”⁶⁹

Esta posición fue reiterada por el árbitro J.H: Ralston en el caso *Selwyn* decidido en 1903 por la Comisión Británica-Venezolana, en el que textualmente se señaló:

“El arbitraje internacional no está afectado jurisdiccionalmente por el hecho que la misma cuestión se encuentre ante los tribunales nacionales. Un tribunal internacional tiene el poder de decidir sin referencia al tribunal nacional y si la sentencia ha sido pronunciada por dicho tribunal, de desconocerla si afecta la indemnización del individuo y tiene poder de dictar

⁶⁹ Primer Laudo parcial del trece de noviembre de dos mil, 8 ICSID Reports, párrafo 260 (2000).

un laudo en adición o ayuda a aquélla si en el caso concreto la justicia lo requiere.”⁷⁰

Por lo anterior, el Tribunal Arbitral en el presente asunto consideró que efectivamente le correspondía a los Tribunales Mexicanos decidir respecto de la ilicitud de la expropiación bajo el derecho mexicano, pero que se tomaría dicha resolución únicamente como una expresión autorizada del derecho nacional.

Además, aclaró que los Tribunales internacionales son propiamente reacios a concluir que el derecho nacional contradice el derecho internacional. Sin embargo toma en consideración que cada jurisdicción es en definitiva responsable de la aplicación del derecho bajo el cual ejerce su mandato.

Por lo anterior, le correspondía a los Tribunales Mexicanos determinar si la expropiación fue legítima conforme el derecho mexicano y le correspondía al Tribunal Arbitral juzgar si hubo incumplimiento al derecho internacional por cualquier agencia del gobierno mexicano.

Lo anterior con fundamento en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, en el que se establece de manera taxativa lo siguiente:

“Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación de incumplimiento de un tratado.”

De lo anterior, se puede entender, que un Tribunal Internacional puede contradecir una resolución emitida por el órgano nacional jurisdiccional competente, independiente que ello otorgue un mejor derecho al extranjero respecto del gobernado.

Lo anterior es importante si consideramos que el juicio ante el Tribunal Internacional le otorga una instancia más al extranjero respecto del gobernado y sobre materias en los que el nacional tiene negada acción.

Me explico, si un Juez de Distrito Federal en Materia Administrativa emite una resolución en el que no otorgue razón a un nacional y a un extranjero, ambos tienen la posibilidad de interponer el recurso de revisión correspondiente. Sin embargo, si el fallo resulta en el sentido de confirmar la resolución del Juez de Distrito, para el nacional ya es cosa juzgada y no habrá instancia para recurrir la resolución. En cambio, el extranjero tiene una instancia más, que será la solicitud de un panel arbitral de conformidad con el derecho internacional para dilucidar su derecho.

No obstante lo anterior, no hay que perder de vista que la litis que deberá plantearse ante el Tribunal Internacional, será respecto de la responsabilidad del Estado de conformidad con el orden internacional, por lo que dicha la litis se

⁷⁰ Cfr. J.H. Ralston, VENEZUELAN ARBITRATIONS OF 1903, 322, p.327 (1904), en GAMI INVESTMENTS, INC vs. EL GOBIERNO DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, Laudo final del 15 de noviembre de 2004., párrafo 39.

planteará de manera diversa y las pretensiones del actor (aunque tenga los mismos efectos) también variarán.

VII. INTERNATIONAL THUNDERBIRD CORPORATION⁷¹ (Thunderbird)

A. Antecedentes

Este asunto tiene como promovente a una sociedad anónima pública canadiense, cuyas principales oficinas se encuentran en San Diego California, Estados Unidos, denominada International Thunderbird Gaming Corporation (en adelante Thunderbird). Esta empresa desarrolla el negocio de operación de centros de juego de apuestas.

En el periodo comprendido entre fines de 1999 y principios del año 2000, el Sr. Jack Mitchell, presidente y principal funcionario de Thunderbird comenzó a estudiar la posibilidad de explotar “máquinas de destreza” en México.

El 5 de abril de 2000, los Sres. Juan José Méndez Tlacatelpa y Alejandro Rodríguez Velásquez constituyeron una empresa mexicana denominada Entertainments de México S.A. de C.V. (en adelante EDM).

En julio del año 2000 Thunderbird decidió solicitar una opinión oficial respecto de la legalidad de las operaciones de juegos que se proponía realizar en México; y en el caso de que la respuesta gubernamental fuese favorable, Thunderbird abriría y comenzaría a explorar en México sus establecimientos de “máquinas de destreza”.

El 31 de julio del año 2000, EDM importó 50 máquinas de videojuegos marca Bestco modelo MTL19U-8L.

El 3 de agosto del año 2000, EDM presentó al Director General de Gobierno de la Secretaría de Gobernación (en adelante SEGOB), una solicitud por escrito referente a las operaciones de juegos que se proponía realizar en México (en adelante la Solicitud). En el texto de la solicitud establece las siguientes consideraciones:

Solicita opinión respecto a la actividad que realiza EDM consistente en la explotación comercial de máquinas de video para juegos de habilidad y destreza exponiendo lo siguiente:

- Las máquinas de video para juegos de habilidad y destreza que explota EDM son aparatos de recreación cuya finalidad es la diversión y entretenimiento.
- En esos video juegos no interviene ni el azar ni la apuesta, sino la destreza y habilidad del operador quien tiene que buscar alinear

⁷¹El Tribunal Arbitral que conoció de este asunto quedó debidamente constituido el 14 de marzo de 2003, por Albert Jan van den Berg (Presidente), Thomas W. Wälde y Agustín Portal Airoso. Se desahogó a través del procedimiento instituido por las Reglas de Mecanismo Complementario del CIADI. La fecha del fallo arbitral fue el 26 de enero de 2006.

diversos símbolos en la pantalla del juego a través de tocar la misma u oprimir botones con objeto de detener el símbolo deseado respecto de los distintos de ellos que giran de manera secuencial en cada una de las líneas o cuadrantes del video juego.

- El objetivo o fin del video juego es que el operador consiga ordenar los signos en una combinación óptima y que le otorgue un ticket con puntos canjeables por bienes o servicios, como diversas que ya operan en distintos puntos del país.
- Era intención de EDM colocar alrededor de 2,000 máquinas más en algunos otros locales de la República con idéntico funcionamiento y naturaleza de la mecánica descrita en el punto inmediato anterior.
- El objetivo del escrito esta consultar su opinión respecto a la actividad que realizaban; esto es, para que emitan su criterio sobre las máquinas de video para juegos de habilidad y destreza a que nos referimos con objeto de determinar si son juegos regulados por la Ley Federal de Juegos y Sorteos.
- Solicitaron la opinión a fin de que EDM contara con la certeza de la legalidad de la explotación comercial de las máquinas de video para juegos de habilidad y destreza, pues ellos (EDM) habían concluido que no están dentro del ámbito de aplicación de la Ley Federal de Juegos y Sorteos y por ende no se encuentran bajo la regulación de la Secretaría de Gobernación.
- Señalaron que la naturaleza de las máquinas de video para juegos de habilidad y destreza no es de juegos de azar, ni de juegos con apuestas ni de sorteos, ya que en la operación de las mismas la persona que decide entretenerse y jugar con las máquinas, asume respecto de ellas una posición activa donde interviene su inteligencia, su voluntad, su experiencia y su capacidad de responder óptimamente a determinados estímulos con el objeto de encontrar una combinación, efecto o proeza sobre la máquina, lo cual únicamente es posible a través de la habilidad, experiencia y control que se ejerza sobre ella, todo esto con el fin de entretenimiento y diversión, pudiendo conseguir determinados puntos canjeables como recompensa a la destreza lograda y de ninguna manera el azar.

El 4 de agosto de 2000, EDM compró 30 máquinas de videojuegos de habilidad y destreza y se importaron el 14 de agosto de 2000.

Mediante comunicación del 15 de agosto de 2000 la Secretaría de Gobernación respondió oficialmente a la Solicitud de Thunderbird ("el Oficio"). En el texto se establece de manera general los siguientes puntos:

- Se hace referencia que en la Ley Federal de Juegos y Sorteos se establecen con puntualidad diversas disposiciones que con todo rigor prohíben en todo el territorio nacional los juegos con azar y los juegos con apuestas.

- Señalaron que de conformidad con la Ley Federal de Juegos y Sorteos, no puede establecerse ni funcionar ninguna casa, o lugar abierto o cerrado, en que se practiquen juegos con apuestas o sorteos, de ninguna clase, sin permiso de la Secretaría de Gobernación.
- Considerando lo expuesto en la solicitud de EDM, Secretaría de Gobernación tomó en consideración que las máquinas con que opera son aparatos de video juego para la recreación cuya finalidad es la diversión y el entretenimiento de las personas que tienen acceso a ellas, con la posibilidad de obtener un premio en donde no interviene ni el azar ni las apuestas sino la destreza y la habilidad del operador.
- En ese caso, la Secretaría de Gobernación señaló que no tenía competencia en la inteligencia que de tratarse de máquinas de las conocidas como “tragamonedas”, “tragafichas” o “slots machines”, en donde el factor preponderante de operación es el azar y la apuesta y no la habilidad y destreza, podría incurrir en alguna de las hipótesis normativas que prevé la Ley Federal de la materia, con las consecuencias jurídicas que de ello pudieran derivar.
- Por lo anterior, en dicho comunicado, la Secretaría de Gobernación le previno para que en las máquinas que operan no intervinieran los ingredientes del azar y la apuesta.

Derivado de lo anterior, EDM abrió algunos establecimientos en los que situaría las máquinas.

El 21 de febrero de 2001 la Secretaría de Gobernación procedió a la clausura del establecimiento de Nuevo Laredo en el Estado de Tamaulipas.

El 16 de marzo de 2001, en virtud de irregularidades administrativas se levantaron los sellos de clausura y se reabrió el 20 de marzo del mismo mes y año.

El 10 de octubre de 2001, la Secretaría de Gobernación dictó una resolución administrativa estableciendo que las máquinas de EDM eran equipo de juegos de azar prohibidos por la Ley Federal de Juegos y Sorteos, y ordenó la clausura de algunos de los establecimientos que operaba. Al día siguiente dicha Secretaría de Estado procedió a la clausura de los establecimientos.

El 21 de marzo de 2002 Thunderbird inició el procedimiento arbitral en términos del Capítulo XI del TLCAN.

B. Litis

Thunderbird requirió el pago de una indemnización completa, sin demora y efectiva por la expropiación de una “inversión”, pues a su juicio el estándar para establecer si se ha producido una expropiación es que el acto gubernamental haya obstaculizado sustancialmente la inversión.

Según Thunderbird, EDM (inversión suya) había adquirido legítimamente derechos a los negocios que realizaban y los actos de la Secretaría de Gobernación constituían una expropiación en términos del artículo 1110 del TLCAN, porque las EDM establecieron sus inversiones basándose en la promesa general de un trato justo y equitativo y con la seguridad adicional de la “autorización por omisión” contenida en el Oficio. La clausura, a su parecer aniquiló los negocios de EDM.

Por su parte el Estado Mexicano consideró que la Secretaría de Gobernación clausuró las operaciones de EDM en virtud de que éstas eran ilegales en términos de una Ley Federal, por lo que los actos no pueden ser considerados como equivalentes a la expropiación.

El punto a discernir consistió en determinar si EDM tenía una expectativa legítima derivada del Oficio emitido por la Secretaría de Gobernación, o bien si el inversionista nunca gozó de un derecho adquirido.

C. Análisis de la interpretación a los conceptos contenidos en el artículo 1110 del Capítulo XI del TLCAN

En este sentido, para analizar si la conducta de México y las medidas dispuestas por la Secretaría de Gobernación en relación con EDM eran compatibles con las obligaciones que impone a México el Capítulo XI del TLCAN se construyó a establecer si los reglamentos y actos administrativos violaron los artículos 1102, 1105 y 1110, dejando claro en todo momento que la reglamentación de los juegos de azar constituye una potestad especialmente amplia de los gobiernos que reflejan la opiniones nacionales sobre la moralidad pública.

En este sentido, el Tribunal tomó en consideración lo que debe entenderse por el concepto “expectativas legítimas”, concluyendo que dicho significado guarda relación con el contexto del TLCAN.

De esta manera, si la conducta de una Parte Contratante crea expectativas razonables y justificables para que un inversionista (o inversión) actúe basándose en esa conducta, el hecho de que la Parte del TLCAN no cumple con esas expectativas puede causar perjuicios al inversionista.⁷²

En el caso en concreto el Tribunal consideró que el Oficio emitido por la Secretaría de Gobernación hubiera generado una expectativa legítima en la que EDM pudiera haberse basado razonablemente para operar sus máquinas.

Para llegar a esta conclusión, el Tribunal comenzó su análisis a partir de lo solicitado por EDM, concluyendo que la información presentada por ésta persona jurídica fue incompleta e inexacta en dos aspectos:

⁷² Es de mencionar que el Tribunal consideró que las expectativas legítimas pueden variar en función de las características de la violación alegada al TLCAN. Cfr., Laudo Arbitral página 53 de 80, párrafos 147 a 156.

- a) En escrito de petición que originó el Oficio, se sostiene que las máquinas operadas por EDM no intervienen la suerte ni la apuesta.
- b) En dicho documento también se señala que las máquinas en cuestión “son aparatos de recreación cuya finalidad es la diversión y entretenimiento de las personas que tienen acceso a ellas y que los usuarios pueden obtener premios en razón de su habilidad o destreza”.

De esta manera se sugiere que las máquinas operadas por EDM no implican ningún “acuerdo para la entrega de una cantidad de dinero o de otra cosa”.

De esta manera el Tribunal concluye que la solicitud que hizo EDM no reveló adecuadamente la información e indujo al lector al error.

No obstante lo anterior, el Órgano Arbitral consideró necesario entrar al análisis del Oficio, señalando en primer lugar que no le correspondía determinar la manera en que la Secretaría de Gobernación debió haber interpretado la solicitud presentada por EDM, pues al hacerlo estaría interfiriendo en cuestiones de derecho interno y en la manera en que el gobierno debe resolver cuestiones administrativas.

En este sentido, el Tribunal sólo puede establecer si el contenido del Oficio generó expectativas legítimas para Thunderbird en el contexto de las obligaciones asumidas por México conforme al Capítulo XI del TLCAN.

Para llegar a sus conclusiones, el Tribunal arbitral tomó en consideración que la Secretaría de Gobernación fue muy clara en el Oficio para determinar que:

- a) Si las máquinas operan tal y como lo expresaba EDM, dicho órgano del estado carecía de competencia sobre esas máquinas;
- b) El Oficio no definió un estándar al señalar que unas máquinas cuyo “factor preponderante” sea la destreza y habilidad del usuario no están comprendidas en la esfera de la Secretaría de Gobernación, pues dicho término no es inusual en la industria.
- c) En México está prohibido operar máquinas de juegos de azar o de apuesta.

De esta manera, el Tribunal concluye que Thunderbird no podía haber dependido razonablemente del Oficio para operar sus establecimientos de juegos en México, pues incuestionablemente sabía cuando decidió invertir en dichas actividades, que éstas eran consideradas como ilegales.

Por otro lado, resulta importante para este trabajo señalar que el Tribunal Arbitral consideró Thunderbird sabía que la actividad era considerada ilegal al citar en su defensa a otros agentes económicos que también han encontrado resistencia jurídica por parte de la Secretaría de Gobernación para la operación de este tipo de máquinas.

Por ello, a juicio del Órgano Decisor, EDM su tenedora de acciones Thunderbird **debieron saber** que por la naturaleza de la actividad de las máquinas, el azar intervenía en cierta medida en su operación y que este elemento junto con otros intrínsecos podían considerarse razonablemente como elementos constitutivos de apuestas.

Al emitir su fallo, el Tribunal también consideró el tiempo que tomó la Secretaría de Gobernación en contra de las instalaciones de juego de Thunderbird (aproximadamente seis meses) después de la emisión del Oficio, concluyendo que este es un periodo razonable para que un gobierno pueda hacer cumplir una legislación doméstica en materia de juegos y apuestas.

D. Consideraciones

En este caso si bien no señala de manera directa lo que debe entenderse por medida equivalente a expropiación, resulta por demás revelador las siguientes consideraciones que pueden dar origen a responsabilidad internacional por parte de un Estado.

i) Puede causar perjuicios a un inversionista una “expectativa legítima” originada de una acción u omisión de la actividad del Estado.

ii) El tiempo de ejecución. Para este elemento se debe considerar un tiempo razonable para que una autoridad pueda ejercer sus atribuciones, de tal manera que el inversionista no tenga por cierto algún derecho.

iii) Impone un estándar a la inversión que es el saber o deber saber el cumplimiento con el Derecho Interno

iv) Un Tribunal Arbitral no puede señalar cómo debió entenderse una solicitud o bien cómo debe contestarse ésta pues estaría violentando el derecho interno al sustituirse en la autoridad competente.

VIII. FIREMAN’S FUND INSURANCE COMPANY⁷³ (Fireman’s)

A. Antecedentes

Este asunto es una controversia que tuvo su origen en la crisis financiera que enfrentó México en 1994, en donde el peso se devaluó considerablemente en relación con el dólar de Estados Unidos de Norteamérica y las tasas de interés se

⁷³El Tribunal Arbitral que conoció de este asunto quedó debidamente constituido el 17 de mayo de 2002, quedando integrado por Albert Jan van den Berg (Presidente), Andreas F. Lowenfeld y Francisco Carrillo Gamboa, quien fue suplido posteriormente por Alberto Guillermo Saavedra Olivarieta. Se desahogó a través del procedimiento instituido por las Reglas de Mecanismo Complementario del CIADI. La fecha del fallo arbitral fue el 14 de julio de 2006.

elevó drásticamente⁷⁴ y las inversiones de nacionales y extranjeros fueron efectivamente dañadas.

En el caso particular, Fireman's Fund Insurance Company (en adelante Fireman's), el actor, es una empresa financiera norteamericana conforme al Capítulo XIV (artículo 1416) del TLCAN, que tiene sus oficinas en California, Estados Unidos de Norteamérica, subsidiaria de Allianz of America, Inc., quien a su vez es propiedad de Allianz AG, esta última constituida en Múnich, Alemania.

El objeto social principal de Fireman's es proveer distintos tipos de seguros, incluyendo aquéllos por accidentes y contra incendio.

Fireman's argumentó que el Gobierno de México expropió su inversión en Grupo Financiero Bancrecer, S.A. de C.V. en violación al artículo 1110 del TLCAN mediante las siguientes acciones: i) Lo privó del uso y del valor de la inversión y lo hizo de manera arbitraria y discriminatoria; ii) No compensó esta expropiación al valor justo del mercado. Lo anterior de acuerdo a los hechos que a continuación se narran.

En los años de 1994 y 1995, México enfrentó una crisis muy fuerte y el gobierno mexicano, con la finalidad de combatirla, adoptó una serie de medidas financieras, entre otras apoyar a los bancos y a los ahorradores para restablecer su viabilidad. Una de esas medidas fue el Programa de Capitalización y Compra de Cartera (en adelante PCCC).

El PCCC consistió en un esquema mediante el cual el gobierno mexicano, a través del Fondo Bancario de Protección al Ahorro (Fobaproa), tomó portafolios de deuda no-pagadera de bancos participantes, a cambio de pagarés generadores de interés, emitidos por el mismo Fobaproa, pagaderos a 10 años y garantizados por el citado gobierno. La toma del portafolio de deuda y la emisión de pagarés estaba condicionada a que el banco destinara fondos adicionales para incrementar su capitalización.

Para llevar a cabo la operación se requería que por cada peso que los accionistas o terceras personas contribuyeran, el gobierno mexicano tomaba dos pesos del valor del portafolio de la deuda. Al momento que un banco participaba celebraba un contrato con la Comisión Nacional Bancaria y de Valores titulado "Bases de Capitalización".

A mediados de los años noventas, Allianz México (subsidiaria de Grupo Allianz) pretendía fortalecer su presencia dentro de la industria de seguros en México. En particular, estaba interesado en construir un negocio de seguros denominado "líneas personales".

⁷⁴ Durante el primer semestre de 1995 el peso se devaluó en no menos del 96%. Cfr. Párrafo 48 de la resolución del Panel Arbitral en análisis.

Allianz México consideró que la mejor forma para expandir el negocio era buscar un convenio con un banco mexicano existente cuyas sucursales pudieran ser utilizadas como locales de venta de productos de seguros. Allianz México identificó a Bancrecer para tal propósito.

El 20 de septiembre de 1995, GFB emitió obligaciones subordinadas obligatoriamente convertibles a un plazo de 5 años en dólares americanos por un monto de \$50 millones USD, (obligaciones en dólares) las cuales fueron adquiridas por Fireman's.

En esa misma fecha, GFB emitió bonos similares, convertibles y subordinadas en pesos mexicanos, cuyo valor era equivalente a EU \$50 millones de dólares americanos en ese momento (obligaciones en pesos).

Durante este periodo se suscita la crisis económica mexicana y muchas empresas inversionistas, nacionales y extranjeras comienzan las negociaciones para salvaguardar sus inversiones.

A finales de 1997 y principios de 1998 BanCreceer y JP Morgan desarrollaron un Plan de Capitalización para el rescate de BanCreceer, el cual enfrentó resistencia por parte del gobierno quien insistió en que la totalidad del capital social existente de BanCreceer debería amortizarse a cero contra pérdidas anteriores y déficit del capital, además de que requería la participación de un socio extranjero en un 40% del capital de BanCreceer.

En otras palabras, Grupo Allianz México se comprometía a volver a invertir el capital original de las obligaciones en dólares una vez que fueran liquidados además de inversiones adicionales.

El Plan de Recapitalización fue motivo de una reunión urgente en la tarde del jueves 26 de febrero de 1998, en el Banco de México. Este plan consistió básicamente en la separación de dos bancos, un "Banco Bueno" y un "Banco Malo", una fusión de GFB y sus demás subsidiarias con BanCreceer y una división en 40-40-20 respecto de la tenencia accionaria.

Al día siguiente, GFB y JP Morgan emitieron un comunicado de prensa en el que se estableció lo siguiente:

- Se aprueban las medidas para el saneamiento definitivo de BanCreceer;
- Nuevos inversionistas, conjuntamente con un grupo de los accionistas actuales aportarán recursos por \$500 millones de dólares;
- El nuevo capital de BanCreceer estará representado en su mayoría por capital extranjero.

En julio de 1998, el fideicomiso controlado por BanCrecer realizó la recompra de las obligaciones en pesos, en tanto que la recompra de las obligaciones en dólares no fue iniciada debido a deficiencias en ciertas suscripciones.

El 11 de noviembre de 1998, el Fobaproa notificó a BanCrecer que había devuelto la totalidad el portafolio de la deuda (obligaciones en dólares) perteneciente a Allianz México.

En julio de 1999, Fireman's solicitó que GFB buscara la autorización del Banco de México para adquirir las obligaciones en dólares en los mismos términos que las obligaciones en pesos habían sido recompradas. El 16 de agosto de 1999, Banco de México negó la solicitud de GFB explicando que el pago anticipado de las obligaciones convertibles no estaba permitido bajo la ley mexicana.

El 3 de noviembre de 1999, dos asambleas de accionistas de GFB resolvieron que el Instituto para la Protección al Ahorro (IPAB)⁷⁵ tomaría el control de BanCrecer; que BanCrecer dejaría de ser una sociedad subsidiaria de GFB; y que GFB entraría en disolución y posteriormente se liquidaría. En 2001, BanCrecer fue subastado por el Bancario IPAB y adquirido por Banorte.

En 2002, el IPAB trató nuevamente la pregunta de las obligaciones en dólares propiedad de Fireman's. La discusión fue inconclusa.

B. Litis

Fireman's señala que sufrió una expropiación conforme al TLCAN pues se le privó del uso o valor de la inversión realizada y al privarlo permanentemente del uso y valor de su inversión, se puede considerar que fue expropiada en términos del artículo 1110 de dicho tratado. Para evidenciar lo anterior, Fireman's realiza la siguiente relatoría de hechos:

- A principios de 1998, México obligó a Fireman's a utilizar su inversión para ayudar al Gobierno con el Plan de Recapitalización de BanCrecer.
- Una vez que Fireman's aceptó participar con el Gobierno mexicano en el Plan de Recapitalización, procedió a detener el programa al que él mismo se había comprometido privándolo del valor de su inversión según se planeó en el Programa.

⁷⁵ Derivado de la crisis financiera que vivió el país a finales de 1994 y principios de 1995, el Poder Ejecutivo envió al Congreso de la Unión en marzo de 1998 varias iniciativas de ley que buscaban reducir el riesgo asumido por los bancos, la probabilidad de que volviera a suscitarse una crisis, y el esquema mediante el cual se gestionarían las operaciones activas y pasivas originadas por las medidas que las autoridades adoptaron para enfrentar la crisis, buscando reducir en la medida de lo posible el costo fiscal asociado.

En diciembre de 1998 el Congreso de la Unión aprobó la Ley de Protección al Ahorro Bancario (LPAB) y fue publicada por el Ejecutivo Federal en el Diario Oficial de la Federación el 19 de enero de 1999, entrando en vigor el 20 de enero del mismo año, dando origen al Instituto para la Protección al Ahorro Bancario (IPAB). La LPAB marcó diferencias significativas en materia de protección al ahorro con respecto a la legislación anterior, en las que se destaca la cobertura limitada y explícita del seguro. El IPAB entró en operación en mayo de 1999. Cfr. http://www.ipab.org.mx/01_acerca_ipab/origen.html

- Posteriormente, México actuó de forma discriminatoria con contra de Fireman's al negarse a autorizar la recompra a valor facial de las obligaciones en dólares, de la misma manera que lo había llevado a cabo a favor de los inversionistas mexicanos con las obligaciones en pesos.
- De igual manera, Fireman's considera que México, al devolverle el portafolio de deuda no-pagadera que había sido tomado por el Fobaproa en el periodo 1995-1997, lo privó de su inversión.
- Por último, México a través del IPAB dio el último paso para privar del valor de la inversión al tomar control de BanCrecer en 1999.

Asimismo, señala que aún y cuando podría considerarse que ninguna de las acciones del Gobierno en forma individual sería suficiente para sostener el alegato de expropiación, resultaría claro que la totalidad de los actos y omisiones de México, considerados de manera conjunta, tuvieron el efecto de privar a Fireman's del uso y valor de su inversión y por lo tanto se puede afirmar que sufrió una expropiación.

Por último, considera que sería un error asumir que las acciones que forman la base de su demanda puedan entenderse como medidas de excepción o medidas prudenciales.

Por su parte, el Gobierno Mexicano señaló que Fireman's cometió tres errores fundamentales:

- Presenta una demanda inadmisibles por negación de Trato Nacional disfrazada como una demanda por expropiación;
- Intenta probar una expropiación sobre la base de un análisis por supuestas violaciones a los requisitos establecidos en los párrafos (a) a (d) del artículo 1110; en lugar de establecer que existió una expropiación y luego proceder con un análisis respecto del cumplimiento de dichos requisitos.
- El concepto de expropiación lo lleva mucho más allá del concepto reconocido por el Derecho Internacional.

Por último, señala que las medidas en cuestión conciernen medidas prudenciales autorizadas por el Capítulo Catorce del TLCAN; en particular en el artículo 1410.

C. Análisis de la interpretación a los conceptos contenidos en el artículo 1110 del Capítulo XI del TLCAN

El primer punto que interesó al Tribunal Arbitral, es el establecer si efectivamente México realizó una expropiación. Para poder concluir sobre este punto, tomó en consideración los cinco actos u omisiones expuestas por Fireman's⁷⁶:

⁷⁶ Estas premisas fueron expresamente expuestas por el Tribunal a foja 60 de la versión en español del laudo arbitral del Caso CIADI No. ARB(AF)/02/01 del 14 de julio de 2006. Visible en la página de internet www.economia.gob.mx

- i) A principios de 1998, el Gobierno de México obligó a Fireman's a utilizar su inversión para ayudar al Gobierno con el Plan de Recapitalización de BanCrecer.
- ii) Una vez que Fireman's aceptó participar con el Gobierno en el Plan de Recapitalización, el Gobierno procedió a detener el Programa al que él mismo se había comprometido, privando a Fireman's del valor de su inversión, según se planeó conforme al Programa.
- iii) Al mismo tiempo en que el Gobierno aprobó y subsecuentemente fracasó en llevar a cabo el Plan de Recapitalización de BanCrecer, el Gobierno, de manera discriminatoria, se negó a autorizar la recompra, al valor facial de las Obligaciones en Dólares, detentadas por Fireman's, en la manera en que el Gobierno lo había llevado a cabo a favor de inversionistas mexicanos, con respecto a Obligaciones en Pesos.
- iv) El Gobierno Mexicano igualmente privó a Fireman's del valor de su inversión al devolver, en noviembre de 1998, el portafolio de deuda no-pagadera que había sido adquirida por el Fobaproa en el periodo 1995-1997.
- v) El Gobierno de México, a través del IPAB, efectuó el último paso para privar a Fireman's del valor de su inversión al tomar el control de BanCrecer en noviembre de 1999.

Al analizar los actos detallados, el Tribunal Arbitral consideró que ninguno podía considerarse como un acto por el cual se le haya privado a Fireman's el uso y goce de las obligaciones en dólares. En todos los puntos excepto el tercero, le resultó medianamente claro llegar a las estas conclusiones.

En el tercer punto, el Tribunal señaló que si bien es cierto que la recompra de las Obligaciones en Pesos fue discriminatoria en contra de Fireman's, esta acción tampoco se constituye una expropiación.

Para llegar a la conclusión anterior, se consideraron unos precedentes en los que el trato discriminatorio fue considerado como un factor en casos de expropiación en dos escenarios:

El Primero, tomado del caso *Liamco*,⁷⁷ al que hizo referencia Fireman's, aquél Tribunal consideró que una nacionalización puramente discriminatoria es ilegal e injusta conforme al Derecho Internacional. Sin embargo, para que la nacionalización pueda calificarse como discriminatoria, es necesaria la existencia de un acto que pueda calificarse como expropiatorio.

El Segundo, tomado del caso *Schering Corp*,⁷⁸ en donde el trato discriminatorio fue utilizado como uno de los factores para distinguir entre una expropiación

⁷⁷ *Libyan American Oil Co. V. The Government of the Libyan Arab Republic*, Laudo del 12 de abril de 1977, 20 ILM 1, 59 (1981), citado en el presente caso a foja 88 de la versión en español del laudo arbitral del Caso CIADI No. ARB(AF)/02/01 del 14 de julio de 2006. Visible en la página de internet www.economia.gob.mx

⁷⁸ *Schering Corp. V. The Islamic Republic of Iran*, Laudo No. 122-38-3, del 13 de abril de 1984, Iran US CTR 381. citado en el presente caso a foja 89 de la versión en español del laudo arbitral del Caso CIADI No. ARB(AF)/02/01 del 14 de julio de 2006. Visible en la página de internet www.economia.gob.mx.

compensable y una regulación no compensable por parte del Estado receptor. En este caso, el aquel Tribunal resolvió que las restricciones en el intercambio podían constituir una expropiación sujeta a compensación conforme el Derecho Internacional, cuando las restricciones son discriminatorias.

De igual manera que en el caso anterior, el Tribunal Arbitral tomó en consideración que efectivamente un acto regulatorio discriminatorio puede considerarse como una expropiación. Sin embargo, en el caso en que se analizó no se consideró que la serie de acontecimientos hechos valer por la demandante, pudieran ser considerados como actos de la autoridad.

De esta manera concluyó el Tribunal Arbitral que ninguno de los actos u omisiones alegados por Fireman's constituyen individualmente o tomados como un todo, una expropiación a la inversión de Fireman's conforme al artículo 1110 del TLCAN.

D. Consideraciones

Existen estándares que en lo personal considero valiosos para el trabajo que se presenta; el primero de ellos se refiere al que utiliza este Tribunal para concluir cuándo estamos ante un acto de expropiación, tomando en consideración criterios derivados de otros casos internacionales; el segundo, se refiere al que utiliza para categorizar el papel del Estado receptor en función de las expectativas de rentabilidad de una inversión.

a) Acto de expropiación

Tomando en consideración que el artículo 1110 del TLCAN no ofrece una definición para la palabra expropiación, el Tribunal Arbitral tomó en consideración precedentes otros casos resueltos por otros Tribunales Arbitrales

Es de llamar la atención que para el caso en particular, el Tribunal Arbitral utilizó un estándar de interpretación basado en el Derecho Internacional Consuetudinario que toma en consideración los siguientes elementos:

- i) Que los laudos arbitrales no constituyen precedentes obligatorios debido a que:
 - a. Resulta común que los casos sean guiados por los hechos particulares que dada su individualidad no pueden ser utilizados como guía en otros casos.
 - b. Los laudos en un tema tienen como base, tratados que difieren del TLCAN.
- ii) Que el artículo 1131(1) del TLCAN requiere que el tribunal decida sobre las controversias que se sometan a su consideración de conformidad con el Tratado y con las reglas aplicables del derecho internacional.

- iii) El apoyo en ciertos principios desarrollados por diversos casos, siempre y cuando se traten los mismos aspectos que el TLCAN, puede ayudar al desarrollo del cuerpo legislativo, que a su vez puede ayudar a la predictibilidad en el interés de tanto inversionistas como de estados receptores.

De esta manera, el estándar de interpretación que este Tribunal ofrece de manera general para poder señalar que estamos ante una expropiación, los enuncia de la siguiente manera⁷⁹:

- La expropiación requiere de la toma (misma que puede incluir la destrucción), por parte de una autoridad de tipo gubernamental, de una inversión realizada por un inversionista cubierto por el TLCAN.⁸⁰
- La inversión cubierta podrá incluir activos tangibles e intangibles.⁸¹
- La toma deberá ser la privación sustancialmente total del uso económico y goce de los derechos de propiedad, o de distintas partes inidentificables de éstos.
- La toma deberá ser permanente, y no efímera o temporal
- La toma generalmente implica la transferencia de propiedad a favor de otra persona (frecuentemente la autoridad gubernamental implicada), pero no necesariamente tiene que suceder en ciertos casos.⁸²
- Los efectos de las medidas tomadas por el Estado receptor son dispositivas, no el objetivo subyacente, para determinar si existe o no una expropiación.
- La toma puede ser de jure o de facto
- La toma puede ser directa o indirecta⁸³
- La toma puede adoptar la forma de una sola acción o de una serie de acciones, relacionadas o no relacionadas, realizadas en el transcurso del tiempo (llamada “expropiación en etapas”)
- Para distinguir de una expropiación compensable y una regulación – no compensable, por parte de un estado receptor, los siguientes factores (generalmente en combinación) podrán ser tomados en consideración: si la acción se encuentra dentro de los poderes de policía reconocidos del Estado receptor; el objetivo

⁷⁹ Lista citada en el presente caso a fojas 74 a 76 de la versión en español del laudo arbitral del Caso CIADI No. ARB(AF)/02/01 del 14 de julio de 2006. Visible en la página de internet www.economia.gob.mx.

⁸⁰ Este criterio está lo refiere el Tribunal que ha sido tomado del “Draft Articles on Responsibility of States for International Wrongful Acts” [Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad de los Estados por Actos Ilegales Internacionales], adoptado por la Comisión de Derecho Internacional en su quincuagésimo-tercera sesión (2001), disponible en www.un.org/law/ilc/texts/State_responsibility/responsibilityfra.htm

⁸¹ Criterio adoptado del caso *Mondev International Ltd. V. United States*, Caso CIADI No. ARB(AF)/99/2, Laudo del 11 de octubre de 2002, en 98, disponible en: www.ita.law.uvic.ca/documents/Mondev-Final.pdf.

⁸² Criterio tomado del caso *Tipets, Abbett, McCarthy, Stratton v. TAMS-AFFA Consultin Enginerrns of Iran*, Laudo No. 141-7-2, reimpreso en 6 *Iran-United States Cl. Trib.* 219 (1984).

⁸³ Criterio adoptado de los casos *Pope & Talbot Inc. v. The Government of Canada*, Laudo Provisional, 26 de junio de 2000, disponible en <http://ita.law.uvic.ca/documents/Pope-InterimAward.pdf>; así como *S.D. Myers Inc. v. The Government of Canada*, Laudo Parcial, 13 de noviembre de 2000, disponible en <http://ita.law.uvic.ca/SDMyers-1stPartialAward.pdf>; así como en *Marvin Roy Feldman Karpa v. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/99/1, Laudo, 16 de diciembre de 2002, disponible en: http://ita.law.uvic.ca/documents/feldman_mexico-award-english.pdf.

(público) y efectos de las medidas; si la medida es discriminatoria; a proporcionalidad entre las medidas tomadas y el objetivo buscado; y que la naturaleza de la medida sea de buena fe.⁸⁴

- Las razonables “presunciones fundadas” del inversionista pudieran ser un factor relevante, para verificar si una expropiación (indirecta) ha sucedido.

b. Papel del Estado receptor

El Tribunal arbitral adopta un principio que ya se ha ido estableciendo en otros asuntos, en el cual se reconoce que Estado receptor no puede asumir el fracaso comercial de un inversionista, ante la ausencia de una intervención arbitraria del Estado que equivalga a una paralización o confiscación virtual de la empresa.

En este sentido, se tuvo en cuenta que Fireman’s realizó una inversión riesgosa tanto por las condiciones económicas en México en ese momento, como por las específicas en las que se encontraba la institución financiera que emitió las obligaciones en dólares que Fireman’s adquirió.

En este sentido el TLCAN al igual que muchos otros tratados internacionales no provee un seguro en contra del tipo de riesgos que Fireman’s asumió.

IX. ARCHER DANIELS MIDLAND COMPANY⁸⁵

A. Antecedentes

La parte demandante en este arbitraje fueron Archer Daniels Midland Company (ADM) y Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. (TLIA).

ADM es una empresa que está constituida conforme a las leyes del Estado de Delaware, EUA, con su sede principal en Illinois, EUA.

TLIA es una empresa que está constituida conforme a las leyes del Estado de Delaware, EUA con su sede principal de negocios en Illinois, EUA.

Es de mencionar que ambas empresas ADM y TLIA tienen control total de una empresa mexicana denominada Almidones Mexicanos SA de CV (ALMEX), constituida conforme a las leyes del Estado de Jalisco, México.

⁸⁴ Criterio adoptado de los casos S.D. Myers Inc. v. The Government of Canada, Laudo Parcial, 13 de noviembre de 2000, disponible en <http://ita.law.uvic.ca/SDMyers-1stPartialAward.pdf>; así como Técnicas medioambientales Tecmed SA v. Estados Unidos Mexicanos, Laudo del 29 de mayo de 2003, Caso CIADI No. ARB(AF)/00/02, disponible en http://ita.law.uvic.ca/documents/Tecnicas_001.pdf ; así como Pope & Talbot Inc. v. The Government of Canada, Laudo Provisional, 26 de junio de 2000, disponible en <http://ita.law.uvic.ca/documents/Pope-InterimAward.pdf>

⁸⁵El Tribunal Arbitral que conoció de este asunto quedó debidamente constituido el once de agosto de dos mil cinco, quedando integrado por el Sr. Bernardo M. Cremades (Presidente), el Sr. Arthur W. Rovine y el Sr. Eduardo Siqueiros. Se desahogó a través del procedimiento instituido por las Reglas de Mecanismo Complementario del CIADI. La fecha del fallo arbitral fue el 21 de noviembre de 2007.

Todas estas empresas se dedican a fabricar y distribuir Jarabe de Maíz de Alta Fructosa (JMAF) que se obtiene de un proceso industrial del maíz amarillo, consistente en que primero se muele para producir una pasta de almidón y luego se refina y se sigue procesando para producir fructosa. Se trata de un proceso de producción de uso intensivo de capital en varias etapas.

El JMAF se utiliza ampliamente en la industria de bebidas como sustituto del azúcar. Un tipo especial de JMAF denominado JMAF-55, se elaboró para reemplazar en la medida de lo posible al azúcar en la producción de refrescos.

La industria de los refrescos de EUA pasó a utilizar JMAF como edulcorante durante la década de los ochenta. En dicho País el JMAF siempre ha estado disponible a un precio considerablemente inferior al del azúcar y tiene varias ventajas con respecto a dicho bien; por ejemplo, que se suministra en forma líquida, evitando costos de almacenamiento para la licuefacción del azúcar y evita la contaminación microbiológica.

En 1968 TLIA invirtió en ALMEX y en 1990 compró el 100% de sus acciones. Pero en 1993 TLIA vendió el 50% de sus acciones en ALMEX a ADM. La fructosa producida por ALMEX (JMAF-42) se mezcla con una fructosa importada (JMAF-90) para producir JMAF, para su venta a los diferentes embotelladores de refrescos.

El 30 de diciembre de 2001, el Congreso de la Unión de México modificó la ley del Impuesto Especial sobre Producción y Servicios (IEPS). El objeto de esta reforma fue aplicar un impuesto del 20% a los refrescos y jarabes, así como a los servicios usados para la enajenación y distribución de refrescos y jarabes.

Esta modificación se originó como propuesta de algunos miembros del Congreso Mexicano para proteger a la industria nacional del azúcar de caña frente al JMAF y comprendían:

- Un impuesto del 20% sobre la enajenación e importación de refrescos y otras bebidas en las que se usara cualquier edulcorante distinto del azúcar de caña;
- Un impuesto del 20% sobre servicios específicos (comisión, mediación, agencia, representación, correduría, consignación y distribución), cuando dichos servicios se prestaran a los fines de la enajenación de productos como refrescos y otras bebidas en las que se usara cualquier edulcorante distinto al de la caña de azúcar;
- Varias prescripciones impuestas a los contribuyentes sujetos al pago del impuesto a los refrescos y el impuesto de distribución.

En resumen, el impuesto mencionado sólo aplicaba a aquéllos productos en los que se usa un edulcorante distinto al del azúcar de caña, como el JMAF y los

refrescos y jarabes endulzados exclusivamente con azúcar de caña estaban exentos del impuesto.

Es de señalar que aparte de este procedimiento de arbitraje derivado del Capítulo XI del TLCAN, la modificación del IEPS fue impugnada por EUA en la Organización Mundial del Comercio y también fue objeto de impugnación ante los tribunales mexicanos.

Los demandantes en este arbitraje señalan que la reforma en la legislación tributaria viola las disposiciones del Capítulo XI del TLCAN.

B. Litis

Las demandantes reclamaron una indemnización por daños y perjuicios y medidas conexas de reparación, puesto que alegan que la modificación al IEPS y su aplicación tuvieron un efecto directo en la inversión de las Demandantes en las instalaciones para la producción y distribución del JMAF, lo que ocasionó a ALMEX pérdidas o daños sustanciales en violación lo dispuesto por los artículos 1102 (Trato Nacional); 1106 (Requisitos de desempeño) y 1110 (Expropiación), contenidos en el Capítulo XI del TLCAN.

En concreto, las demandantes sostuvieron que el IEPS fue intencionalmente diseñado y estructurado para favorecer a la industria mexicana del azúcar de caña, y castigar el uso de JMAF, y esta acción fue tan firme que afectó en gran medida el mercado de bebidas para los fabricantes y distribuidores de dicho jarabe, incluida ALMEX. En particular, la modificación del IEPS destruyó el valor de la considerable inversión que las Demandantes realizaron a través de ALMEX en la producción y distribución de JMAF en México.

Por lo que hace a los argumentos esgrimidos por las demandantes concretamente al punto de expropiación (objeto de este trabajo), señalaron que la modificación al IEPS constituye una expropiación indirecta en los términos del artículo 1110, ya que dicho impuesto las privó del valor y uso económico de su inversión en la producción de JMAF en México y disminuyó los beneficios económicos razonablemente esperados de su inversión sin recibir compensación alguna de México.

Los demandantes reconocen que no hubo incautación de sus activos o inmuebles, pero sostienen que el Impuesto causó daños a su inversión y las privó considerablemente del valor justo de mercado de su inversión, con el efecto de una expropiación para los fines que se exponen en el artículo 1110 del TLCAN y el derecho internacional.

Por su parte, México negó los argumentos y sostuvo que el IEPS constituyó una contramedida legítima, acorde con el derecho internacional consuetudinario, porque los EUA supuestamente incurrieron en incumplimiento de sus obligaciones en virtud del TLCAN en lo que se refiere a: i) acceso de las exportaciones de

azúcar mexicano al mercado de Estados Unidos, y ii) las disposiciones del TLCAN para la solución de controversias entre Estados, al bloquear el nombramiento de panelistas según lo dispuesto en el Capítulo XX del TLCAN.

Por lo que hace a los argumentos de expropiación, México señaló que la demanda carece de fundamento, pues la supuesta afectación no fue grave ni permanente y en todo momento los demandantes mantuvieron la propiedad y control de la inversión, y los efectos económicos de la modificación del IEPS no fueron suficientes en grado o duración para equivaler a una incautación o expropiación.

C. Análisis de la interpretación a los conceptos contenidos en el artículo 1110 del Capítulo XI del TLCAN

El Tribunal Arbitral resolvió que de los hechos no pudiera derivarse una expropiación por parte de México de la inversión de las demandantes en ALMEX, ni una medida equivalente a una expropiación en el sentido del artículo 1110 del TLCAN.

Para llegar a la conclusión que se señala en el párrafo anterior el Tribunal tomó en consideración los elementos que a continuación se desarrollan.⁸⁶

El concepto de expropiación puede entenderse en sentido estricto cuando hay una enajenación directa del título de propiedad, aunque también se aplica de la misma manera a la expropiación indirecta, es decir, a las medidas del Estado que no tienen por objeto directo la expropiación de una inversión, pero sí efectos equivalentes.

La expropiación puede tener lugar a través de medidas del Estado distintas de la expropiación directa de bienes tangibles, como los impuestos. Cuando ocurre dicha interferencia, el título jurídico de propiedad continúa estando a nombre del propietario pero, como resultado de la medida del Estado receptor, los derechos del inversor a hacer uso del bien de que se trata devienen ineficaces o carecen del valor que antes tenían.

En el caso en concreto las demandantes señalaron que los efectos de la modificación al IEPS ocasionó que las privaran del valor económico de la inversión e interfirieron con sus expectativas razonables. A juicio de las demandantes, la naturaleza discriminatoria constituía un indicativo para señalar que se estaba ante una medida expropiatoria.

En este sentido, el Panel Arbitral tomó en consideración lo expuesto por otros tribunales y la doctrina, conocido como el “test de los efectos” de la medida, señalando que la jurisprudencia revela que la gravedad del impacto económico es

⁸⁶ Cfr. Exposición de la motivación realizada por el Tribunal Arbitral del caso en análisis que se observa a fojas 81 a 85 de la versión en español del Laudo Final del 21 de noviembre de 2007; disponible en: http://www.economia.gob.mx/swb/work/models/economia/Resource/434/1/images/IIIArcher_Daniels_Midland.pdf

un criterio decisivo para determinar si se ha producido una expropiación indirecta o medida equivalente a una expropiación.

Una expropiación, consideró el Panel Arbitral, se da cuando la interferencia es sustancial y priva al inversor de todos o casi todos los beneficios de la inversión. A juicio del Tribunal arbitral, existe un amplio consenso doctrinal de que la intensidad y duración de la privación económica es un factor crucial para identificar una expropiación indirecta o una medida equivalente a expropiación.

De esta manera el Panel Arbitral estableció dos criterios o estándares de análisis; el primero de ellos referente a la pérdida efectiva del control o la administración de la inversión; y el segundo relativo a la afectación del valor económico.

Sobre el primer criterio, el Panel Arbitral consideró que la extensa jurisprudencia internacional, revela que una expropiación indirecta tiene lugar como resultado de una medida gubernamental que resulte en la pérdida efectiva de la administración, uso o control, o en una pérdida importante o depreciación del valor de los activos de la inversión.⁸⁷

Sin embargo, el propio Panel reconoce en su argumentación que hay una falta de uniformidad en la jurisprudencia y disparidad de los distintos casos, pero que sí puede extraerse un principio común: tan sólo la pérdida de control de la inversión o la pérdida sustancial del su valor económico puede equivaler a una expropiación indirecta.

En el caso específico, se concluyó que no hubo expropiación de activos físicos ni tampoco hubo ninguna expropiación indirecta de la inversión de las Demandantes de los derechos fundamentales de propiedad o administración de su inversión. A juicio del órgano decisor, tanto ADM como TLIA mantuvieron en todo momento el título y posesión pleno de su inversión y tuvieron el control de la producción, ventas y distribución de los productos de ALMEX.

En el segundo criterio, el Panel consideró que para considerar la existencia de una medida como expropiatoria, el Estado receptor debe afectar la mayor parte del valor económico de la inversión o hacer que devenga ineficaz el uso óptimo de ella desde el punto de vista económico.

En este sentido, consideró que el impuesto cuyos efectos se generaron entre el 1 de enero de 2002 y el 31 de diciembre de 2006 no pueden considerarse que fueron lo suficientemente restrictivos como para respaldar claramente la conclusión de que la medida tuvo efectos similares a los de una expropiación.

A mayor abundamiento, el Panel no consideró que la modificación al IEPS hubiera impedido el pleno desarrollo de las actividades de ALMEX en México.

⁸⁷ La jurisprudencia que hizo referencia el Panel Arbitral se cita en la página 82 del caso en análisis de la versión en español del Laudo Final del 21 de noviembre de 2007; disponible en: http://www.economia.gob.mx/swb/work/models/economia/Resource/434/1/images/IIIArcher_Daniels_Midland.pdf

Por último y a manera de conclusión el organismo resolutorio consideró que los criterios para determinar la existencia de una expropiación no pueden considerarse en abstracto ni basarse exclusivamente en el lucro cesante de las Demandantes.

A fin de plantear una reclamación por expropiación, las Demandantes deben haber establecido que los efectos de la medida fueron de una intensidad y duración para considerar que la medida interfirió con la inversión durante un periodo significativo.

El Panel considera que también pueden tomarse en cuenta otros factores junto con los efectos de la medida del gobierno, incluyendo:

- a) Si la medida es adecuada o necesaria para un fin legítimo;
- b) Si es discriminatoria en la ley o en la práctica;
- c) Si se adoptó de acuerdo con el principio de legalidad;
- d) Si interfería en expectativas legítimas del inversor cuando realizó la inversión.

En opinión del Tribunal, señaló que en el caso en concreto no existe expropiación a menos que el grado de interferencia de la medida sea sustancial, lo que no se dio en el caso en concreto en el cual retuvieron en todo momento el control de la inversión y continuaron produciendo y distribuyendo en México. En consecuencia, el lucro cesante y la naturaleza discriminatoria del Impuesto por sí solas, no constituye un criterio suficiente para determinar que se ha producido una expropiación.

D. Consideraciones

En primer lugar llama la atención que el acto que se sometió a escrutinio de un Tribunal Arbitral fue uno de naturaleza legislativa: la modificación al IEPS, consistente en la imposición de un impuesto del 20% a los refrescos y jarabes, así como a los servicios usados para la enajenación y distribución de refrescos y jarabes.

Lo anterior es congruente con lo expuesto por otros Tribunales Arbitrales en el sentido de señalar que no sólo es el Poder Ejecutivo el que se encuentra sujeto a la revisión planteada en el Capítulo XI del TLCAN, sino todos Poderes de la Unión.

En segundo lugar, es de considerar que este Tribunal Arbitral otorgó elementos que sirvieron de base para constituir un estándar que justificó su razonamiento para considerar que en el caso en concreto la modificación al IEPS no podía tener los efectos señalados por los inversionistas.

En efecto, el concepto de expropiación en su acepción más genérica tuvo un significado específico, preciso y concreto cuando puso en contexto las circunstancias específicas del caso en particular. De esta manera el Tribunal

Arbitral estuvo en posibilidad práctica de analizar la medida desde su significado jurídico y económico, encontrando así una solución concreta.

Las consideraciones que estimamos relevantes son las siguientes:

Una expropiación indirecta, y me atrevo a dar un paso más que no fue evidente por el Tribunal, una medida equivalente a expropiación debe juzgarse o identificarse a través de los efectos. Es decir, las medidas equivalentes a expropiación se señalan a través de la inferencia y no por la naturaleza misma de la medida o acto de gobierno.

Al hacer el análisis a través de efectos queda de manifiesto que la proclamación de una medida equivalente a expropiación es un elemento que se descubre a través de inferencias donde la ciencia económica puede hacer aportes importantes.

En este caso nos dice el Tribunal Arbitral que para determinar que la actividad del Estado puede considerarse como expropiación, o medida equivalente a expropiación:

a) Debe haber una interferencia del Estado. Esta acepción confirma que el Tribunal Arbitral está entendiendo a la medida equivalente desde los criterios económicos de la afectación a la propiedad, es decir, cualquier acción del Estado que tenga un efecto en el cúmulo de derechos que impliquen el menoscabo del derecho de propiedad.

b) Respecto al “uso y goce de la inversión”, se establece que la interferencia debe ser de tal magnitud ésta devenga en ineficaz o carezca del valor que antes tenían. En este orden de ideas, una interferencia en la inversión será sustancial cuando:

i) haya una pérdida efectiva del control o la administración; o bien

ii) cuando se haya depreciado el valor de los activos de la inversión en grado tal que no pueda tenerse el uso óptimo desde el punto de vista económico.

c) Respecto al “disfrute de la inversión”, se puede inferir que existe una medida del Estado es equivalente a expropiación cuando se puede decir que los beneficios de la inversión se afectaron de manera sustancial y por un tiempo tal, que ocasionó la ineficacia del uso óptimo de dicha inversión desde el punto de vista económico.

No obstante lo anterior el Tribunal aclaró de manera correcta que este elemento no debe entenderse como la atención a un lucro cesante, pues en ningún caso el Capítulo XI del TLCAN puede entenderse como un seguro a favor del inversionista.

d) Por último el Panel consideró que hay otros factores que pueden tomarse en consideración para analizar la medida de gobierno, tales como:

- Si la medida es adecuada o necesaria para un fin legítimo;
- Si es discriminatoria en la ley o en la práctica;
- Si se adoptó de acuerdo con el principio de legalidad;
- Si interfería en expectativas legítimas del inversor cuando realizó la inversión.

De esta manera resulta evidente que el término “medida equivalente a expropiación” no debe entenderse de manera unívoco o plantear una definición estática, sino que es un calificativo a un acto del Estado en un momento y bajo circunstancias determinadas.

Lo importante es que esta nomenclatura debe ser entendido como un concepto jurídico indeterminado, que deberá analizarse caso por caso bajo estándares que aporte la ciencia económica o financiera.

X. CORN PRODUCTS INTERNATIONAL⁸⁸ (Corn Products)

A. Antecedentes

Corn Products es una sociedad constituida en Delaware, Estados Unidos de Norteamérica. Su principal actividad es la producción de Jarabe de Maíz de Alta Fructosa (JMAF) y proveedor del sector en el mercado de bebidas carbonatadas en los Estados Unidos de Norteamérica.

En México, Corn Products formó una asociación en participación con una compañía mexicana denominada Arancia para producir JMAF en México a fin de competir con el azúcar para el mercado de edulcorantes de refrescos en México. A esta sociedad se le denominó CP Ingredientes.

Durante los años de 1995 a 1997 Corn Products realizó una considerable inversión en el establecimiento de una planta de producción de JMAF en la planta de San Juan del Río a través de la empresa denominado CP Ingredientes.

La producción de JMAF comenzó a fines de 1996 y fue formalmente inaugurada en mayo de 1997. A partir de esta fecha, el JMAF se convirtió en una importante fuente de edulcorante para la industria de bebidas carbonatadas en México.

Al mismo tiempo en que el JMAF iba desplazando al azúcar en una parte considerable del mercado de edulcorantes para refrescos, la industria azucarera

⁸⁸El Tribunal Arbitral que conoció de este asunto quedó constituido por primera vez el 28 de abril de 2004, quedando integrado por Andreas Lowenfeld, Manuel Tron y Christopher Greenwood de nacionalidad británica. El 3 de mayo de 2004, el Licenciado Manuel Tron renunció como miembro del Tribunal y en sustitución se nombró a Jesús Alfonso Serrano de la Vega quedando el Tribunal reconstituido el 13 de julio de 2004. Se desahogó a través del procedimiento instituido por las Reglas de Mecanismo Complementario del CIADI. El fallo arbitral fue enviado a las Partes el 15 de enero de 2008.

mexicana mantenía una disputa con Estados Unidos de Norteamérica respecto al acceso del dicho producto a su mercado.

A comienzos de los años noventa, México consumía más azúcar de la que producía, pero tras una amplia reestructuración de la industria, como parte de las reformas económicas introducidas por el Gobierno Mexicano, la producción de azúcar fue en aumento.

En el periodo en que se estaba negociando el TLCAN el Gobierno Mexicano consideraba que el déficit no tardaría en desaparecer y que México tendría un superávit de azúcar para el que se requerirían mercados de exportación, por lo que negoció el acceso al mercado norteamericano.

El gobierno de Estados Unidos de Norteamérica no estaba preparado para abrir su mercado a las exportaciones mexicanas del azúcar con efectos inmediatos, pero sí estaba preparado para conceder el acceso a excedentes de producción mediante un régimen de transición incorporado en el TLCAN.

No obstante lo anterior, existía una diferencia entre los dos gobiernos acerca de cómo se determinaría la existencia y magnitud de cualquier superávit. En particular los gobiernos difirieron sobre cómo sería tomado en consideración el efecto del desplazamiento del azúcar por el JMAF, de parte del mercado tradicional de México.

El resultado relevante para el Tribunal Arbitral que conoció este asunto, respecto del problema enunciado, fue que entre 1997 y 2006 el Gobierno de los Estados Unidos de Norteamérica admitió en su volumen de importación una cantidad más reducida que la que según el gobierno de México debió haberse admitido conforme a las disposiciones del TLCAN y las cartas paralelas.

El resultado en el mercado mexicano del azúcar fue que México pasó a una posición en la cual tenía un superávit de azúcar que fue incapaz de exportar a los Estados Unidos de Norteamérica; y en el mercado interno de bebidas carbonatadas, el edulcorante extraído del JMAF estaba desplazando el consumo interno de azúcar.

En este periodo la industria azucarera experimentó considerables problemas económicos que dieron lugar a quiebras, desempleo y a la caída de los precios pagados a los productores de caña de azúcar. Una consecuencia de este fenómeno fue la reestructuración interna del sector que incluyó la expropiación de algunos ingenios azucareros.

Derivado de lo anterior, México formuló una queja ante el Gobierno de los Estados Unidos de Norteamérica, acusándolo de restringir el acceso de los excedentes de azúcar mexicana al mercado de este País, infringiendo así las obligaciones que le imponían el TLCAN y las cartas paralelas.

Así, México acudió al sistema de solución de controversias previsto en el capítulo XX del TLCAN. Ningún Tribunal fue establecido debido a que los Estados Unidos de Norteamérica frustraron el mecanismo de operación.

En diciembre de 2001, el Congreso de la Unión de México promulgó un decreto por medio del cual se reformó la Ley del Impuesto Especial sobre la Producción y Servicios (IEPS).

En virtud de estas reformas, las embotelladoras debería pagar un impuesto del 20% sobre el precio total de cada refresco, pero se preveía una exención del impuesto si el refresco se fabricaba utilizando edulcorantes producidos exclusivamente con caña de azúcar.

El resultado del impuesto fue que en la práctica sólo recayó sobre las bebidas carbonatadas utilizando el JMAF. Fue intrascendente que el JMAF se produjera en México o se importara, ya que el impuesto al JMAF se aplicó en todos los casos en que el JMAF se utilizara como edulcorantes de dicho tipo de bebidas.

La introducción del impuesto a las bebidas carbonatadas del JMAF fue el resultado de iniciativas provenientes del Congreso Federal y no de una propuesta del Poder Ejecutivo. El fallo del tribunal menciona que en el expediente del caso se demuestra que el Ejecutivo se opuso al establecimiento del impuesto.

No obstante, el gobierno Mexicano sostuvo que dicho impuesto fue establecido como contramedida frente al supuesto incumplimiento, por parte de los Estados Unidos de Norteamérica a las obligaciones impuestas a su cargo por el TLCAN, concernientes a la disputa con respecto al acceso del azúcar.

Aunque el impuesto no afectó directamente a CP Ingredientes, sino a las embotelladoras de refrescos, produjo un efecto inmediato sobre esta inversión ya que las refresqueras evitaron el pago del tributo sustituyendo edulcorante de JMAF por edulcorantes de caña de azúcar.

De esta manera, CP Ingredientes se vio obligada a dejar de producir el edulcorante a base de JMAF en una planta hasta llegar al punto en que en ciertos periodos la producción cesó por completo.

Es de señalar que de forma paralela, en octubre de 2005, un Grupo Especial de la Organización Mundial de Comercio declaró que el impuesto al JMAF contravenía el Artículo III del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) de 1994, y que no se justificaba bajo el Artículo XX (d) del GATT.

El Grupo Especial concluyó que el JMAF y los edulcorantes derivados del azúcar eran "productos similares" para los efectos del Artículo III del GATT, y que el impuesto estaba claramente diseñado para favorecer a los edulcorantes derivados del azúcar, a expensas del JMAF.

En marzo de 2006, el Órgano de Apelación de la OMC emitió un Informe en el que refrendó las conclusiones del Grupo Especial, en el sentido de que el impuesto del JMAF contravenía el Artículo III y de que México no había demostrado que se justificara conforme al Artículo XX.

El impuesto al JMAF fue finalmente derogado en 2006, en virtud de un acuerdo entre los Estados Unidos de Norteamérica y México con respecto al acceso del azúcar mexicana a los mercados de los Estados Unidos.

B. Litis

Corn Products señaló que el IEPS impuesto a las empresas de bebidas carbonatadas cuyo origen en su producción fuera el edulcorante de JMAF violó en su perjuicio lo dispuesto en los artículos 1102, 1106 y 1110, por los siguientes motivos:

Respecto del artículo 1102; Corn Products consideró que los productores de JMAF y los productores de caña de azúcar se encontraban en circunstancias similares y que el impuesto estaba diseñado para favorecer a las compañías productoras de azúcar de propiedad mexicana a expensas de las compañías productoras de JMAF, cuyos propietarios eran extranjeros.

Acerca del artículo 1106; la empresa demandante señaló que el efecto del impuesto consistió en condicionar la recepción de una ventaja (la exención del pago del impuesto) a la utilización del azúcar de caña de producción mexicana.

Por último, respecto del artículo 1110, señaló que dicho impuesto debía considerarse como una medida equivalente a expropiación de la inversión de Corn Products en México.

México por su parte sostuvo que el impuesto al JMAF era una contramedida adoptada en respuesta a la anterior violación del TLCAN pro parte de los Estados Unidos de Norteamérica.

México sostuvo que conforme a los principios del Derecho Internacional sobre responsabilidad del Estado, el carácter de contramedida del impuesto al JMAF precluía su ilicitud *vis á vis* los Estados Unidos de Norteamérica, y que Corn Products, como inversionista de nacionalidad estadounidense, no podía gozar, en el marco del TLCAN, de derechos más amplios.

Corn Products no aceptó esta explicación, sosteniendo que el motivo de la aplicación del impuesto al JMAF fue proteccionista; que el impuesto no generaba ingreso fiscal alguno ya que podía evitarse sustituyendo los edulcorantes elaborados con JMAF por edulcorantes de caña de azúcar, y que la finalidad del tributo fue proteger a la industria azucarera mexicana, promoviendo un mayor número de consumo de azúcar.

De igual manera, las partes discrepan en cuanto a la magnitud de las pérdidas causadas a CP Ingredientes y Corn Products por el impuesto impuesto. Ninguna de ellas negó que el efecto inicial fue una considerable reducción de la demanda, con la consecuente disminución de la producción. México alegó sin embargo que CP Ingredientes logró compensar parte de esas pérdidas reorientando la producción de manera que pudiera atender otros mercados.

En específico, sobre la interpretación de la aplicabilidad de lo dispuesto en el artículo 1110 del Capítulo XI del TLCAN, las Partes señalaron lo siguiente:

Corn Products señaló que para los efectos de su reclamación bajo el artículo 1110, la “inversión” con respecto a la cual se había formulado la reclamación difería de la “inversión” con respecto a la cual reclamó basada en los artículos 1102 y 1106.

En efecto, para los propósitos de sus reclamaciones basadas en los artículos 1102 y 1106 Corn Products alegó que la “inversión” era CP Ingredientes, para los efectos de la reclamación bajo el artículo 1110 sostuvo que la inversión pertinente consistió en “los bienes que tiene de manera indirecta, a través de CP Ingredientes, en relación con sus negocios de suministro y producción de JMAF.

En este sentido Corn Products sostuvo que el impuesto lo había privado del “aprovechamiento económico esperado y de las ganancias de sus inversiones relacionadas con el JMAF”, al destruir de la noche a la mañana su mercado de JMAF.

Enfatizó que el impuesto no tenía como propósito generar ingresos fiscales, sino destruir el mercado de refrescos disponible para el JMAF en beneficio de la industria azucarera mexicana. También concedió gran peso a lo que según él consideró el carácter discriminatorio del impuesto.

Para fortalecer sus argumentos, citó la interpretación inserta en la resolución dictada en el caso de Metalclad.

Por su parte México sostuvo que una medida no es “equivalente a expropiación”, a menos que surta los mismos efectos que esta última y en el caso en concreto, la aplicación del impuesto no había reducido el valor contable de los activos de esa compañía.

Para fortalecer sus argumentos, México citó la interpretación hecha por los Tribunales Arbitrales en los casos de Pope and Talbot; SD Myers y Feldman.

C. Análisis de la interpretación a los conceptos contenidos en el artículo 1110 del Capítulo XI del TLCAN

El Tribunal arbitral tomó como primera referencia el criterio establecido en el caso de “Fireman’s Fund Insurance Company”, señalando que en el caso específico tres puntos revisten especial importancia:

a) Es importante no confundir la cuestión de si ha habido una expropiación con la de si se han cumplido los cuatro criterios señalados en los párrafos (a) a (d) previstos en el artículo 1110 del Capítulo XI del TLCAN.

En su consideración, el Panel señaló que estos párrafos sólo son analizados cuando se ha concluido que existe una expropiación o una “medida equivalente a expropiación”, pero la ausencia o existencia de uno o más de ellos no indica de por sí una expropiación.

b) Es necesario tener en cuenta la distinción entre trato discriminatorio de la propiedad de un inversionista y expropiación.

El hecho de que una medida afecte derechos de propiedad sea discriminatoria no implica de por sí una expropiación o una “medida equivalente a expropiación”. En el mismo sentido, si se demuestra que una medida constituye una expropiación, ella no puede justificarse si no es discriminatoria.

c) En los casos que no exista toma de posesión física de bienes o transferencia forzosa del título, la “toma” debe ser sustancialmente total del uso económico y goce de los derechos de propiedad, o distintas partes identificables de éstos.

En este sentido, y siguiendo el razonamiento expresado en el caso “Waste Management”, no es función del artículo 1110 indemnizar a los emprendimientos comerciales que fracasan ante la ausencia de una intervención arbitraria del Estado.

Así, al aplicar el criterio de la reclamación formulada por Corn Products, el Tribunal concluyó que no se probó el fundamento de su reclamación bajo el artículo 1110 del Capítulo XI del TLCAN.

A falta de una “toma de posesión física o transferencia de la propiedad”, Corn Products, a juicio del Panel que conoció del asunto, debía probar que hubiera sufrido un grado de interferencia tal que su negocio se hubiera “esterilizado”.

El Tribunal arbitral señaló que en el caso en concreto no existió duda que las plantas de JMAF de Corn Products sufrieron un considerable detrimento en sus mercados durante aproximadamente dos años, sin embargo en todo momento tuvo el control completo de su inversión.

En este contexto, el Panel consideró insostenible que los efectos del impuesto al JMAF hayan representado una privación sustancialmente total del uso económico y goce de la inversión.

Para el Panel, las medidas gubernamentales que afectan desfavorablemente a los mercados de un inversionista, aunque sean discriminatorias no son expropiatorias a menos que su efecto sea destruir el negocio en cuestión, situación que en el caso de mérito no sucedió.

D. Consideraciones

En el caso de mérito hubo dos elementos que consideramos relevantes para el presente trabajo:

a) Siguiendo criterios establecidos por otros Paneles internacionales puso de manifiesto estándares necesarios para determinar que una medida discriminatoria adoptada por un Estado puede no tener efectos expropiatorios y de igual manera una expropiación o “medida equivalente a expropiación” puede existir aún si no es discriminatoria.

En este mismo sentido el Panel continúa en sintonía con razonamientos establecidos en otros arbitrajes derivados del Capítulo XI del TLCAN señalando que cuando no hay un efecto de quitar la posesión de un bien o la transferencia forzosa de derechos de propiedad, la medida que se reputa como “equivalente a expropiación” debe tener efectos, en palabras del Tribunal:

“CPI [Corn Products] tenía que probar que hubiera sufrido un grado de interferencia tal que su negocio se hubiera esterilizado (...)”⁸⁹

b) Quizá el elemento más importante en este caso es la determinación del Panel arbitral de adoptar los criterios establecidos en dos resoluciones emitidas previamente: “Fireman’s Fund Insurance Company” y de manera complementaria Waste Management.

Si bien el Tribunal arbitral estableció que en el Derecho Internacional no existe una doctrina de obligatoriedad de precedentes, consideró que las opiniones establecidas en otros Tribunales sobre temas similares a los planteados en este caso fueron valiosas y tomadas en cuenta.

Más aún, en el caso específico del análisis de las conductas de México a la luz del artículo 1110 del Capítulo XI del TLCAN, textualmente señaló al citar el caso de “Fireman’s Fund Insurance Company”:

“... se resumen los efectos de la jurisprudencia existente del TLCAN sobre expropiación en los siguientes términos (...)”⁹⁰

⁸⁹ Cfr. Caso CIADI No. ARB(AF)/04/01. CORN PRODUCTS INTERNATIONAL, INC. vs. Estados Unidos Mexicanos., Párrafos 91 y 92.

De esta manera, se observa que a medida que se han ido resolviendo casos de inversión extranjera en términos de lo dispuesto en el Capítulo XI del TLCAN, se han establecido razonamientos y opiniones que si bien no tienen un efecto vinculatorio, sí podemos señalar que ha tenido como consecuencia la creación de un criterio en mayor o menor grado que posibilita predictibilidad jurídica para inversionistas y Estados Partes del TLCAN.

⁹⁰ Cfr. Caso CIADI No. ARB(AF)/04/01. CORN PRODUCTS INTERNATIONAL, INC. vs. Estados Unidos Mexicanos, párrafo 87.

III. CONCLUSIONES

- En el devenir histórico las expropiaciones directas son cada vez menos problemáticas y el foco de estudio se ha establecido en las expropiaciones indirectas o “medidas equivalentes a expropiación, pues casi cualquier medida que un gobierno adopte en perjuicio de una inversión extranjera podría interpretarse como una interferencia y entonces ser exigible una compensación.
- En este artículo las Altas Partes Contratantes del TLCAN únicamente señalaron la voluntad de no realizar actos de expropiación directa o indirecta o establecer medidas equivalentes a expropiación de una inversión salvo que se cumplan requisitos específicos. Sin embargo no se observa que en algún momento hubieran tratado de definir o conceptualizar su contenido.
- No resulta claro y menos evidente qué debe entenderse por “una medida que tenga efectos equivalentes a una expropiación”. Para otorgar un concepto lo más exacto posible, fue necesario dividir semánticamente el término: sustantivo: medida; por otro lado el calificativo de “equivalente a expropiación”.
- De conformidad con el texto del TLCAN el término “medida” puede interpretarse como ley, reglamento, procedimiento, requisito o práctica.

No obstante, la interpretación de los Tribunales arbitrales internacionales han extendido el término de “medida” a cualquier acto emitido por el Gobierno de un Estado (Legislativo; Ejecutivo y Judicial en cualquiera de sus niveles Municipal, Estatal, o Federal).

- Conceptualizar el término “equivalente expropiación” es más complejo, pues está determinado por otros conceptos subsidiarios como: Derechos de Propiedad.

En este sentido, ambos términos “expropiación” y “propiedad”; aducen a conceptos dinámicos influenciados por motivos históricos e ideológicos; por lo que fue necesario comprender desde un inicio lo que de manera histórica las Partes Contratantes del TLCAN han entendido por estos términos.

- Para el sistema jurídico mexicano una “medida equivalente a expropiación” podría tener una estrecha vinculación con los efectos en valor del patrimonio del gobernado y/o del inversionista.
- Para el sistema jurídico norteamericano se observa que cuando un acto de gobierno interfiere o interrumpe sustancialmente el uso y disfrute de la propiedad, estamos ante un acto que califica como “Taking”.

Se puede señalar que una medida equivalente a la expropiación (Taking) guarda una estrecha relación con la pérdida o menoscabo del valor patrimonial de los derechos o bienes objeto de la intervención estatal.

- De ambas interpretaciones podemos señalar que una “medida equivalente a expropiación” responde a un elemento de grado de privación de los derechos de propiedad y el valor de una inversión.
- Desde el punto de vista económico financiero, el valor de la inversión debe definirse utilizando el valor justo del mercado, debido a que esta es la referencia el propio artículo 1110.
- En este sentido, desde el punto de vista económico-financiero podemos señalar que si como consecuencia de una intervención del gobierno⁹¹ del país huésped o receptor, una inversión extranjera cambia su valor justo de mercado en una cantidad o precio, cuyo “valor de negocio en marcha” equivalga al “valor de liquidación”, podremos decir que la medida del Estado fue equivalente a una expropiación, pues tuvo el efecto de efectivamente privarlo del valor de la inversión.
- Una rescisión a un contrato público de manera unilateral por parte del Estado, puede interpretarse como medida equivalente a expropiación, siempre que dicha rescisión destruya derechos contractuales como un activo y resulte confiscatoria.⁹²
- Los actos de Tribunales Judiciales de un Estado, pueden interpretarse como medida equivalente a expropiación, en los siguientes supuestos:⁹³
 - i. Si alguno de los Tribunales que hubiera sido competente se negó a conocer del asunto;⁹⁴

⁹¹ Entendiendo como Gobierno al resultado de las actividades de cualquiera de los Poderes Legislativo, Ejecutivo o Judicial en cualquiera de sus niveles Municipal, Estatal o Federal.

⁹² Criterio expuesto en el caso Robert Azinian, Kenneth Davitian y Ellen Baca, vs. Los Estados Unidos Mexicanos., Caso ARB (AF)/97/2. Párrafos 88, 89 y 90.

⁹³ Criterio expuesto en el caso Robert Azinian, Kenneth Davitian y Ellen Baca, vs. Los Estados Unidos Mexicanos., Caso ARB (AF)/97/2. Párrafos 102 y 103.

⁹⁴ Criterio expuesto en los casos Robert Azinian, Kenneth Davitian y Ellen Baca, vs. Los Estados Unidos Mexicanos., Caso ARB (AF)/97/2. Párrafos 102 y 103; así como en el caso Waste Management, Inc., vs Estados Unidos Mexicanos: Laudo Arbitral; Caso ARB (AF)/00/3, párrafo 174.

- ii. Si en la sustanciación de cualquiera de los procedimientos sustanciados, existió una demora indebida;
 - iii. Si se administró justicia de modo seriamente inadecuado;
 - v. Si se aplicó de manera incorrecta de una ley en forma clara y maliciosa.
- Toda interferencia disimulada o incidental del uso de propiedad que tenga el efecto de privar totalmente o en parte significativa al propietario del uso o del beneficio económicamente que razonablemente se esperaría de la propiedad, puede interpretarse como medida equivalente a expropiación.⁹⁵
 - Permitir y tolerar las actuaciones de las autoridades municipales que privan alguno de los atributos del derecho de propiedad, puede interpretarse como medida equivalente a expropiación.⁹⁶
 - Los impuestos que impone un Estado receptor y que dañen a la inversión, siempre que no hayan sido establecidos de buena fe y sin discriminación, puede interpretarse como medida equivalente a expropiación.⁹⁷
 - La mera interferencia del Estado no es una expropiación, en realidad, para que haya expropiación se requiere un grado importante de privación de los derechos fundamentales de propiedad.⁹⁸
 - No todo problema comercial que experimente un inversionista extranjero constituye un caso de expropiación indirecta; ni toda actividad reglamentaria del gobierno que le dificulte o imposibilite a un inversionista llevar a cabo un determinado negocio; ni todo cambio en la legislación o en la aplicación de las leyes existentes que torna antieconómico continuar un determinado negocio constituyen una expropiación.⁹⁹
 - La pérdida de beneficios o expectativas no constituye un criterio suficiente para establecer que hay una expropiación, aun cuando sea un criterio necesario; no es función del artículo 1110 del Capítulo XI del TLCAN indemnizar los emprendimientos comerciales que fracasan, ante la ausencia de una intervención arbitraria del Estado que equivalga a una paralización o confiscación virtual de una empresa.¹⁰⁰

⁹⁵ Criterio expuesto en el caso Metalclad Corporation vs Estados Unidos Mexicanos; Laudo Arbitral; Caso ARB(AF)/97/1; párrafos 102 y 103.

⁹⁶ Criterio expuesto en el caso Metalclad Corporation vs Estados Unidos Mexicanos; Laudo Arbitral; Caso ARB(AF)/97/1; párrafo 104.

⁹⁷ Criterio expuesto en el caso Marvin Feldman vs Estados Unidos Mexicanos: Laudo Arbitral; Caso ARB (AF)/99/1, párrafo 106.

⁹⁸ Criterio expuesto en el caso Marvin Feldman vs Estados Unidos Mexicanos: Laudo Arbitral; Caso ARB (AF)/99/1, párrafos 110 y 111.

⁹⁹ Criterio expuesto en el caso Marvin Feldman vs Estados Unidos Mexicanos: Laudo Arbitral; Caso ARB (AF)/99/1, párrafo 112.

¹⁰⁰ Criterio expuesto en el caso Waste Management, Inc., vs Estados Unidos Mexicanos: Laudo Arbitral; Caso ARB (AF)/00/3, párrafos 159, 160 y 177; así como en el caso Corn Products International Inc, vs Estados Unidos Mexicanos: Laudo Arbitral; Caso ARB (AF)/04/01, párrafos 91 y 92.

- El mero incumplimiento de una obligación contractual no debe ser equiparado a la confiscación de una propiedad, como tampoco es equivalente a una expropiación. Cualquier parte de carácter privado puede incumplir sus contratos, mientras que la nacionalización y la expropiación son actos inherentemente gubernamentales.¹⁰¹
- Es necesario el conocimiento de la magnitud de una disminución sobre el deterioro o la destrucción del valor de una empresa, para considerar que la pérdida es tan grande que constituye una “toma” o medida equivalente a expropiación.¹⁰²
- Los párrafos (a) a (d) del artículo 1110 del Capítulo XI del TLCAN no dan contestación a la pregunta sobre si una expropiación ha existido. Por el contrario, las condiciones establecidas en dichos párrafos especifican los parámetros sobre los cuales se determina [o califica] la responsabilidad del Estado receptor.¹⁰³
- Para considerar que existe una expropiación se debe atender a la existencia de los siguientes elementos¹⁰⁴:
 - La expropiación requiere de la toma (misma que puede incluir la destrucción), por parte de una autoridad de tipo gubernamental, de una inversión realizada por un inversionista cubierto por el TLCAN.
 - La inversión cubierta podrá incluir activos tangibles e intangibles.
 - La toma deberá ser la privación sustancialmente total del uso económico y goce de los derechos de propiedad, o de distintas partes inidentificables de éstos.
 - La toma deberá ser permanente, y no efímera o temporal
 - La toma generalmente implica la transferencia de propiedad a favor de otra persona (frecuentemente la autoridad gubernamental implicada), pero no necesariamente tiene que suceder en ciertos casos.

¹⁰¹ Criterio expuesto en el caso Waste Management, Inc., vs Estados Unidos Mexicanos: Laudo Arbitral; Caso ARB (AF)/00/3, párrafo 174.

¹⁰² Criterio expuesto en el caso Gami Investments, Inc., vs Estados Unidos Mexicanos: Laudo Arbitral; Caso bajo el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI de 1976, párrafo 133.

¹⁰³ Criterio expuesto en el caso Fireman’s Fund Insurance Company, vs Estados Unidos Mexicanos: Laudo Arbitral; Caso ARB (AF)/02/01, párrafo 174; así como en el caso Corn Products International Inc, vs Estados Unidos Mexicanos: Laudo Arbitral; Caso ARB (AF)/04/01, párrafo 89.

¹⁰⁴ Criterio expuesto a manera de lista citada en el caso Firemen’s Fund Insurance Company, vs Estados Unidos Mexicanos: Laudo Arbitral; Caso ARB (AF)/02/01, párrafo 176; haciendo una síntesis de varios casos expuestos en el Derecho Internacional Público; así como en el caso Corn Products International Inc, vs Estados Unidos Mexicanos: Laudo Arbitral; Caso ARB (AF)/04/01, párrafo 87.

- Los efectos de las medidas tomadas por el Estado receptor son dispositivas, no el objetivo subyacente, para determinar si existe o no una expropiación.
 - La toma puede ser de jure o de facto
 - La toma puede ser directa o indirecta
 - La toma puede adoptar la forma de una sola acción o de una serie de acciones, relacionadas o no relacionadas, realizadas en el transcurso de un periodo (llamada “expropiación en etapas”)
 - Para distinguir de una expropiación compensable y una regulación – no compensable, por parte de un estado receptor, los siguientes factores (generalmente en combinación) podrán ser tomados en consideración: si la acción se encuentra dentro de los poderes de policía reconocidos del Estado receptor; el objetivo (público) y efectos de las medidas; si la medida es discriminatoria; a proporcionalidad entre las medidas tomadas y el objetivo buscado; y que la naturaleza de la medida sea de buena fe.
 - Las razonables “presunciones fundadas” del inversionista pudieran ser un factor relevante, para verificar si una expropiación (indirecta) ha sucedido.
- Un criterio que guía la naturaleza de una medida equivalente a expropiación es el “test de los efectos” de la medida. Es decir la gravedad del impacto económico es un criterio decisivo para determinar si se ha producido una expropiación indirecta o medida equivalente a expropiación.

Se da una expropiación cuando la interferencia es sustancial y priva al inversor de todos o casi todos los beneficios de la inversión. La intensidad y duración de la privación económica es un factor crucial para identificar una expropiación indirecta o una medida equivalente.¹⁰⁵

- La expropiación indirecta puede tener lugar como resultado de una medida gubernamental que resulte en la pérdida efectiva de la administración, uso o control, o en una pérdida importante o depreciación del valor de los activos de la inversión.¹⁰⁶
- Pueden tenerse en cuenta otros factores tales como¹⁰⁷:
 - Si la medida era adecuada o necesaria para un fin legítimo;
 - Si era discriminatoria en la ley o en la práctica;
 - Si no se adoptó de acuerdo con el principio de legalidad;

¹⁰⁵ Criterio expuesto en el caso Archer Daniels Midland Company, y Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc, vs Estados Unidos Mexicanos: Laudo Arbitral; Caso ARB (AF)/04/05, párrafos 240 y 246.

¹⁰⁶ Criterio expuesto en el caso Archer Daniels Midland Company, y Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc, vs Estados Unidos Mexicanos: Laudo Arbitral; Caso ARB (AF)/04/05, párrafo 241.

¹⁰⁷ Criterio expuesto en el caso Archer Daniels Midland Company, y Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc, vs Estados Unidos Mexicanos: Laudo Arbitral; Caso ARB (AF)/04/05, párrafo 250.

- Si interfería en las expectativas legítimas del inversor cuando se realizó la inversión.

FUENTES DE INFORMACIÓN:

A. Bibliografía

- BEST LEVISONSON, Balkin *et al.*, *Process of Constitutional Decisionmaking. Cases and Materials*, 5ta. ed., Nueva York, EUA, Aspen Publishers Inc., 2006.
- BRYAN A., Garner, *Blak's Law Dictionary*, St. Paul Minn., EUA, West Group, 1999.
- DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo, *Derecho Civil, Parte General Personas Cosas Negocio Jurídico e Invalidez*, México, Porrúa, 1992.
- FEINMAN M., Jay, *Law 101. Everything you need to know about the american legal system*, 2a. ed., EUA, Oxford Press Inc., 2006.
- FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Germán, *La propiedad y la expropiación en el Derecho mexicano actual*, México, Cía. Editorial de Revistas, 1939.
- FRAGA, Gabino, *Derecho Administrativo*, 46ª ed., México, Porrúa, 2007.
- GARCÍA GARCÍA, Adriana y DRIK ZAVALA, Rubach., *Derecho y Economía. Estudios de casos*, México, CIDE – Oxford, 2009.
- KESSEL, Georgina (Compiladora), *Lo negociado del TLC. Un análisis económico sobre el impacto sectorial del Tratado Trilateral de Libre Comercio*, México, Mc Graw-Hill – ITAM, 1994.
- MARTÍNEZ, Gabriel, "Inversión en el Tratado de Libre Comercio" en *Lo Negociado del TLC. Un análisis económico sobre el impacto sectorial del Tratado Trilateral del Libre Comercio*, México, ITAM – Mc Graw Hill, 1994.
- COPELAND Tom, *et al.*, *Valuation, Measuring and Mananging the Value of Companies*, 3a. ed., Nueva York, EUA, John Wiley & Sons Inc., 2002.
- NACIONES UNIDAS UNCTAD, *Taking of Property. Series on issues in international investment agreements. United Nation conference on trade and development*, Ginebra, United Nation, 2000.
- ORTIZ, SAINZ Y TRON, *Tratados Internacionales Comerciales en Materia Aduanera. Análisis y Comentarios*, México, Themis, 1998.
- RANGEL COUTO, Hugo, *Guía para el estudio de la historia del pensamiento económico*, México, Porrúa, 1981.

- UNAM, Price Waterhouse Coopers, IMEF., *Valuación de empresas y creación. Nuevas formas de reportar sobre la creación de valor en las empresas*, México, IMEF, UNAM Facultad de Contaduría y Administración, 2002.
- WESLEY NEWCOMB, Hohfeld, *Fundamental legal conceptios as applied in judicial reasoning*, EUA, Yale L. J. 710. 1917.

B. Legislación

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
- Ley de Expropiación
- Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado

C. Casos

- Robert Azinian, Kenneth Davitian y Ellen Baca vs. Estados Unidos Mexicanos; Caso número ARB(AF)97/2.
- Metalclad vs. Estados Unidos Mexicanos; Caso número ARB(AF)/97/1.
- Marvin Roy Feldman Karpa vs. Estados Unidos Mexicanos; Caso número ARB(AF)/99/1.
- Waste Managment, Inc. vs. Estados Unidos Mexicanos; Caso número ARB(AF)/00/3.
- Gami Investments, Inc. vs Estados Unidos Mexicanos; Caso dictado mediante el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI.
- Archel Daniels Midland Company y Tate & Lyle Ingredients Amercias, Inc. vs. Estados Unidos Mexicanos; Caso ARB(AF)/04/05.
- International Thunderbird Gaming Corporation vs. Estados Unidos Mexicanos, Caso dictado mediante el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI.
- Fireman's Fund Insuarance Company vs. Estados Unidos Mexicanos; Caso ARB(AF)/02/01.
- Técnicas Medioambientales Tecmed vs. Estados Unidos Mexicanos; Casonúmero ARB (AF)/00/2.
- Corn Products International, Inc. vs. Estados Unidos Mexicanos; Caso ARB(AF)04/01.

E. Páginas de Internet

- <http://ita.law.uvic.ca/documents/WorldBank.pdf>
- <http://www.oecd.org/daf/mai/pdf/ng/ng987r1e.pdf>
- <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/gac/cont/34/trb/trb9.pdf>
- http://www.economía.gob.mx/swb/es/economia/p_Solucion_Controversias_InvEdo
- http://www.ipab.org.mx/01_acerca_ipab/origen.html
- <http://ita.law.uvic.ca/documents/Pope-InterimAward.pdf>;
- www.un.org/law/ilc/texts/State_responsibility/responsibilityfra.htm
- http://www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/disp/SDM_archive-en.asp.

F. Otros

- AMERICAN LAW INSTITUTE, Restatement of the Law Titled, the Foreign Relations of the United States, USA, American Law Institute Publishers, Vol. 1 1987.
- “Draft Articles on Responsibility of States for International Wrongful Acts” [Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad de los Estados por Actos Ilegales Internacionales], adoptado por la Comisión de Derecho Internacional en su quincuagésimo-tercera sesión (2001)
- Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Enciclopedia Jurídica Mexicana., Ed. Porrúa UNAM., Tomo V., México 2004.
- RÁBAGO DORBECKER, Miguel, *El régimen constitucional y legal de la expropiación en México en el ámbito nacional e internacional: ¿Génesis de un doble estándar o convergencia de criterios?*, Ponencia presentada para el Congreso Internacional sobre Derecho Comparado “Reforma económica y cambio legal en Asia y en México: Una perspectiva comparada”.
- MERRILL, Thomas W. y SMITH, Henry E., “What happened to property in law and economics?”, en *The Law Journal, Essays*, EUA, Vol. 111:357 2001, 16 de Octubre del 2001.
- STAKE JEFFREY, Evans, *Decompositions of Property Rights*, 1999.