

Expropiación indirecta en los modelos de Tratados Bilaterales de Inversiones en América Latina en el siglo XXI: ¿Avance o retroceso?*

Indirect expropriation in the Models of Bilateral Investment Treaties in Latin America in the 21st century: Advance or setback?

Tahimi Suárez Rodríguez**

RESUMEN

Este trabajo analiza el pronunciamiento sobre expropiación indirecta en los Modelos de Tratados de Inversión primogénitos de la región latinoamericana hasta el presente. Sin embargo, tales elaboraciones no han reflejado una formulación adecuada siempre y en el transcurso del tiempo han ido perfeccionándose hasta la actualidad, en que a partir del nuevo siglo se constatan Modelos más avanzados mundialmente, en los que se incluye la definición de la figura, presupuestos para su configuración y demás elementos. En tal sentido, el método empleado ha consistido en el estudio de la cláusula de expropiación de los Modelos y su comparación con la establecida en los más avanzados del área y el mundo, constatándose que la región latinoamericana con presencia de Modelos desde la década de los 80 no constituye referencia particular, excepto por Colombia y Brasil que desde cada una de sus perspectivas en el siglo XXI se suman a los Modelos más innovadores internacionalmente en este tópico. Tal situación muestra la necesidad de desarrollar y poseer Modelos latinoamericanos atemperados a las realidades y experiencias de los países sobre la expropiación indirecta, los cuales, desde una aproximación propia, auténtica y de protección de sus intereses constituyan un documento base ante las negociaciones de los Acuerdos de Inversión en América Latina con las diversas contrapartes.

PALABRAS CLAVE

Expropiación indirecta, Modelos de Acuerdos Bilaterales de Inversión, Derecho Internacional de Inversiones.

ABSTRACT

This paper analyzes the pronouncement on indirect expropriation in the original investment models of the Latin American region up to the present. However, these elaborations have not always reflected an appropriate formulation and over time they have been perfected until today in which, as of the new century more advanced Models are verified worldwide in which the definition of indirect expropriation included, the assumptions for its configuration and other elements. In this sense, the method used has consisted in the study of the Expropriation clause of the models and their comparison with the one established in the most advanced in the area and the world, verifying that the Latin American region with the presence of Models since 1980s doesn't represent a particular reference, except for Colombia and Brazil which from each of their perspectives in the 21st Century join the most innovative Models in the internationally in this issue. Such situation shows the need to develop and have Latin American Models adjusted to the realities and experiences of the countries about indirect expropriation, which from their own, authentic approach and protection of their interests create a base document before the negotiations of the Investment Agreements of Latin America with diverse counterparties.

KEY WORDS

Indirect Expropriation, Models BITS, International Investment Law.

*Artículo de Investigación postulado el 3 de abril de 2022 y aceptado el 27 de mayo de 2022.

**Funcionaria del Ministerio de Relaciones Exteriores, Cuba. (tahimi8375@gmail.com), orcid.org/0000-0003-3727-8607

SUMARIO

1. Introducción.
2. La expropiación indirecta en los modelos de acuerdos de Inversión bilaterales en el mundo: Pautas en el tiempo.
3. Siglo XXI: la expropiación indirecta en los modelos de acuerdos bilaterales de inversión latinoamericanos.
4. A modo de inventario: lecciones y aprendizajes.
5. Conclusiones
6. Bibliografía

1. INTRODUCCIÓN

La expropiación indirecta dentro del Derecho Internacional de Inversiones se ha convertido en los últimos años en tópico de mira neurálgico en la agenda a nivel internacional, debido a su sistemática invocación en el arbitraje Invercionista-Estado, en el cual se registra en alrededor del 70% de los casos¹, destacándose varios países latinoamericanos como los más demandados mundialmente² a través de los Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (APPRI'S).

En el 2021 la cifra de Acuerdos de Inversión y con provisiones de inversión ascendieron a 2815 suscritos y 2247 en vigor, año en el que se firmaron un total de doce (12) Acuerdos Internacionales de Inversión, seis (6) APPRI's y seis (6) Tratados con provisiones de inversión³ existiendo presencia latinoamericana en dos (2): uno, en el APPRI entre Colombia y España y otro en el Tratado de Libre Comercio entre Chile y Paraguay.

Sin embargo, dichos Acuerdos latinoamericanos aun cuando desde los primeros textos y hasta la actualidad han establecido la referencia particular a la expropiación indirecta, no han garantizado una formulación que asegure una protección para inversores y Estado, aunque los hechos sugieren que han beneficiado más a los primeros que a los segundos, debido a la ambigüedad en el tratamiento de la figura, lo que ha desencadenado una ola de demandas contra los Estados.

¹ Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y Desarrollo (UNCTAD), International Investment Agreements Reform Accelerator, 2020, p.24

² UNCTAD, IIA ISSUE Note 2, 2020, p.2

³ UNCTAD, Acuerdos Internacionales de Inversión, 2021

Por dichas razones, algunos países a nivel mundial desde la década de los 80s del siglo XX y hasta la actualidad han optado por adoptar modelos para sus acuerdos de inversión, particularmente para los bilaterales, considerando sus experiencias y realidades, donde trazan las pautas sobre los que conciben sus protecciones, entre ellas las referentes a la expropiación con énfasis en la indirecta. Las naciones latinoamericanas no han conseguido elaboraciones avanzadas, y han optado por asumir aquellas más utilizadas internacionalmente, que en muchas ocasiones difieren de sus realidades y por ende no han constituido un instrumento de protección real, colocando al Estado anfitrión en una marcada situación de indefensión.

A partir de ello, hacer un recorrido por los Modelos de Acuerdos Bilaterales de inversión adoptados y vigentes por los países durante los años transcurridos desde el inicio del siglo XXI y hasta la actualidad a nivel internacional incluyendo los latinoamericanos permite identificar características que poseen, los presupuestos que consideran para la configuración de una expropiación indirecta entre otros elementos así como las carencias, disfuncionalidades e incongruencias que exhiben, que sin pretende ser exhaustivo, constituye guía para una mayor profundización y constata la necesidad de una revisión y actualización inmediata de los Modelos latinoamericanos.

Como resultado de ello, los Modelos deberán lograr una plataforma más equilibrada y viable para las negociaciones de este tipo de Acuerdos por los países de la región, que bajo tales pautas podrán mostrar Tratados de inversión desde una perspectiva propia, auténtica y sobre la base de sus experiencias, realidades y desafíos, garantes de sus intereses, y de la protección deseada frente a posibles reclamos de los inversionistas extranjeros por expropiación indirecta ante instituciones foráneas.

2. LA EXPROPIACION INDIRECTA EN LOS MODELOS DE ACUERDOS DE INVERSIÓN BILATERALES EN EL MUNDO: PAUTAS EN EL TIEMPO

La expropiación indirecta tiene sus primeros atisbos desde la doctrina norteamericana y la jurisprudencia de ese país, así como el primer pronunciamiento en el ámbito internacional en el *Norwegian shipowners' claims* (Norway v. USA), en el cual el Tribunal de la Haya definió también por vez primera la expropiación indirecta en un caso de Derecho Internacional. Se inicia así la evolución de la figura, a la vez que su mención comienza hacerse frecuente tanto en la doctrina como en su incorporación en el ámbito convencional.

La referencia en el orden de Tratados a nivel internacional se mostró a través de instrumentos jurídicos que la trataron como el *Abs-Shawcross Draft Convention* de 1959 que la enunció desde la protección de las inversiones. Posteriormente, el *Harvard Draft Convention on the International responsibility of States* en 1961⁴ y el *Draft Convention on Protection of Foreign Property* de 1967⁵ esbozarían definiciones de expropiación indirecta desde sus propias contribuciones.

El concepto en tratados internacionales se incorporó a partir del Programa de Tratados de Inversión Bilateral de EEUU en 1980 y en el Artículo 1605 del Acuerdo de Libre Comercio entre EEUU y Canadá de 1988 (FTACUS). En el año 1993 se estableció también en el conocido artículo 1110 del Tratado de Libre Comercio de Norteamérica (NAFTA), que marcó la evolución en este tipo de Tratados y su inserción bajo dicha redacción dentro de las cláusulas de los Acuerdos de Inversión a nivel mundial.

Cada uno de los textos convencionales *ut supra* mencionados introdujo aportes al concepto de la expropiación indirecta hasta su configuración actual en los APPRI's. Sin embargo, la figura no permanece estática en el tiempo y continua su desarrollo a la luz del Derecho Internacional de Inversiones.

Conforme expresa la Profesora Essis Villarroel se constatará expropiación indirecta “cuando una medida o un acto gubernamental (de acción o de omisión) de alguna manera prive al inversor de su inversión, sin que pierda, al menos formalmente hablando, el título legal que lo acredite como propietario”⁶, (...)”responden a medidas estatales que causan un detrimento importante en el valor económico de la inversión foránea, sin que medie un título formal de privación del Derecho de propiedad, al punto de resultar privado el inversionista del uso y goce de los beneficios que ésta puede producirle, y sin la recepción de una compensación ofrecida por el Estado receptor”⁷.

Según Sondra Faccio “a diferencia de la expropiación directa, en la indirecta el estado no tiene una intención manifiesta de privar al inversor sustancialmente

⁴ En su artículo 10.3 a) y b) se refiere a la prohibición de la expropiación indirecta cuando en ambos incisos define la interferencia no razonable sobre la propiedad o lo que llama como toma de la propiedad por parte del Estado. *Vid.* ONU, Documento A/CN.4/217 AND ADD.1, First Report of Responsibility of State por Roberto Ago, Relator Especial, Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1969, p.14

⁵ En su artículo 3b) define la llamada “toma de propiedad” por el Estado de manera no razonable y de forma discriminatoria, haciendo privación injustificada de la propiedad que implica manifestación *per se* de una expropiación indirecta. *Vid.* OCDE, *Draft Convention on Protection of Foreign Property*, 1967, p.17.

⁶ Essis Villarroel, Ivette, *Expropiación de inversiones foráneas: potenciales litigios y arbitraje de inversión*, 2012, p. 223

⁷ Essis Villarroel, Ivette, ref. 7, p. 229

de sus derechos o de afectar formalmente su titularidad, sino de afectar la capacidad de ejercer tales derechos en términos prácticos”⁸.

En el ámbito jurisprudencial son muchos los laudos que se refieren a la expropiación indirecta, entre ellos el de *Técnicas Medioambientales TECMED S.A. vs Los Estados Unidos Mexicanos* (Laudo CIADI No. ARB(AF)/00/2) “define que las medidas adoptadas por un Estado, de naturaleza regulatoria o no, revisten las características de una expropiación indirecta en su modalidad de facto si es irreversible y de carácter permanente, y si los bienes o derechos alcanzados por tal medida han sido afectados de forma tal que «..toda manera de explotarlos..» ha desaparecido; es decir, virtualmente, el valor económico de la utilización, goce o disposición de los bienes o derechos afectados por el acto o decisión administrativa ha sido neutralizado o destruido (...)”⁹.

En síntesis, se le concibe como la expropiación que resulta cuando se ha privado de la propiedad de un bien al titular de aquel (inversionista), no de modo formal, pero sí *de facto*, a través de interferencias o medidas adoptadas por el Estado, que si bien no constituyen una toma flagrante de la propiedad (inversión), afectan, anulan, los beneficios derivados de ella al privar permanente e irreversiblemente a su propietario del uso, disfrute y abuso de su bien de manera efectiva, configurándose el acto expropiatorio de dicho bien de modo indirecto.

Paralelamente, el 25 de noviembre de 1959 se suscribió el primer APPRI, entre Alemania y Pakistán, donde se disponía la expropiación de modo general, para ulteriormente, en el Protocolo del Tratado establecer que el término expropiación se extendería a aquellos actos realizados por el Estado ejerciendo sus poderes soberanos que se reconocen como equivalentes a expropiación, con lo cual se enunció la expropiación indirecta por vez primera en un tratado de este tipo, aunque carente de una definición.

A partir de este primer tratado y hasta la explosión de los años 90s, cada década sumaría unos cientos de Acuerdos de este tipo internacionalmente, incluyendo la región latinoamericana, con menciones a la expropiación indirecta. Sin embargo, años previos a la irrupción de la ola de APPRI's en la palestra mundial, se registraban los primigenios Modelos de Acuerdos de Inversión en el ámbito bilateral, intentando conformar unas pautas, reglas de juego para este tipo de Tratados, como lo fueron los Modelos francés, norteamericano o iraní.

⁸ Faccio, Sondra, Expropiación indirecta en el Derecho Internacional de Inversiones, entre los poderes regulatorios del Estado y la protección del inversor, 2020, p. 100

⁹ Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones Laudo Caso No. ARB(AF)/00/2, Técnicas Medioambientales TECMED S.A. vs Los Estados Unidos Mexicanos, 2003, párr.116, p.49.

Todos emergieron como resultado de la sistematización de los contenidos de sus Acuerdos sobre inversiones y las realidades derivadas de su aplicación.

En los Modelos francés¹⁰ e iraní¹¹ se dispuso la expropiación indirecta no así en el norteamericano¹², que bajo el título de Acuerdo de incentivo a la inversión en sus cinco artículos del Tratado no la contempló. El francés la definió como “(...)otras medidas que tengan un efecto de desposeer, directamente o indirectamente (...)”¹³, y el iraní la identificó como medidas similares a la nacionalización, confiscación y expropiación. Estos Modelos realizaron el acercamiento a la expropiación indirecta sobre la base de la teoría del *sole effects*, enfoque que se enraizará en la mayoría de los textos en el tiempo y que se sustenta en los resultados que provoca la aplicación de la medida o medidas adoptadas por el Estado para el inversionista. Ambos incorporaron la Fórmula Hull¹⁴ para la compensación, sin embargo, el persa confundió los términos de apropiada y adecuada, al adjudicarle al primero el contenido del segundo, a pesar de ser técnicamente diferentes. Los Modelos no tuvieron otros pronunciamientos específicos como ocurre en la dinámica actual, por lo que los textos suscritos posteriormente a ellos y seguidores de sus formulaciones sostuvieron similares falencias, como el APPRI entre Francia y Tunisia¹⁵ de 1962 o el de Irán con Alemania¹⁶

Ulteriormente, a aquellos Modelos un número mayor de países adoptarían textos base a partir de mediados de la década del 80 del pasado siglo, como herramienta eficaz para sus negociaciones de los acuerdos de Inversión como fueron los de Sri Lanka, Indonesia, Senegal, Cambodia, Sudán y Egipto, entre otros. En ellos la referencia a la expropiación indirecta se sustentó en el reconocimiento a través de las expresiones: de medidas de similares características o efectos a la nacionalización o expropiación; o cualquier medida de efectos equivalentes a la expropiación o nacionalización y algunos como el Indonesio la identificaron como cualquier medida de desposesión que tenga efectos equivalentes a la nacionalización o expropiación, redacción que pareciera más acertada al asociarla

¹⁰ UNCTAD, Modelo Francés s/f, Artículo 5, pp.161-162

¹¹ UNCTAD, Modelo Iraní s/f, Artículo 6, p.3.

¹² UNCTAD, Modelo Norteamericano s/f, pp.1- 4.

¹³ UNCTAD, Modelo Francés s/f, ref. 12, p. 162

¹⁴ Denominada así la fórmula creada por el Secretario de Estado norteamericano Cordell Hull en relación con la compensación debida a los inversores por nacionalización y que la definió como: adecuada cuando se basa en el valor justo del mercado, efectiva cuando se paga en moneda libremente convertible y pronta cuando es pagada sin demoras o en circunstancias excepcionales la pagada en parcialidades en un plazo lo más corto posible.

¹⁵ UNCTAD, Convención entre el Gobierno de la República Francesa y la República Tunesina sobre las relaciones económicas y la protección de las inversiones, 1962, Artículo 4, p.3

¹⁶ UNCTAD, Tratado entre la República Federal de Alemania y el Imperio de Irán concerniente a la promoción y protección de inversiones, 1965, Artículo 3, p.2

con el no ejercicio de los derechos de propiedad: uso, disfrute y disposición, debido a la no posesión del bien, a lo que se acota que los efectos serán similares a la expropiación para completar la idea. Todos incluyeron de igual modo que los primogénitos citados, la Fórmula Hull para la compensación sin incorporar otras protecciones específicas.

Hasta 1991 no se registrarían nuevos Modelos, momento en que los países retornan a dichos documentos como el Modelo Alemán de 1991, seguidos por los de Suiza, Sudáfrica, Malasia, Croacia, Mongolia, entre otros. La mayoría abordó la expropiación indirecta, a través del mero reconocimiento, a excepción del malayo que al tratar la expropiación de modo general permite la interpretación desde el reconocimiento, o de la exclusión de la indirecta según posición que se adopte.

Del 2000 al 2021 se incorporarían a los Modelos a nivel mundial tratamientos a la expropiación indirecta diferentes a los conocidos hasta ese momento. De ese período de tiempo, se han examinado las cláusulas de expropiación, y en particular, el pronunciamiento sobre la expropiación indirecta en un total de 35 modelos de inversiones, más la postura adoptada por la Unión Europea al respecto. Los Modelos analizados se corresponden con aquellos adoptados durante los últimos veintiun (21) años y vigentes al día de hoy: solo no siendo posible el análisis del español 2008, chipriota 2009, guatemalteco 2013, turco 2016 y peruano 2020 por no estar disponibles en las bases de datos consultadas.

Sobresalen años prolíficos en la adopción de Modelos por los países como el 2002 (5), 2003 (4), 2008 (6), 2012 (18: 16 Naciones pertenecientes al SADC, Burkina Faso y EEUU), 2016 (5) y 2019 (4), resultado en la mayoría de las ocasiones del desempeño de los países dentro del arbitraje de inversiones internacionalmente. Cada uno intenta plasmar la protección a sus intereses según el rol que ocupa y marcando en la letra del Tratado dichas posiciones, incluyendo en el pronunciamiento sobre la expropiación indirecta: más garantista para el Estado o para el inversionista.

El nuevo siglo inicia con una explosión de Modelos durante los cinco (5) primeros años, ascendiendo a la cifra de dieciséis (16), de los cuales se mantienen vigentes once (11) a saber: Dinamarca¹⁷ en el 2000; Finlandia¹⁸ y Grecia¹⁹ en el

¹⁷ UNCTAD, Modelo Danés 2000, Artículo 5, pp.3 y 4

¹⁸ UNCTAD, Modelo Finés 2001, Artículo 5, p.4

¹⁹ UNCTAD, Modelo Griego 2001, Artículo 5, p.275.

2001; Tailandia²⁰, Suecia²¹, Benin²², Burundi²³ y Mauricio²⁴ en el 2002; Kenia²⁵, Israel²⁶ y Uganda²⁷ en el 2003. Los citados Modelos incluyeron en negativo el reconocimiento a la expropiación indirecta sobre la base de medidas que tienen el mismo carácter o efecto equivalente a la expropiación o nacionalización o desposesión. Solo el sueco, keniano y el burundés se desmarcan de esta redacción, el primero y el segundo cuando se pronuncian de modo general al disponer que ninguna parte tomará medidas de privación ni directa ni indirectamente²⁸, y el tercero al reconocer esta como otras medidas con efectos similares privativos o restrictivos de la propiedad. Ninguno se detuvo en brindar una definición a la par que no concibieron presupuestos para su configuración.

Aquellos adoptados entre el 2006 al 2011 vigentes actualmente como el francés²⁹ del 2006, alemán³⁰, austriaco³¹, británico³², mexicano³³ y ghanés³⁴ del 2008 y macedonio³⁵ del 2009, como aquellos del primer quinquenio del siglo XXI, incluyeron en negativo el reconocimiento a la expropiación indirecta y no se detuvieron en brindar una definición, como tampoco concibieron presupuestos para su configuración.

Entre los acogidos del 2012 al 2017 como los del SADC³⁶, burkinés³⁷ y norteamericano³⁸ del 2012, el serbio³⁹ del 2014, el indio⁴⁰, brasileño⁴¹ y noruego⁴² del

²⁰ UNCTAD, Modelo Tailandés 2002, Artículo 6, pp.5 y 6

²¹ UNCTAD, Modelo Sueco 2002, Artículo 4, p.3

²² UNCTAD, Modelo Beninés 2002, Artículo 4, pp. 3 y 4

²³ UNCTAD, Modelo Burundés 2002, Artículo 4, pp. 3 y 4

²⁴ UNCTAD, Modelo Mauriciano 2002, Artículo 6, p.4

²⁵ UNCTAD, Modelo Keniano 2003, Artículo 5, p.3

²⁶ UNCTAD, Modelo Israelí 2003, Artículo 5, pp. 5 y 6

²⁷ UNCTAD, Modelo Ugandés 2003, Artículo 5, pp. 291 y 292

²⁸ UNCTAD, Modelo Sueco, ref. 23

²⁹ UNCTAD, Modelo Francés 2006, Artículo 6, p.4

³⁰ UNCTAD, German Model Treaty-2008, Artículo 4, pp. 7 y 8

³¹ UNCTAD, Modelo Austriaco 2008, Artículo 7, pp. 5 y 6

³² UNCTAD, British Model Treaty-2008, Artículo 5, p. 7

³³ UNCTAD, Modelo Mexicano 2008, Artículo 6, pp. 5 y 6

³⁴ UNCTAD, Modelo Ghanés 2008, Artículo 7, p.6

³⁵ UNCTAD, Modelo Macedonio 2008, Artículo 4, p.4

³⁶ UNCTAD, Modelo SADC Acuerdo Bilateral de Inversiones 2012, Artículo 6 y 20, pp. 24, 25, 39 y 40

³⁷ UNCTAD, Modelo Burkinés 2012, Artículo 5, p. 5

³⁸ UNCTAD, Modelo de EEUU Acuerdo Bilateral de Inversiones 2012, Artículo 6 y Anexos A y B, pp.8, 40 y 41

³⁹ UNCTAD, Modelo Serbio de Acuerdo Bilateral de Inversiones 2014, Artículo 6, p.6

⁴⁰ UNCTAD, Indian Model BIT 2015, Artículo 5, pp.7 y 8

⁴¹ UNCTAD, Modelo brasileño de Acuerdo Bilateral de Inversiones 2015, Artículo 7, p.5

⁴² UNCTAD, Model BIT of The Kingdom of Norway 2015, Artículo 6, pp. 6 y 7

2015, los azerbaiyano⁴³, checo⁴⁴ y ruso⁴⁵ del 2016 y el colombiano⁴⁶ del 2017 se constata una incidencia mayor de las reformas de la UNCTAD al proveer el norteamericano, serbio, el noruego, indio y colombiano una definición sobre la expropiación indirecta, destacándose el indio por su énfasis en la magnitud de la privación, que debe ser sustancial y permanente. A la vez, estos cinco (5) Modelos junto al ruso concibieron los comúnmente conocidos presupuestos para la configuración de la expropiación indirecta. No obstante, Rusia y Colombia también incorporaron la naturaleza de la medida, acentuando el interés público justificado por encima del individual del expropiado, e independientemente Rusia incluyó los objetivos declarados, y Colombia el alcance de la medida. En el caso del modelo indio introdujo un presupuesto adicional, huella de la doctrina del carácter inequívoco del derecho norteamericano, referido a si una medida de una Parte infringe el compromiso previo asumido de forma escrita con el inversor ya sea por contrato, licencia u otro documento legal, a la par que en cuanto al carácter de la medida o serie de medidas, destaca notablemente su objeto, contexto e intención (causa).

Dentro del período requiere análisis independiente la Unión Europea (UE), pues aun cuando no posee un modelo de Acuerdo de inversiones, ha trazado pautas sobre el contenido que los países miembros han de incorporar en los Tratados de este tipo, bajo la denominada Plataforma Mínima de la Unión Europea sobre inversiones.⁴⁷, unida a una nueva política sobre inversiones de la Unión conocida como “las mejores prácticas”(referencias sobre negociaciones de la UE en dicha materia⁴⁸).

Adoptadas como guía, las cláusulas dispuestas de forma sistemática en los Acuerdos de inversión de los Estados miembros de la Unión, se convirtieron en un Modelo *de facto* del bloque regional a través del documento de la UE denominado Política Europea de inversiones Internacionales, que estableció estándares que los países debían incorporar en sus Acuerdos, colocándose en el de protección, el mandato de la necesaria definición de la expropiación indirecta, el balance entre el bienestar público y los intereses privados, y la adecuada

⁴³ UNCTAD, Modelo Azerí de Acuerdo Bilateral de Inversiones 2016, Artículo 6, p.4

⁴⁴ UNCTAD, Modelo checo de Acuerdo Bilateral de Inversiones 2016, Artículo 5, p.4

⁴⁵ UNCTAD, Modelo Ruso de Acuerdo Bilateral de Inversiones 2016, Artículo IV, pp. 3-5

⁴⁶ UNCTAD, Modelo Colombiano de Acuerdo Bilateral de Inversiones 2017, Artículos sin número sobre Expropiación y compensación por expropiación, pp. 9 y 10

⁴⁷ Titi, Catharine, International Investment Law and the European Union: Towards a New Generation of International Investment Agreements, 2015, pp. 642 y 643

⁴⁸ Consejo de la Unión Europea, Directivas para la negociación de la Asociación Transatlántica de Comercio e Inversiones entre la UE y US, p.9

compensación ante la ocurrencia de daños. Se pronuncia además sobre el derecho a regular de las partes en determinadas áreas al margen de la protección, lo cual se asocia a la excepción de la expropiación indirecta regulatoria⁴⁹.

Sin embargo, los modelos de los países miembros contradicen y en ocasiones abandonan parcialmente las Directivas de la Unión, incluyendo las disposiciones en materia de expropiación indirecta, lo que se evidencia en la marcada diversidad y diferencia de unos a otros, lo que se hace más notable en los textos de sus acuerdos bilaterales como los suscritos por Suiza con Georgia⁵⁰ y Tunisia⁵¹, Austria con Kirguistán⁵² o Portugal con EAU⁵³. Dichos Tratados, reconocieron la figura bajo las redacciones tradicionales y únicamente el de Austria incorpora la excepción a la expropiación indirecta como modo de reforzar el derecho del Estado a regular.

Los Modelos enmarcados entre el 2018 al 2021 como el eslovaco⁵⁴, neerlandés⁵⁵, luxemburgués-belga⁵⁶ y marroquí⁵⁷ de 2019 e italiano⁵⁸ del 2020 unido al indio del 2015 se consideran como los de formulaciones más elaboradas, y disponen junto al efecto equivalente a la expropiación directa sin la transferencia formal del título, el concurrir la privación de los atributos fundamentales de la propiedad. Sobresalen entre ellos, el Italiano que con la similitud con su antecesor del 2003 arrastra de aquel la disposición sobre la permanencia y temporalidad de la medida; el indio, al resaltar que la privación debe ser sustancial (contenido) o permanentemente (tiempo), y el marroquí con la adición sobre que la privación ha de ser de tal magnitud que se prive de los beneficios que legítimamente pudieran esperarse, o privarse a su inversión de toda utilidad. El canadiense⁵⁹ de 2021, a pesar de ser el más reciente adoptado eliminó la referencia a los atributos fundamentales en la definición.

⁴⁹ Parlamento Europeo, European international investment policy, European Parliament resolution of 6 April 2011 on the future European international investment policy (2010/2203(INI), Numeral 19, viñeta 3ra p.4 y Numeral 25 p.5.

⁵⁰ UNCTAD, Acuerdo entre la Confederación Suiza y Georgia sobre la promoción y protección recíproca de inversiones, 2014, Artículo 6, p. 4.

⁵¹ UNCTAD, Acuerdo entre el Consejo Federal Suizo y el Gobierno de la República de Tunisia sobre la promoción y protección de inversiones, 2012, Artículo 6, pp. 26 y 27

⁵² UNCTAD, Acuerdo sobre la promoción y protección de inversiones entre el Gobierno de la República Austriaca y el Gobierno de la República de Kirguiza, 2016, Artículo 7, p. 6

⁵³ UNCTAD, Acuerdo entre la República Portuguesa y Emiratos Arabes Unidos sobre la promoción y protección recíproca de inversiones, 2011, Artículo 6, p. 1120

⁵⁴ UNCTAD, Modelo Eslovaco 2019, Artículo 7, pp. 5 y 6

⁵⁵ UNCTAD, Modelo Neerlandés de Acuerdo Bilateral de Inversiones 2019, Artículo 12, pp.9 y 10

⁵⁶ UNCTAD, Modelo luxemburgués-belga de Acuerdo Bilateral de Inversiones 2019, Artículos 7 y 8, p.11

⁵⁷ UNCTAD, Modelo Marroquí 2019, Artículo 7, pp. 5 y 6

⁵⁸ UNCTAD, Modelo Italiano 2020, Artículo 8, p.8

⁵⁹ UNCTAD, Canada Model FIPA 2021, Artículo 9, pp. 16-18

Los Modelos examinados en el período del 2000 al 2021 nominalizan en su mayoría la cláusula destinada a la expropiación con dicho término, o le adicionan el sustantivo compensación o indemnización como los de Dinamarca, Uganda, Austria o EEUU, o nacionalización como el italiano. Sin embargo, entre aquellos que lo establecen de modo diferente se destacan el burundés que lo denomina como medidas privativas y restrictivas de la propiedad, el francés bajo el título de desposesión e indemnización, el alemán como compensación en caso de expropiación y el burkinés como indemnización por expropiación, mostrando centrarse más en una de las consecuencias que se derivan del acto expropiatorio y no *per se* en él. El ruso la denomina como protección a las inversiones del inversor y el luxemburgués establece dos artículos a la figura, el primero como expropiación y el segundo como aclaración de la expropiación para enfatizar la intención del contenido al nombrarlo.

Por otra parte, los Modelos coinciden bajo expresiones diversas en que el acto expropiatorio ha de realizarse sobre la base de seguridad, interés público o general o utilidad pública, beneficio o propósito público, que tales medidas no serán discriminatorias, que deberán adoptarse conforme el debido proceso legal y concurrir la compensación correspondiente.

Los Modelos austriaco, ghanés, SADC, norteamericano, serbio, indio, noruego, azerí, checo, ruso, colombiano, eslovaco, neerlandés, luxemburgués, marroquí, italiano y canadiense establecen excepción para la expropiación indirecta regulatoria, algunos incluso con amplitud en sus pronunciamientos. El indio la extiende a la expropiación directa desde las medidas regulatorias, mientras que los Modelos neerlandés, checo, ruso y SADC incluyeron elementos como excepción a la expropiación regulatoria que no han sido considerados en otros. El neerlandés la amplía a la protección a los deberes públicos, sociales o al consumidor así como la promoción y protección de la diversidad cultural; el checo a la estabilidad financiera, el ruso a las medidas impositivas y aduanales y el SADC abriendo el diapasón de posibilidades bajo los poderes regulatorios del Estado, destinando un artículo para el Derecho a regular de los Estados.

En relación con otras protecciones solo el burundés, el ugandés, el francés, alemán, macedonio y burkinés concibieron la protección por conflictos armados u otras situaciones excepcionales, en supuesto que sus inversiones fuesen tomadas en tales circunstancias como en el ruso en relación con desastres, guerras, huelgas u otros y la particular protección bajo el estándar de nación más favorecida. Por su parte, el danés, el finés, el tailandés, el mauriciano, el keniano, el israelí, el británico, austriaco, ghanés, el Modelo SADC, el azerí, checo, ruso,

serbio, marroquí, neerlandés y luxemburgués comprendieron la posibilidad de revisión del acto expropiatorio por autoridades del país.

Sobre la compensación, los Modelos abrazan de un modo u otro la Fórmula Hull. Existen los que lo realizan de modo expreso como el indio, azerí, checo, ruso, norteamericano, serbio y noruego, entre otros, y aquellos que lo asumen describiendo el contenido de los términos, no pocas veces confusos, como el colombiano, que en el artículo sobre expropiación utilizó la palabra oportuna y en el destinado a la compensación describió contenido de pronta de la Fórmula Hull, generando un equívoco que derivará al momento de la compensación una interpretación difusa, en tanto, dichos vocablos no son sinónimos.

Sin embargo, existen Modelos que han manejado la compensación en sus textos introduciéndoles cambios interesantes, como el Modelo SADC que brinda tres (3) opciones para el cálculo de la compensación, lo que favorece la selección de la alternativa más conveniente para las naciones signatarias del Acuerdo. Por su parte, el burkinés resalta por su disposición a que sea justa y equitativa, además de pronta y transferible, en un intento de conciliar posturas entre los dos enfoques conocidos sobre este tópico desde los años 60 y 70, entre los países desarrollados y los del Tercer mundo. También se destaca el Modelo marroquí que incluyó el test de proporcionalidad en la evaluación de la indemnización, lo cual constituye una toma de posición interesante llevada a un acuerdo y que se afianza en búsqueda de un equilibrio entre Estado e inversor.

Durante el período del 2000 al 2021 excepto Ghana, EEUU, Noruega, República Checa, Eslovaquia, Países Bajos, Unión Económica Bélgica- Luxemburguesa, Italia y Canadá el resto de los países han suscrito Acuerdos bilaterales de inversión después de la fecha de adopción de sus modelos. Sin embargo, aun cuando la mayoría incorporó las provisiones establecidas en aquellos, se pueden mencionar otros que se desmarcaron puntualmente como los firmados entre: Grecia y Kuwait⁶⁰ que dispuso el reconocimiento a la expropiación indirecta incluyendo medidas que tengan efecto similar a la desposesión además de incorporar un numeral, como también lo estableció en el suscrito con Emiratos Árabes Unidos(EAU)⁶¹ que enfatiza la inclusión dentro de la expropiación a aquellas interferencias o medidas regulatorias que tengan *de facto* un efecto expropiatorio y en el que sus efectos resultan una privación de la propiedad, control o beneficios sustanciales de la inversión para el inversionista así como

⁶⁰ UNCTAD, Acuerdo entre el Gobierno de la República Helénica y el Gobierno del Estado de Kuwait sobre la promoción y protección recíproca de inversiones, 2014, Artículo 5, pp. 334 y 335

⁶¹ UNCTAD, Acuerdo entre el Gobierno de la República Helénica y el Gobierno de Emiratos Arabes Unidos sobre la promoción y protección recíproca de inversiones, 2014, Artículo 5, pp. 5 y 6

puedan causar pérdida o daño en el valor económico de la inversión como el congelamiento o bloqueo de la inversión, imposición de impuestos arbitrarios o excesivos que obligan a la venta total o parcial de la inversión.

Por otra parte, Acuerdos como el de Austria y Kazajistán⁶², excluyeron la excepción regulatoria para la expropiación indirecta; el de Mauricio y EAU⁶³ distancándose del Modelo mauriciano, redujo la expropiación indirecta a cualquier medida que tenga un efecto equivalente a congelar o imponer impuestos excesivos; y asimismo el de Kenia y Japón⁶⁴ adopta el reconocimiento de la expropiación indirecta usual a la vez que incluye presupuestos para su configuración diferentes a los comúnmente conocidos, y así incorpora: permanente, completa y parcial privación del valor de la inversión, el derecho de administración y control así como la apropiación de la inversión al transferir los resultados completos o parciales del valor de aquella.

De este breve recorrido por los modelos de Acuerdos de Inversión entre el 2000 al 2021, se constata que:

1. Los más avanzados ofrecen definición de expropiación indirecta (11), destacándose particularmente el indio y el italiano.
2. Se listan presupuestos para la configuración de la expropiación indirecta en once (11) Modelos, en los que se incluye el impacto económico en diez (10), seguido del carácter de la medida en nueve (9), el grado de interferencia en las expectativas legítimas del inversor en siete (7) y la duración de la medida en seis (6). Otros como el ruso, el colombiano e indio incluyeron presupuestos adicionales intentando un análisis más profundo para determinar la presencia de la figura.
3. De igual modo, diecisiete (17) Modelos establecen excepción para la expropiación indirecta regulatoria, lo cual constituye uno de los reclamos de reforma solicitados por la UNCTAD desde el 2010 y por ende logrados en el ámbito convencional a nivel internacional, destacándose algunos como el indio, neerlandés, checo, ruso y SADC con incorporación de elementos que no han sido considerados previamente como excepción a

⁶² UNCTAD, Acuerdo entre la República de Austria y la República de Kazajastan sobre promoción y protección recíproca de inversiones, 2010, Artículo 7, pp. 4 y 5

⁶³ UNCTAD, Acuerdo entre el Gobierno de la República de Mauricio y el Gobierno de Emiratos Arabes Unidos para la promoción y protección recíproca de inversiones, 2015, Artículo 6, pp.6 y 7

⁶⁴ UNCTAD, Acuerdo entre el Gobierno de la República de Kenia y el Gobierno de Japón para la promoción y protección recíproca de inversiones, 2016, Artículo 10, pp.8 y 9

la expropiación regulatoria y que deberían ser introducidos por otros países según las realidades que enfrenten.

4. Sobre la compensación, todos de modo expreso o no abrazan la Fórmula Hull. En ocasiones con redacciones confusas al sustituir los vocablos que la definen por otros, pero adjudicándole el mismo contenido, como el caso del alemán con la palabra apropiada por adecuada o del colombiano con oportuna y pronta. A la vez, Modelos como el SADC, el burkinés o el marroquí, incorporan cambios significativos en sus textos, el primero brindando tres (3) opciones para el cálculo de la compensación, el segundo en un intento de conciliar posiciones entre los países del Norte y el Sur; y el marroquí incluyendo en su texto el test de proporcionalidad en la evaluación de la indemnización.

Los Modelos destacados, en sus formulaciones cumplen con los estándares de los Acuerdos Internacionales de Inversión más modernos conforme las Reformas propuestas por la UNCTAD, cada uno resultado de la revisión de sus Tratados de Inversión Bilaterales, y puestos a prueba a partir de las negociaciones en que se utilicen tanto en el ámbito bilateral como multilateral. Sean ellos brújula para otros países en el difícil entramado de los Modelos de Tratados de inversiones y Acuerdos de inversión.

3. SIGLO XXI: LA EXPROPIACION INDIRECTA EN LOS MODELOS DE ACUERDOS BILATERALES DE INVERSIÓN LATINOAMERICANOS

América Latina bajo la impronta a nivel mundial de la elaboración de Modelos de Acuerdos de inversión posee en su haber trece (13), de los cuales permanecen vigentes hasta la actualidad ocho (8). Paralelamente, se ha de destacar que sobresalen países con varias elaboraciones en el transcurso del tiempo como Colombia y Guatemala que exhiben tres (3) cada uno y Perú dos (2).

Por otra parte, solo dos (2) países latinoamericanos adoptaron modelos previamente a la implosión de los APPRI's a nivel internacional en los 90: Jamaica y Bolivia, y posteriormente a dicha fecha, Chile en 1994. Los diez (10) Modelos restantes de la región fueron adoptados entre los años 2000 al 2020.

De igual modo, resalta el hecho que excepto Bolivia antes de 1984 y México en el 2008, los países latinoamericanos más demandados por arbitrajes de inversiones, no muestran modelos que tracen directivas, reglas claras del juego, documentos bases ante negociaciones de un Acuerdo de este tipo. En contraposición

la mayoría posee una cifra elevada de APPRI's en vigor⁶⁵, que han sido invocados en arbitrajes inversionista-Estado, a excepción de Ecuador y Bolivia que apenas sostienen en vigencia dos (2) y cinco (5) respectivamente, a partir del enfoque del retiro en su política ante los Acuerdos Internacionales de Inversión.

3.1 Modelos Latinoamericanos primigenios

Los Modelos latinoamericanos previos al 2000 como el de Jamaica⁶⁶, Bolivia⁶⁷ y Chile⁶⁸ asumieron el mero reconocimiento de la expropiación indirecta sin brindar una definición, a la par que no concibieron presupuestos para su configuración. El jamaiquino la identificó como cualquier medida que tenga el mismo efecto a la expropiación o nacionalización, el chileno como cualquiera medidas de privación directamente o indirectamente mientras el boliviano no se refiere a medidas o acciones sino a disposiciones con efecto equivalente a la expropiación o nacionalización, centrándose en un reconocimiento de la expropiación indirecta regulatoria conforme contenido literal del término, por su identificación como sinónimo de normas, regulaciones, es decir, actos legislativos.

Por otra parte, estos Modelos coinciden en que el acto expropiatorio ha de realizarse sobre la base de interés público o general o utilidad pública o seguridad nacional, que las medidas tomadas no serán discriminatorias, deberán adoptarse conforme el debido proceso legal y concurrir la compensación correspondiente, para la cual abrazan de modo expreso la Fórmula Hull.

A la vez, ninguno concibió excepción para la expropiación indirecta regulatoria y en relación con otras protecciones el jamaiquino y chileno concibieron la protección por conflictos armados u otras situaciones excepcionales, en supuesto que sus inversiones fuesen tomadas en tales circunstancias mientras que el boliviano y chileno comprendieron la posibilidad de revisión del acto expropiatorio por autoridades del país.

Sobre tales formulaciones los mencionados países han suscrito la mayoría de los APPRI 's desde los primeros y hasta los más recientes, algunos a modo y semejanza de sus modelos, otros con algunas modificaciones y en una menor medida aquellos más desmarcados como el último rubricado y en vigor por Chile

⁶⁵ Argentina 49; Venezuela 25, México 36, *Vid.* UNCTAD, Acuerdos Internacionales de Inversión, 2021.

⁶⁶ UNCTAD, Modelo APPRI Jamaica

⁶⁷ UNCTAD, Modelo APPRI Bolivia

⁶⁸ UNCTAD, Modelo APPRI Chile 1994

con China⁶⁹, en el cual define la expropiación indirecta, establece presupuestos para su configuración y la excepción a la expropiación indirecta regulatoria, cuestiones todas no comprendidas en el Modelo chileno.

Durante el período transcurrido del siglo XXI y hasta el 2021, la realidad latinoamericana no ha registrado variaciones notables en los textos que han rubricado los países, ascendentes a 223 APPRI's⁷⁰, como tampoco ha ocurrido en la totalidad de sus modelos, sin embargo, algunos constituyen formulaciones avanzadas tanto para la región como a nivel internacional.

3.2 Modelo Peruano

Los años 2000 inician con el Modelo Peruano⁷¹, el cual al referirse a la cláusula lo hace como expropiación. Sobre la indirecta alude a ella en una redacción en negativo como cualesquiera medidas que tengan el efecto equivalente a la expropiación o nacionalización, sin definir a la indirecta e incluye como condiciones para que el acto expropiatorio proceda, que las medidas se basen en la seguridad nacional o la necesidad pública, en un debido proceso legal y no ser discriminatorias

Particularmente sobre la compensación abraza la Fórmula Hull de modo expreso, a la vez que dispuso la revisión de acto expropiatorio por autoridad judicial u otras autoridades competentes.

Perú después de su Modelo del 2000 firmó siete (7) APPRIS, dos de ellos ya terminados, siendo los últimos suscritos y que entraron en vigor los que se alejan del Modelo Peruano, a saber: Canadá⁷², Colombia⁷³ y Japón⁷⁴, resultado de rubricar el país andino el texto con Canadá, basado en el Modelo Canadiense de 2004, sistemática que incorporó a los Acuerdos posteriormente suscritos con Colombia y Japón. En el caso de este último marca diferencias en los presupuestos al sustituir el carácter de la medida por las características de las medidas, incluyendo que no sean discriminatorias, cual produjo una redacción confusa y no precisa, pues se mezclan condiciones que debe cumplir el acto expropia-

⁶⁹ UNCTAD, Acuerdo de Inversiones entre el Gobierno de la República de Chile y el Gobierno de la Zona Administrativa Especial de Hong Kong de Pueblo de la República Popular China, 2016, Artículo 10 y Anexo I, pp.15,16, 56 y 57

⁷⁰ UNCTAD, Acuerdos Internacionales de Inversión, 2021

⁷¹ UNCTAD, Modelo Peruano 2000, Artículo 5, p.4

⁷² UNCTAD, Acuerdo entre la República de Perú y Canadá para la promoción y protección de inversiones, 2006, Artículo 13 y Anexo B.13(1), pp.14, 15, y 20

⁷³ UNCTAD, Acuerdo entre el Gobierno de la República de Perú y el Gobierno de la República de Colombia sobre promoción y protección recíproca de inversiones, 2007, Artículo 11 y Anexo C, pp.15, 16, 61 y 62

⁷⁴ UNCTAD, Acuerdo entre la República de Perú y Japón para la promoción, protección y liberalización de inversiones, 2008, Artículo 13 y Anexos III y IV, pp.13, 118 y 119

torio con los presupuestos para que se configure la expropiación indirecta, aun cuando la pretensión haya sido referirse al carácter y no a las características de las medidas.

Sin embargo, Perú en el 2020 adoptó un nuevo Modelo bajo el que no ha suscrito acuerdo alguno y sobre el que no ha sido posible materializar examen sobre su contenido por no estar disponible conforme a las fuentes consultadas, texto adoptado después de 20 años de utilización del primero y de no rubricar acuerdos de este tipo desde el 2008.

3.3 Modelo Guatemalteco

Por su parte, Guatemala es el país que exhibió el segundo Modelo de la región en los 2000, en este caso en el 2003⁷⁵, y como el Peruano nominalizó la cláusula con el término expropiación y se refirió a la indirecta en una redacción en negativo similar y, sin definirla. Incluye como condiciones para que el acto expropiatorio proceda que las medidas se basen en la utilidad pública y a título no discriminatorio.

En relación con la compensación dispuso que la misma ha de ser puntual, adecuada y efectiva y aunque describe el contenido de la Fórmula Hull para afiliarse a ella, confundió los vocablos al sustituir puntual por pronta al calificar la compensación, cuando ambos no constituyen sinónimos incluso ni en el ámbito semántico. Sin embargo, se le adjudicó el contenido de pronta con lo cual zanja la distorsión esbozada. Por otra parte, el Modelo incluyó disposición sobre la revisión del acto expropiatorio por autoridad judicial u otras autoridades competentes.

Sin embargo, posteriormente al 2003, Guatemala ha adoptado dos (2) textos subsiguientes, el de 2010 y el del 2013, cual es el vigente actualmente. El del 2010 comprendió la expropiación indirecta a partir de la expresión que no se expropiará sea directa o indirectamente mediante medidas equivalentes a la expropiación o nacionalización. Aunque sin marcadas diferencias con el del 2003, comportó cambios con respecto aquel, como en redacción enrevesada sustituir compensación puntual, adecuada y efectiva, por liquidable y transferible, para posteriormente en los numerales ulteriores disponer que ha de realizarse sin demora, en moneda convertible y describir el contenido del vocablo adecuada. También eliminó la posibilidad de revisión por autoridad judicial u otra de la

⁷⁵ UNCTAD, Modelo Guatemala 2003, Artículo 5, p.3

causa y evaluación de las inversiones, por lo que podría parecer un retroceso en esta materia para el país centroamericano.

Guatemala después de su Modelo del 2003 firmó ocho (8) APPRIS, todos en vigor y que abrazaron su impronta con algunas modificaciones, para lograr mayor precisión como los suscritos con Israel⁷⁶, Finlandia⁷⁷ y Suecia⁷⁸ para sumarse de modo expreso a la Fórmula Hull, o el de la Unión belga luxemburguesa incorporando una provisión sobre protección en caso de guerra, conflicto armado u otras situaciones de este tipo. Sobre el Modelo Guatemalteco del 2010 el país no suscribió acuerdos, y después del 2013 lo ha hecho en tres (3) ocasiones: con Turquía, Rusia y Trinidad y Tobago, estando en vigor el primero y el tercero, no así el segundo. A pesar, de no estar disponible el Modelo del 2013, los Acuerdos rubricados posterior a aquel, como el de Turquía⁷⁹ constatan elementos nuevos en relación con la sistemática de los modelos anteriores, como el abrazar de forma expresa la Fórmula Hull bajo la expresión de compensación pronta, adecuada y efectiva e incluir la excepción a la expropiación indirecta regulatoria.

3.4 Modelo Mexicano

El Modelo mexicano⁸⁰ del 2008 nominaliza la cláusula como expropiación y compensación e incluye en negativo a la expropiación o nacionalización directa e indirectamente a través de medidas equivalentes a expropiación, sin ofrecer mayor distinción.

En relación con las condiciones para que el acto expropiatorio proceda reconoce el propósito público, realizarse conforme al debido proceso legal y con la correspondiente compensación, afiliándose en el caso de esta última a la Fórmula Hull obviando los términos de pronta, adecuada y efectiva, pero describiendo los contenidos de estos. Además incluye criterios para la valuación de la compensación, que hasta tal fecha ningún otro Modelo latinoamericano lo había hecho. Sobre protecciones específicas en relación con la expropiación el Modelo no se pronuncia.

⁷⁶ UNCTAD, Acuerdo entre el Gobierno de la República de Guatemala y el Gobierno del Estado de Israel sobre promoción y protección recíproca de inversiones, 2006, Artículo 5, pp.7 y 8

⁷⁷ UNCTAD, Acuerdo entre el Gobierno de la República de Guatemala y el Gobierno de la República de Finlandia sobre promoción y protección de inversiones, 2005, Artículo 5, pp.5 y 6

⁷⁸ UNCTAD, Acuerdo entre el Gobierno de la República de Guatemala y el Gobierno del Reino de Suecia para la promoción y protección recíproca de inversiones, 2004, Artículo 4, pp.5 y 6

⁷⁹ UNCTAD, Acuerdo entre el Gobierno de la República de Guatemala y el Gobierno de la República de Turquía concerniente a la promoción y protección recíproca de inversiones, 2015, Artículo 6, p. 6

⁸⁰ UNCTAD, Modelo Mexicano 2008, Artículo 6, pp. 5 y 6

Se ha de destacar que México ulteriormente a la adopción del Modelo ha suscrito y puesto en vigor más de una decena de Acuerdos, en los cuales ha incorporado la cláusula de expropiación concebida en aquel. No obstante, en los firmados con Singapur⁸¹, Turquía⁸², Brasil⁸³ y China⁸⁴ introdujo modificaciones. En el primero se incluyó pronunciamiento sobre la tierra, remitiendo a las leyes especiales vigentes en relación con la compensación sobre este bien en particular y en el segundo la excepción regulatoria para la expropiación indirecta, cual no fue concebida en el modelo. Sobre el rubricado con el Gigante sudamericano, en sus Acuerdos de este tipo⁸⁵, se excluyó la expropiación indirecta y acogió la posición de aquel en relación sobre este tópico.

En el de China se adicionaron tres cuestiones: la diferenciación sobre el cálculo de la compensación según se produzca la expropiación en un territorio u otro (México operará sobre la base del valor del mercado, en tanto China lo hará sobre el valor real), la posibilidad de revisión del acto expropiatorio por autoridad judicial independiente y la disposición comúnmente conocida sobre la expropiación en materia de Acuerdos TRIPS y propiedad intelectual.

3.5 Modelo Colombiano

Colombia país que como Guatemala ha adoptado tres (3) Modelos se dibuja como el más avanzado de la región, desmarcándose de sus homólogos latinoamericanos desde que adoptara su Modelo del 2008 y siguientes del 2011 y 2017.

Los Modelos de 2008 y 2011 ofrecieron un pronunciamiento general preliminar de la expropiación indirecta, para posteriormente en proximidad a los Modelos más avanzados definirla como aquella que “resulta de una medida o de una serie de medidas de una Parte Contratante que tenga un efecto equivalente a una expropiación directa sin que medie la transferencia formal de un título o del derecho de dominio”⁸⁶. A la vez incluyeron excepción para la expropiación

⁸¹ UNCTAD, Acuerdo entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de la República de Singapur para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones, 2009, Artículo 6, pp. 4 y 5

⁸² UNCTAD, Acuerdo entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de la República de Turquía para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones, 2013, Artículo 8, p. 5

⁸³ UNCTAD, Acuerdo de cooperación y facilitación de inversiones entre los Estados Unidos Mexicanos y la República Federativa de Brasil, 2015, Artículo 6, pp. 6 y 7

⁸⁴ UNCTAD, Acuerdo entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de la Región Especial de Hong Kong del pueblo de la República de China para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones, 2020, Artículo 7, pp. 9-11

⁸⁵ Martin Dietrich Brauch refiere que los Acuerdos de cooperación y facilitación de inversiones (ACFI) se focalizan en la cooperación y facilitación de inversiones mientras que los Acuerdos de promoción y protección de inversiones (APPI/APPRI) se dirigen a la protección de las inversiones.

⁸⁶ UNCTAD, Modelo de APPRI 2008, artículo VI, numeral 2a), p.9 y de 2011, artículo VIII, numeral 2a), p.6

indirecta regulatoria junto a presupuestos para que la expropiación indirecta se configure; adicionándose particularmente en el del 2011 el carácter de la medida o la serie de medidas teniendo en cuenta los objetivos públicos legítimos perseguidos.

En relación con las condiciones para que el acto expropiatorio proceda los Modelos asumieron similar sistemática que el Mexicano del 2008, con el añadido el Colombiano de ese propio año sobre el interés social y la buena fe y el del 2011 sustituyendo el propósito por la utilidad pública y el interés social.

Entre los suscritos por Colombia con diversos países, los más alejados a los Modelos en materia de expropiación indirecta son los de Japón⁸⁷, Brasil⁸⁸, España⁸⁹, Suiza⁹⁰, Cuba⁹¹, y Chile⁹², siendo una parte de ellos, los firmados en los años 90´s. Seguidamente, se distingue otro grupo de Acuerdos entre los años 2007 y 2010 que tienen una elaboración más cercana al Modelo del 2008, pero no similar, lo que hace pensar que sirvieron de base al mismo y posteriormente al del 2011 por la similitud de ambos, y que son los firmados con Perú⁹³, Unión Económica Belga-Luxemburguesa⁹⁴, China⁹⁵, India⁹⁶, Corea⁹⁷ y Reino Unido⁹⁸. Y existe los que abrazaron el Modelo del 2011, que se corresponden, en su mayoría,

⁸⁷ UNCTAD, Acuerdo entre Japón y la República de Colombia para la liberalización, promoción y protección recíproca de inversiones, 2011, Artículo 11.1, p.14

⁸⁸ UNCTAD, Acuerdo de cooperación y facilitación de inversiones entre la República Federativa de Brasil y la República de Colombia, 2015, Artículo 6, p.6

⁸⁹ UNCTAD, Acuerdo para la promoción y protección recíproca de inversiones entre el Reino de España y la República de Colombia, 2005, Artículo 4, pp. 2 y 3

⁹⁰ UNCTAD, Acuerdo entre la Confederación Suiza y la República de Colombia para la promoción y protección recíproca de inversiones, 2006, Artículo 6, p.7

⁹¹ UNCTAD, Convenio entre el Gobierno la República de Cuba y el Gobierno de la República de Colombia sobre promoción y protección recíproca de inversiones, 1994, Artículo 7, p.5

⁹² UNCTAD, Acuerdo entre la República de Chile y la República de Colombia para la promoción y protección recíproca de inversiones, 2000, Artículo VI, p.4

⁹³ UNCTAD, Acuerdo entre el Gobierno del Perú y el Gobierno de la República de Colombia para la promoción y protección de inversiones, 2007, Artículo 11 y Anexo C numerales, 3, 4 y 5, pp.15 y 61

⁹⁴ UNCTAD, Acuerdo entre la Unión Económica Bélgica- Luxemburgo y la República de Colombia para la promoción y protección recíproca de inversiones, 2009, Artículo IX, p.10

⁹⁵ UNCTAD, Acuerdo bilateral para la promoción y protección de inversiones entre el Gobierno de la República Popular China y la República de Colombia, 2008, Artículo 4, p.4

⁹⁶ UNCTAD, Acuerdo para la promoción y protección de inversiones entre el Gobierno de la República de la India y la República de Colombia, 2009, Artículo 6, p.8

⁹⁷ UNCTAD, Acuerdo entre el Gobierno de la República de Corea y la República de Colombia para la promoción y protección de inversiones, 2010, Artículo 5, p.5

⁹⁸ UNCTAD, Acuerdo bilateral para la promoción y protección de inversiones entre el Gobierno del Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte y el Gobierno de la República de Colombia, 2010, Artículo VI p.9

a los rubricados después del año en que dio a la luz aquel, y entre los que se distinguen los de Francia⁹⁹, Turquía¹⁰⁰, Emiratos Árabes Unidos¹⁰¹ y Singapur¹⁰².

Los Acuerdos más cercanos al Modelo Colombiano del 2011 no conceptualizan la expropiación indirecta en un primer momento, sino que posteriormente en el propio texto la definen con más detalle, aunque con algunas diferencias con aquel. Particularmente, el de Singapur, incorpora junto a la palabra medida en la definición, la de acto, modo de diferenciar entre una medida estatal, que es más abarcadora e incluye el ámbito legislativo y un acto propiamente ejecutivo del Estado.

En todos, se establecieron los presupuestos para que la expropiación indirecta se configure, aunque no todos incluyen los que listan los modelos. Perú y Corea excluyen el referido al alcance de la medida mientras que China, Francia y EAU el carácter.

En los firmados con el Reino Unido y Unión Económica Belga-Luxemburguesa al listar los presupuestos para la configuración de la expropiación indirecta, se dispusieron como *numerus apertus*.

Los Acuerdos firmados por Colombia con Perú, China, Corea, Reino Unido, República Francesa, Turquía y Singapur hicieron excepción de la expropiación indirecta regulatoria como lo establecieron los Modelos del 2008 y del 2011. Por su parte en el suscrito con la India, aunque también la contempló no la limitó a un tipo u otro de expropiación sino que la extendió a ambas.

Bajo el Modelo Colombiano de 2017 solo se ha firmado el APPRI más reciente con España¹⁰³, y que no ha entrado en vigor, el cual adopta la sistemática del Modelo e incluso es más amplio que aquel en su definición de expropiación indirecta así como en cuestiones como la compensación.

El Modelo del 2017 constituye el único vigente de la región latinoamericana de elaboración más próxima a los más avanzados a nivel mundial actualmente. Cercano al Modelo Indio del 2015 con algunas modificaciones, define la expropiación indirecta sobre la base de medidas que son discriminatorias y arbitrarias con efecto equivalente a la expropiación directa sin transferencia del título

⁹⁹ UNCTAD, Acuerdo entre el Gobierno de la República Francesa y el Gobierno de la República de Colombia sobre el fomento y protección recíprocos de inversiones, 2014, Artículo 6, p.8

¹⁰⁰ UNCTAD, Acuerdo entre el Gobierno de la República de Turquía y el Gobierno de la República de Colombia con relación a la promoción y protección de inversiones, 2014, Artículo 7, p.6

¹⁰¹ UNCTAD, Acuerdo bilateral para la promoción y protección de inversiones entre el Gobierno de Emiratos Árabes Unidos y la República de Colombia, 2017, Artículo 7, p.7

¹⁰² UNCTAD, Acuerdo entre el Gobierno de la República de Singapur y el Gobierno de la República de Colombia sobre promoción y protección de inversiones, 2013, Artículo 7 y Anexo 2, pp.7 y 26

¹⁰³ UNCTAD, Acuerdo entre la República de Colombia y el Reino de España para la promoción y protección recíproca de inversiones, 2021, Artículos 11 y 12, pp. 9, 10 y 11

formal. Ciertamente, no alude a la la privación sobre los atributos fundamentales de la propiedad como el modelo indio sino que se centra en las características que distinguen a las medidas para considerarse expropiación indirecta. A la vez, dispone entre los presupuestos que configurarán la expropiación indirecta el impacto como sus antecesores en el país, e incorpora otros como la naturaleza de la medida, acentuando el interés público justificado por encima del individual del expropiado.

En cuanto a la Fórmula Hull introdujo como lo hicieron los Modelos SADC del 2012 y Marroquí del 2019 el test de proporcionalidad para el cálculo de la compensación así como otros factores que evidencian la posibilidad de uso de diversos métodos de cálculo. Sin embargo, en contraposición con sus predecesores describe el contenido de los términos de la misma, no sin confusiones, al utilizar en el artículo sobre expropiación la palabra oportuna y en el destinado a la compensación describir el contenido de pronta de la Fórmula Hull, generando un equívoco a solucionarse al momento de la compensación bajo tal interpretación difusa.

Los últimos Acuerdos de inversión colombianos en vigor se sustentan en el anterior Modelo Colombiano de 2011, como el suscrito con Francia¹⁰⁴ que reconoce la expropiación indirecta a la vez que la define e incluye presupuestos para su configuración como en el Modelo del 2011, aunque a diferencia de aquel excluye de forma explícita el carácter de la medida como también posteriormente hizo el Modelo del 2017. Sin embargo, el APPRI con Francia lo suple con la redacción del listado de presupuestos bajo *numerus apertus*. A la vez, también realizó algunos cambios en otros dos (2) de los presupuestos en un intento de mayor minuciosidad dentro de los APPRI's colombianos. Uno enmarcado en el hecho de demostrar las consecuencias de la medida en las expectativas del inversor y el otro sobre el grado de interferencia en el derecho de propiedad del inversionista, lo que se concreta en el nivel de intromisión en el uso, disfrute y disposición de la inversión y no circunscrito a las expectativas del inversor como usualmente se establece. Por otra parte, incorporó de forma expresa la Fórmula Hull y la excepción a la expropiación indirecta regulatoria.

A pesar de las imprecisiones que pudieron presentar los Modelos Colombianos de 2008 y 2011 tuvieron una elaboración más acertada que el del 2017 sobre la figura en cuestiones como los presupuestos en que este eliminó algunos de

¹⁰⁴ UNCTAD, Acuerdo entre el Gobierno de la República Francesa y el Gobierno de la República de Colombia sobre el fomento y protección recíprocos de inversiones, 2014, Artículo 6, p.8

ellos; y en relación con la Fórmula Hull generó confusión entre los términos de pronta y oportuna cuando no son sinónimos.

De modo, que bajo la mirada del Modelo del 2017 como de sus predecesores constituye Colombia la referencia más certera sobre la expropiación indirecta para los Acuerdos de inversión latinoamericanos. No obstante, el viraje posiblemente que se observa en el Modelo del 2017 en algunos tópicos en relación con los Modelos de ese país del 2008 y 2011, se deba a la explosión de demandas Inversionista-Estado a partir del año 2016 (4) llegando hasta mayo del 2022 a una cifra de diecinueve (19), y en las que se invocó de un modo u otro expropiación indirecta.

3.6 Modelo Brasileño

El Modelo Brasileño¹⁰⁵ del 2015 sostiene una impronta peculiar incluso desde el título de Modelo de Acuerdo de cooperación y de facilitación de las inversiones (ACFI), marcando postura desde la cooperación y facilitación de las inversiones y no desde la protección a contrapelo de los Modelos de Acuerdo de promoción y protección recíprocas de inversiones (APPRI'S) utilizados por sus homólogos regionales y a nivel internacional. A la vez se desmarca del resto de los Modelos del área con la exclusión de la expropiación indirecta y el reconocimiento expreso a la directa bajo la expresión: que no se expropiará directamente las inversiones de los inversores de la otra parte, y énfasis en cuanto al alcance de la aplicación del artículo sobre expropiación a la directa, afianzando posición de Brasil sobre la expropiación en este tipo de Acuerdos.

En relación con las condiciones para que el acto expropiatorio proceda reconoce el propósito público, realizarse conforme al debido proceso legal y según compensación, afiliándose en el caso de esta última a la Fórmula Hull a través de la descripción de los contenidos de aquella todo ello en función de la expropiación que reconoce.

El Gigante sudamericano solo posee en vigor dos (2) de los veintisiete (27) Acuerdos de Inversiones que tiene suscritos en el ámbito bilateral: los de México¹⁰⁶ y Angola¹⁰⁷, los que firmados el propio año de adopción del Modelo, a diferencia de aquel no excluyen a la indirecta de forma expresa, pues solo hacen pronunciamiento general sobre la expropiación, y por ende consideración de

¹⁰⁵ UNCTAD, Modelo brasileño de Acuerdo Bilateral de Inversiones 2015, Artículo 7, p.5

¹⁰⁶ UNCTAD, Acuerdo de cooperación y de facilitación de las inversiones entre Brasil y México, 2015 Artículo 6, pp. 6 y 7

¹⁰⁷ UNCTAD, Acuerdo de cooperación y de facilitación de las inversiones entre Brasil y Angola, 2015, Artículo 9, p. 5

que están incluidas ambas: directa e indirecta. En relación con otros tópicos dentro del artículo si abrazan al Modelo.

El período 2019 al 2021 constata similar panorama al descrito en líneas *ut supra*. En el 2019 se muestran los APPRI's de Brasil con EAU¹⁰⁸, Ecuador¹⁰⁹ y Marruecos¹¹⁰, y en el 2020 con la India¹¹¹, excluyéndose de forma expresa la expropiación indirecta en los dos primeros y el último. Sin embargo, el de Marruecos utiliza similar redacción que en los APRIS's con México y Angola y abre alternativa de inclusión de la indirecta.

Unido a ello, en los textos de Ecuador, EAU e India se incluyó un numeral enfatizando, en los dos primeros que el contenido del artículo es solo de aplicación a la expropiación directa, y en el Indio extendiéndolo incluso a todo el Tratado. Adicionalmente, los de EAU e India nominan el artículo en el Acuerdo como expropiación directa, muestra de la consolidación de la posición que sostiene Brasil sobre la figura en los Acuerdos de Inversión. El de la India además incorporó excepción para la expropiación directa por medidas regulatorias como lo hiciera el modelo ruso de 2016, a la vez que el de Ecuador y Marruecos dispusieron la posibilidad de revisión del acto expropiatorio por autoridad judicial independiente, y el de EAU la posibilidad de revisión por la parte expropiada de su caso.

A MODO DE INVENTARIO: LECCIONES Y APRENDIZAJES

si bien los Modelos constituyen un documento base para las negociaciones de los Tratados de inversión de los países, América Latina no ha asimilado tal práctica a nivel regional, donde después de los 2000 solo cinco (5) países han adoptado textos de este tipo. De modo que, no ha logrado una producción convencional prolífica y progresista en materia de Modelos, y su avance en relación con la expropiación indirecta se circunscribe y concentra desde la postura de dos (2) países: Colombia y Brasil, a través de perspectivas diferentes. El resto de los Modelos latinoamericanos mantienen inmutable la cláusula de expropiación por años y por ende en retroceso.

Colombia marca la pauta de progreso a través de la sincronización con la evolución en el mundo bajo sus Modelos de 2008, 2011 y 2017, en los que reconoce

¹⁰⁸ UNCTAD, Acuerdo de cooperación y de facilitación de las inversiones entre Brasil y EAU, 2019, Artículo 7, pp. 6 y 7

¹⁰⁹ UNCTAD, Acuerdo de cooperación y de facilitación de las inversiones entre Brasil y Ecuador, 2019, Artículo 7, pp. 7 y 8

¹¹⁰ UNCTAD, Acuerdo de cooperación y de facilitación de las inversiones entre Brasil y Marruecos, 2019, Artículo 6, pp. 7 y 8

¹¹¹ UNCTAD, Acuerdo de cooperación y de facilitación de las inversiones entre Brasil e India, 2020, Artículo 6, pp. 7 y 8

y define la expropiación indirecta así como demás cuestiones que le circundan, y Brasil mediante su formulación del 2015, en la que sella su posición diferente de protección con la exclusión de aquella y el reconocimiento único de la directa, sustentada, en contraposición a sus hermanos latinoamericanos, en no suscribir APPRI'S sino ACFI'S, que a la vez dan nombre a su Modelo.

En antítesis, los demás Modelos latinoamericanos vigentes bajo la arraigada redacción tradicional y omisa sobre la expropiación indirecta de los 90's influenciada por el NAFTA, lejos de ser garantistas para el Estado lo son para los inversores, posición que han mantenido en el tiempo y que es constatable ante inventario desde el 2000 y hasta el presente.

Textos carentes de definición, límites y características de la expropiación indirecta así como de referencias a la privación de los derechos, la permanencia en el tiempo e irreversibilidad de la medida aun detentando la titularidad, constituyen un vacío legal de matices peligrosos con posibilidades para desembocar en posibles demandas.

Coincide que los países latinoamericanos más demandados son aquellos de mayor cifra de APPRI's en vigor, y que adolecen de Modelos excepto México. No obstante, el Modelo mexicano como los mencionados APPRI's se pronuncian desde la usual redacción sobre la expropiación indirecta que ha coadyuvado a la elevada cifra de reclamaciones Inversionista-Estado en las que la incidencia elevada de la figura es evidente¹¹², como lo mostraron los casos de *Técnicas Medioambientales TECMED S.A. y Metalclad Corporation vs Los Estados Unidos Mexicanos*.

De igual modo, en un número no desdeñable de los sistemas legales de los países latinoamericanos la Administración actúa por compartimentos estancos y no en coordinación de decisiones en las diversas instancias, dibujándose las invocaciones a la expropiación indirecta con viable facilidad.

Sin embargo, la situación descrita, acontece, a pesar de poseer la región de las mejores materias primas teóricas, conceptuales y prácticas para revertirla, justamente por los procesos arbitrales que ha debido enfrentar por expropiación indirecta así como por la cercanía geográfica y de relaciones económico-comerciales a países con Modelos renovadores como EEUU y Canadá desde época temprana como el 2004, que han obligado a las naciones, sus juristas, académicos y expertos a adentrarse en una materia espinosa, controversial, y originada desde

¹¹² De ser trasladada a la región latinoamericana de forma lineal el comportamiento a nivel mundial de los arbitrajes Inversionista-Estado un 70% de las reclamaciones sería por expropiación indirecta. Véase UNCTAD, *International Investment Agreements Reform Accelerator*, ref.1, p.24

la doctrina norteamericana, alejada en términos de sistemas legales de Derecho de los latinoamericanos.

Por demás, un área geográfica, en la que México posee el pivote de la polémica sobre compensación, a partir de la controversia por las nacionalizaciones de 1938 con EEUU, de la que surgiera la tan discutida Fórmula Hull, ante la defendida compensación justa, equitativa y apropiada, esgrimida por los Países del Sur en la Resolución No. 3171 de la Asamblea General de la ONU en 1974¹¹³ y que fuese ratificada por la Resolución No. 3281 de ese propio año conocida como Carta de los Derechos y Deberes Económicos de los Estados¹¹⁴.

Por lo que considerando dichas realidades, las siguientes y preliminares reflexiones sobre la expropiación indirecta para los Modelos de Tratados de inversión latinoamericanos, lejos de ser exhaustivas procuran solo ser un derrotero para una mayor profundización sobre tema tan álgido y desafiante, y que conoca a:

1. Diseñar Modelos auténticos, propios, y en su ausencia directrices, lineamientos, que incluyan pronunciamientos sobre la expropiación indirecta desmarcándose de la redacciones tradicionales y bajo posiciones de resguardo de intereses para las naciones latinoamericanas, y que propicien la revisión de sus Tratados de inversión en vigor y suscritos.
2. Sincronizar el diseño de los Modelos y directrices sobre expropiación indirecta con el marco legal vigente, intentando a la vez, de una coherencia dentro de la normativa sobre expropiación en general en el país, mitigar los riesgos de demandas a los Estados por invocación de la figura.
3. Concebir compensación desde las posiciones de los países del Sur lo que significa sea justa, equitativa y apropiada, y evitar desproporciones en el pago mayor a las posibilidades financieras de los países, como sucediese en el caso CME vs República Checa, donde la compensación por la reclamación, resultó varias veces mayor que el ingreso nacional bruto del Estado anualmente¹¹⁵.
4. Incluir los métodos de valuación de la compensación que sean más factibles para cada país y tipo de expropiación.
5. En cuanto a la expropiación indirecta *per se*, que se considere:

¹¹³ Asamblea General de Naciones Unidas, Resolución No. 3171 (XXVIII), 1974, numeral 3, p.58

¹¹⁴ Asamblea General de Naciones Unidas, Resolución 3281 (XXIX) "Carta de los Derechos y Deberes Económicos de los Estados", 1974, Artículo 2.2 inciso c), p. 56

¹¹⁵ Opinión separada en aspectos de la Fase Quatum CME vs Republica Checa, 2003, párr 75-80, pp. 34-36

- establecer una definición sobre la base de la teoría de los poderes de policía y no en la doctrina del *sole effects*.
- identificar y listar los presupuestos a considerar para su configuración valorando en algunos de ellos porcentos en las afectaciones en cada uno.
- proveer disposiciones vía modelo o directrices, basadas en reforzar el espacio regulatorio, como parte de la preservación de los objetivos y soberanía nacional de los países.
- disponer la excepción para la expropiación indirecta, sobre las medidas de mayor incidencia en la región y en la experiencia internacional como pudieran ser los cambios en el marco regulatorio o el de la estabilidad financiera como lo estableciese el Modelo Checo¹¹⁶ derivado de la experiencia en el caso Saluka Investments BV (The Netherlands) vs República Checa del año 2006.

Elemento a considerarse especialmente, por los países en vías de desarrollo, con crisis financieras recurrentes que ante tales situaciones adoptan medidas encaminadas a equilibrar la economía. Nótese que de haberse establecido tal pronunciamiento en los Tratados de inversión argentinos las consecuencias sobre la ola de demandas que se derivaron por expropiación indirecta bajo las medidas financieras durante la crisis del 2002 hubiesen sido diferentes.

- incorporar a las legislaciones nacionales el concepto de la expropiación indirecta y sus límites, debido a la carencia incluso en los países más demandados del área de una normativa que los acompañe y resguarde ante la figura¹¹⁷.

4. CONCLUSIONES

Los Modelos APPRI 's han constituido directrices, pautas que trazan los países para la elaboración de los Acuerdos de Inversión que negocian con las diferentes

¹¹⁶ Modelo checo 2016, Artículo 5.3, p.4.

¹¹⁷ Bolivia en el año 2009 en la Constitución Política del Estado (CPE), prohibió al Estado dirimir disputas con inversionistas extranjeros en Tribunales Internacionales en temas relativos a las Inversiones, con lo cual como mecanismo indirecto atenuó la exposición e indefensión del Estado en Cortes Internacionales por expropiación indirecta dentro de los Tratados de inversión.

naciones, existiendo alrededor de una treintena de textos a nivel mundial vigentes desde la entrada del siglo XXI, constatándose una variedad de elaboraciones sobre la expropiación indirecta, aunque sin marcadas diferencias. Entre los textos más elaborados se encuentran, mayormente aquellos acogidos en los últimos siete (7) años los que brindan una definición de expropiación indirecta, listan presupuestos, e incluyen la excepción a la expropiación indirecta, entre otras cuestiones.

En contraposición del mundo, América Latina no ha registrado, cambios en el citado tópico del pasado siglo al actual como para evidenciar a nivel regional un progreso significativo como lo muestra Europa. Solo se podrían citar como excepción a Colombia y Brasil. El primero como único país latinoamericano que en las tres (3) versiones de su Modelo de Acuerdo de Inversión ha exhibido formulaciones en relación con la expropiación indirecta similares a los textos más innovadores internacionalmente, o el Gigante Sudamericano con el enfoque de exclusión de la figura y el reconocimiento solo a la conocida expropiación directa.

Excepto, estos dos (2) países, el resto sostiene una paralización en los pronunciamientos en los Modelos, que no contribuyen a un desarrollo para tratar la figura de modo concreto, propio y auténtico para América Latina ante las negociaciones de sus APPRI's, basándose en un análisis previo en el tiempo de sus características como nación, sus experiencias y las del mundo, a modo de presentar un instrumento primario más preciso a sus contrapartes que les asegure la protección deseada y la garantía de sus intereses desde una visión integradora y multidisciplinaria de expertos y avezados en la materia.

Para la región latinoamericana constituirá un reto elaborar y poseer Modelos que constituyan trajes a la medida a la vez que un salto dentro del actual estancamiento de las formulaciones sobre expropiación indirecta en la mayoría de los textos vigentes que presentan, coadyuvando a un escenario más equilibrado y viable en las negociaciones de este tipo de Acuerdos para los países del área.

6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Abs, Herman y Shawcross, Hartley, "Abs-Shawcross Draft Convention", International Investment Instruments: Compendium, Volume V, Non-Governmental Instruments, 1959, [Consultada el 28 de mayo de 2017], [Disponible en: <https://www.international-arbitration-attorney.com/wp-content/uploads/137-volume5.pdf>]

- Asamblea General de Naciones Unidas, Resolución No. 3171 (XXVIII) del 5 de febrero de 1974 [en línea], numeral 3, 1974 [Consultado el 11 de agosto de 2021], [Disponible en: [https://undocs.org/pdf?symbol=es/A/RES/3171\(XXVIII\)](https://undocs.org/pdf?symbol=es/A/RES/3171(XXVIII))]
- Asamblea General de Naciones Unidas, Resolución No. 3281 (XXIX) “Carta de los Derechos y Deberes Económicos de los Estados” del 12 de diciembre de 1974, UN Doc A/ RES/3281(XXIX) [en línea], 1974, [Consultado el 11 de agosto de 2021], [Disponible en: <https://www.dipublico.org/3978/resolucion-xxxix-de-la-asamblea-general-de-las-naciones-unidas-carta-de-derechos-y-deberes-economicos-de-los-estados/>]
- Canada Government, “Acuerdo de Libre Comercio entre EEUU y Canadá (FTACUS)”, 1988, [Consultada el 24 de mayo de 2018], [Disponible en: <http://www.worldtradelaw.net/nafta/Cusfta.pdf.download>]
- Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones Laudo Caso No. ARB(AF)/00/2, Técnicas Medioambientales TECMED S.A. vs Los Estados Unidos Mexicanos [en línea], 2003, [Consultado el 1ro de agosto de 2021], [Disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0855.pdf>]
- Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas “Harvard Draft Convention on the International responsibility of States 1961”, Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, Volumen II, 1969, [Consultada el 16 de mayo de 2018], [Disponible en: http://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/spanish/ilc_1969_v2.pdf]
- Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y Desarrollo, “Tratado de Libre Comercio de Norteamérica (NAFTA)”, (1992) [Consultada el 24 de mayo de 2018], [Disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/2412>]
- Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y Desarrollo, “International Investment Agreements Reform Accelerator”, 2020, pp.1-30, [Consultada el 10 de diciembre de 2020], [Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/publications/1236/international-investment-agreements-reform-accelerator>]
- Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y Desarrollo, “Investor–State dispute settlement cases pass the 1,000 mark: cases and outcomes in 2019”, IIA ISSUE Note 2, julio 2020, pp.1-14, [Consultada el 5 de febrero de 2021], [Disponible en: https://unctad.org/system/files/official-document/diaepcbinf2020d6_en.pdf]
- Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y Desarrollo, “Acuerdos Internacionales de Inversión”, 2021, [Consultada el 3 de octubre de 2021], [Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements>]
- Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y Desarrollo, “Modelos de Acuerdos Países”, 2022, [Consultada el 16 de marzo de 2022], [Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/model-agreements>]
- Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y Desarrollo, “Acuerdos Internacionales de Inversión por países, Bolivia”, [Consultada el 16 de febrero de 2022], [Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/countries/24/bolivia-plurinacional-state-of>]

- Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y Desarrollo, “Acuerdos Internacionales de Inversión por países, Brasil”, [Consultada el 16 de febrero de 2022], [Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/countries/27/brazil>]
- Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y Desarrollo, “Acuerdos Internacionales de Inversión por países, Chile”, [Consultada el 16 de febrero de 2022], [Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/countries/41/chile>]
- Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y Desarrollo, “Acuerdos Internacionales de Inversión por países, Colombia”, [Consultada el 16 de febrero de 2022], [Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/countries/45/colombia>]
- Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y Desarrollo, “Acuerdos Internacionales de Inversión por países, Ecuador”, [Consultada el 16 de febrero de 2022], [Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/countries/61/ecuador>]
- Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y Desarrollo, “Acuerdos Internacionales de Inversión por países, EEUU”, [Consultada el 16 de febrero de 2022], [Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/countries/223/united-states-of-america>]
- Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y Desarrollo, “Acuerdos Internacionales de Inversión por países, Francia”, [Consultada el 16 de febrero de 2022], [Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/countries/72/france>]
- Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y Desarrollo, “Acuerdos Internacionales de Inversión por países, Grecia”, [Consultada el 16 de febrero de 2022], [Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/countries/81/greece>]
- Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y Desarrollo, “Acuerdos Internacionales de Inversión por países, Guatemala”, [Consultada el 16 de febrero de 2022], [Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/countries/86/guatemala>]
- Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y Desarrollo, “Acuerdos Internacionales de Inversión por países, Irán”, [Consultada el 16 de febrero de 2022], [Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/countries/98/iran-islamic-republic-of>]
- Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y Desarrollo, “Acuerdos Internacionales de Inversión por países, México”, [Consultada el 16 de febrero de 2022], [Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/countries/136/mexico>]
- Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y Desarrollo, “Acuerdos Internacionales de Inversión por países, Perú”, [Consultada el 16 de febrero de 2022], [Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/countries/165/peru>]

- Consejo de la Unión Europea, “Directivas para la negociación de la Asociación Transatlántica de Comercio e Inversiones entre la UE y US”, 2013, pp. 1-19, [Consultada el 3 de marzo de 2022], [Disponible en: <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-11103-2013-DCL-1/en/pdf>]
- Esis Villarroel, Ivette, “Expropiación de inversiones foráneas: potenciales litigios y arbitraje de inversión” [en línea], Dirigida por: Dr. D. Carlos A. Esplugues Mota Catedrático de Derecho Internacional Privado. Tesis Doctoral, Universidad de Valencia, España, 2012, [Consultada el 8 de enero de 2022], [Disponible en: <https://mobiroderic.uv.es/handle/10550/24838>]
- Faccio, Sondra, “Expropiación indirecta en el Derecho Internacional de Inversiones, entre los poderes regulatorios del Estado y la protección del inversor”. Napoli, Italia, Editorial Científica, 2020.
- Opinion separada en aspectos de la Fase Quantum CME vs Republica Checa [en línea], párrs 75-80, [Consultado el 18 de octubre de 2021], [Disponible en: <https://www.italaw.com/cases/documents/286>]
- Organización de cooperación y desarrollo económico, “Draft Convention on Protection of Foreign Property, text with notes and comments”, Paris, OECD Publications, 1962
- Parlamento Europeo, “European international investment policy, European Parliament resolution of 6 April 2011 on the future European international investment policy (2010/2203(INI)”, 2011, pp. 1-7, [Consultada el 3 de marzo de 2022], [Disponible en: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-7-2011-0141_EN.html]
- Titi, Catharine, “International Investment Law and the European Union: Towards a New Generation of International Investment Agreements”, *European Journal of International Law*, Vol. 26(3), 2015, [Consultada el 10 de enero de 2022], [Disponible en: <https://doi-org.peacepalace.idm.oclc.org/10.1093/ejil/chv040>]