

UNIVERSIDAD DE COSTA RICA

FACULTAD DE DERECHO

**LAS DISTINTAS FORMAS DE
EXPROPIACIÓN ANTIJURÍDICA DE
INVERSIÓN EN EL DERECHO
INTERNACIONAL: UN ANÁLISIS PARA
COSTA RICA.**

Tesis de grado para optar por el título de

Licenciada en Derecho

ANDREA MARÍN ODIO

2009

LAS DISTINTAS FORMAS DE EXPROPIACIÓN ANTIJURÍDICA DE INVERSIÓN EN EL DERECHO INTERNACIONAL: UN ANÁLISIS PARA COSTA RICA.

<u>INTRODUCCIÓN</u>	1
a. Justificación del tema.	2
b. Objetivo general.	2
c. Objetivos específicos.	3
d. Hipótesis.	3
e. Metodología empleada.	4
f. Estructura de la Investigación.	4
<u>CAPÍTULO I: LA EXPROPIACIÓN LEGAL</u>	6
a. Antecedentes históricos.	6
b. Definición de Expropiación legal.	9
c. Elementos de la expropiación legal.	11
c.1. Debido proceso.	11
c.2. Interés público debidamente motivado.	13
c.3. No discriminación.	14
c.4. Privación de la propiedad privada.	16
c.5. Debida compensación.	18
d. La Expropiación legal en Costa Rica.	20
d.1. Marco normativo.	21
d.2. Tratamiento jurisprudencial.	22
d.2.1. Debido proceso.	23
d.2.2. Interés público debidamente motivado.	24
d.2.3. No discriminación.	26
d.2.4. Privación de la propiedad privada.	27
d.2.5. Compensación.	28

CAPÍTULO II: LAS DISTINTAS FORMAS DE EXPROPIACIÓN ANTIJURÍDICA DE INVERSIÓN EN EL DERECHO INTERNACIONAL.....31

a.	Deber estatal de protección de la inversión extranjera.	31
	a.1. Antecedentes históricos.	31
	a.2. Trato Nacional.	33
	a.3. Nación Más Favorecida.	36
	a.4. Tratados Bilaterales de Inversión.....	39
	a.5. Medios locales o estatales para la protección de los inversionistas extranjeros en Costa Rica.	41
b.	Las distintas formas de expropiación antijurídica de inversión en el Derecho Internacional.	44
	b.1. Expropiación indirecta.	45
	b.2. Medidas equivalentes a expropiación.	47
	b.3. Expropiación gradual.	52
	b.4. Violación de un contrato internacional por parte del Estado.	55
c.	Análisis para Costa Rica: La expropiación antijurídica de inversión en contraposición con los límites de interés social a la propiedad privada.....	60
	c.1. De los límites y limitaciones a la propiedad privada en general.....	60
	c.2. Doctrina de la Función social de la propiedad privada.....	63
	c.3. Los límites de interés social a la propiedad privada en Costa Rica.	66
	c.3.1. Origen legislativo.	68
	c.3.2. Utilidad social del límite.	70
	c.4. Los límites de interés social a la propiedad privada en Costa Rica en contraposición con las medidas equivalentes a expropiación	72
	c.4.1. Afectación del uso efectivo de la propiedad.	73
	c.4.2. Regulación discriminatoria o individualizable.	75

c.4.3. Conclusión.....	77
------------------------	----

CAPÍTULO III: LA EXPROPIACIÓN ANTIJURÍDICA DE INVERSIÓN EN EL TRATADO DE LIBRE COMERCIO DE AMÉRICA DEL NORTE Y EN EL TRATADO DE LIBRE COMERCIO ENTRE REPÚBLICA DOMINICANA, CENTROAMÉRICA Y LOS ESTADOS UNIDOS79

a.	Análisis comparativo de los artículos 1110.1 del NAFTA y 10.7 del DR-CAFTA.....	79
b.	Antecedentes y consideraciones en torno al NAFTA.	81
c.	Disputas internacionales surgidas en torno a la expropiación antijurídica de inversión y el artículo 1110.1 del NAFTA.	83
	c.1. Caso Metalclad.	84
	c.2. Caso Pope & Talbot.	88
	c.3. Caso S.D. Myers.	89
	c.4. Caso Methanex.	91
	c.5. Conclusión.	94
d.	Antecedentes y consideraciones en torno al DR-CAFTA.	96
e.	Artículo 10.7 del DR-CAFTA y el Anexo 10-C.	99
f.	Disputas internacionales surgidas en torno a la expropiación antijurídica de inversión y el artículo 10.7 del DR-CAFTA.	102
	f.1. Caso Railroad Development Corporation.	102
g.	Análisis para Costa Rica: artículo 10.7 y el Anexo 10-C del DR-CAFTA.	105

CONCLUSIONES 109

BIBLIOGRAFÍA 117

ANEXO: INSTRUMENTOS INTERNACIONALES SUSCRITOS POR COSTA RICA QUE REGULAN LAS DISTINTAS FORMAS DE EXPROPIACIÓN DE INVERSIÓN EXTRANJERA139

- a.** Tratados de Libre Comercio.
- b.** Acuerdos Bilaterales de Inversión.
- c.** Acuerdos emanados de organismos internacionales a los cuales Costa Rica pertenece.
- d.** Obligaciones en materia de Derechos Humanos.

INTRODUCCIÓN

Es tema del presente trabajo final de graduación, revisar y establecer las distintas formas en las cuales Costa Rica puede incurrir en responsabilidad por expropiación antijurídica de inversión, y analizar las actuaciones reguladoras lícitas del Estado costarricense, en contraposición con aquellos actos que pueden acarrearle responsabilidades a nivel internacional.

Con este propósito, se realiza un análisis de los elementos necesarios para la configuración de una expropiación conforme a derecho en el ámbito internacional y las consecuencias de su incumplimiento, así como un estudio para determinar el apego de nuestro país a estas estipulaciones y lo señalado por la jurisprudencia nacional en relación con cada uno de estos elementos.

Posteriormente se detalla lo señalado por la doctrina internacional y los pronunciamientos en materia de protección a la inversión extranjera y específicamente expropiación antijurídica de inversión y sus diferentes manifestaciones, tales como medidas equivalentes a expropiación, expropiación indirecta, expropiación gradual e incumplimiento de un contrato internacional. Se analizará la figura de los límites a la propiedad privada señalados en el artículo 45 de la Constitución Política costarricense con el fin de determinar su conformidad con las obligaciones de Costa Rica en materia de protección a la inversión y propiedad extranjera.

Por último, se procederá a analizar la experiencia vivida en el Tratado de Libre Comercio entre México, Canadá y Estados Unidos y sus laudos más relevantes, con el fin de realizar una comparación con lo que posiblemente podría aplicarse en el Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centroamérica y los Estados Unidos y su repercusión para Costa Rica.

a. Justificación del tema:

Es importante reiterar lo ya señalado al momento de presentar el proyecto del presente Trabajo Final de Graduación, en el sentido que esta investigación es considerada de suma relevancia en la coyuntura actual de Costa Rica , el cual se encuentra en un momento de apertura al mercado internacional como nunca antes en su historia, mientras lucha por regular las prácticas comerciales del país y los actos de sus inversionistas extranjeros con el fin de buscar un adecuado reparto de la riqueza y el mayor interés de sus habitantes.

Por tratarse de un tema sumamente amplio y cuyo tratamiento puede abarcar para realizar más de una tesis de grado, se desea especificar que la investigación se centrará específicamente en las obligaciones contraídas por el Estado en relación con la expropiación antijurídica de inversión extranjera y las repercusiones que esto puede acarrear en el país.

Asimismo, es de especial relevancia para nuestro país el estudiar las experiencias vividas por los países que forman parte del Tratado de Libre Comercio entre México, Canadá y Estados Unidos en este tema, ya que sentaron un precedente para la posterior aplicación de las regulaciones en materia de medidas equivalentes a expropiación y expropiación antijurídica de inversión en el Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centroamérica y los Estados Unidos, del cual Costa Rica es parte. El país deberá prestar especial atención a las obligaciones adquiridas bajo este Tratado y las consecuencias que podrían derivarse de su aplicación en su diario actuar, tanto en sus actuaciones lícitas como ilícitas.

b. Objetivo general:

Analizar las obligaciones y responsabilidades del Estado de Costa Rica en relación con la expropiación antijurídica de inversión extranjera.

c. Objetivos específicos:

- i. Contribuir al esclarecimiento del concepto de expropiación antijurídica dentro de la doctrina nacional e internacional, y la regulación internacional, así como los elementos que la componen y las condiciones para que se den tales actos.
- ii. Examinar los laudos arbitrales existentes afines al tema y a los instrumentos internacionales a que se refiere el objetivo específico anterior y señalar las obligaciones de Costa Rica derivadas de lo resuelto en estos fallos.
- iii. Sistematizar el conjunto heterogéneo de fuentes doctrinales, de derecho comparado, laudos arbitrales y regulaciones internacionales que tratan el tema de la expropiación antijurídica de inversión, a fin de contribuir a crear una teoría general unificada de ésta y sus subdivisiones.
- iv. Analizar los límites de interés social a la propiedad privada en Costa Rica en contraposición con la expropiación antijurídica de inversión, con el fin de comprobar su apego a las obligaciones internacionalmente adquiridas por el país.
- v. Enumerar los instrumentos y obligaciones internacionales en general, a las cuales el país está sujeto en materia de protección a la inversión extranjera y así esclarecer las obligaciones específicas de Costa Rica en relación con la expropiación antijurídica de inversión extranjera.
- vi. Plantear las consecuencias en materia de responsabilidad para Costa Rica derivadas del incumplimiento de estas obligaciones a nivel internacional y las posibles contingencias del Estado en sus actuaciones diarias.

d. Hipótesis:

La hipótesis que se pretende demostrar con el presente Trabajo Final de Graduación es que los tratados e instrumentos internacionales que Costa Rica ha suscrito y los últimos desarrollos en la comunidad internacional en materia de expropiación antijurídica de inversión y sus distintas manifestaciones convierte a Costa Rica en sujeto de responsabilidad internacional, causándole contingencias que debe tener en consideración al ejercer sus potestades reguladoras a la propiedad privada.

e. Metodología empleada:

La Metodología empleada en la presente investigación corresponde a una combinación de varios métodos. Inicialmente se utilizó una metodología en la cual se investigó la mayor cantidad de doctrina y jurisprudencia existente a nivel internacional y nacional. Al mismo tiempo, se utilizaron las llamadas metodologías históricas, en el tanto se analizó en cada Capítulo el desarrollo histórico de los temas tratados y la metodología deductiva por cuanto se realizó el Trabajo Final de Graduación de una parte general a una específica.

Asimismo, se utilizó la metodología comparativa en relación con las regulaciones internacionales en materia de expropiación lícita con las regulaciones domésticas en esta materia, con el fin de determinar el apego o no de la legislación costarricense.

f. Estructura de la Investigación:

Con el fin de alcanzar los objetivos anteriormente señalados, se definió en primer lugar qué es el instituto de la expropiación legal. Se realizó un análisis histórico y actual de la figura a nivel internacional, así como su tratamiento nacional y jurisprudencial, con el fin de analizar cada una de las características necesarias para que se configure la figura jurídica de la expropiación legal.

En segundo lugar, se realiza un análisis histórico y doctrinario en materia de protección a la inversión extranjera, así como los pronunciamientos más relevantes en el tema. De manera específica, se analiza el instituto de la expropiación antijurídica de inversión y sus diferentes manifestaciones, tales como medidas equivalentes a expropiación, expropiación indirecta, expropiación gradual e incumplimiento de un contrato internacional. Con este fin, se analizan con profundidad autores internacionalmente reconocidos en esta área, resoluciones de organismos internacionales, así como las más relevantes y recientes decisiones de los tribunales arbitrales internacionales, la Corte Internacional de Justicia y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Se dedica una

sección específica del capítulo segundo al tema de los límites de utilidad social a la propiedad privada, con el fin de ilustrar y explicar la distinción entre las distintas formas de expropiación antijurídica y estos límites, tal y como se encuentran estipulados en nuestra Constitución Política y en el Derecho Internacional.

Por último, se realiza un análisis comparativo de las obligaciones del país bajo el Tratado de Libre Comercio con Centroamérica, Estados Unidos y República Dominicana (DR-CAFTA) en relación con la protección de inversión extranjera, específicamente en el tema de expropiaciones, en contraposición con las disposiciones en este mismo tema y aplicaciones de tribunales arbitrales internacionales de su homólogo norteamericano NAFTA.

Como Anexo al presente Trabajo Final de Graduación, se enumeran y ordenan las diferentes obligaciones contraídas por Costa Rica en este tema bajo múltiples instrumentos internacionales tales como Tratados de Libre Comercio, Tratados Bilaterales de Inversión y Convenios de inversión, así como las obligaciones del Estado derivadas de su membresía y participación activa en organismos internacionales como la Organización Mundial de Comercio y la Organización de las Naciones Unidas.

Por último, se encuentran las conclusiones del presente trabajo final de graduación.

CAPÍTULO I: **LA EXPROPIACIÓN LEGAL**

a. Antecedentes históricos.

Es posible encontrar indicios de la figura legal de la expropiación desde tiempos tan lejanos como la Edad Media, donde por medio de la doctrina de los “*rescriptos contra iure naturale ac gentium*”, el soberano del Estado se obligaba a observar el derecho natural y de gentes en su actuar. Cuando por vía de *rescripto* el Soberano desapoderaba a su súbdito de su tierra o derechos, éste debía fundamentar su actuación en una justa indemnización y en una justa causa, con el fin de restablecer por vía compensatoria el derecho del particular afectado.¹

Posteriormente, se inicia el desarrollo de la doctrina moderna, la cual parte de la Revolución Francesa. Es aquí donde se reconoce expresamente el derecho de cada persona a su propiedad privada y a la inviolabilidad de la misma. En las declaraciones francesas de 1789 y 1793, se estipula por primera vez que “entre los “derechos naturales e imprescriptibles” del hombre (se) incluyen la propiedad, al lado e igual nivel que la igualdad, la libertad y la seguridad. La de 1789 dice, además, que “la propiedad es un derecho inviolable y sagrado”. La de 1793 define el derecho de propiedad como “aquel que pertenece a todo ciudadano de gozar y disponer a su gusto de sus bienes, de sus rentas y del fruto de su trabajo y de su industria”². Esto implica necesariamente un reconocimiento a nivel internacional de la protección a la propiedad privada y la acción de la expropiación como excepcional. Continúa el artículo 17 de la declaración de 1789 con respecto al derecho de propiedad “...nadie deberá ser privado de él, excepto en los

¹ GARCÍA DE ENTERRÍA (Eduardo). Curso de Derecho Administrativo, Buenos Aires, La Ley, 1968, pp. 181-182.

² RECASÉNS SICHES (Luis). Tratado General de Filosofía del Derecho, México D.F., Editorial Porrúa S.A., Octava Edición, 1983, p. 582.

casos de necesidad pública evidente, legalmente comprobada, y en condiciones de una indemnización previa y justa.”³

Este reconocimiento a la propiedad privada y a la excepcionalidad de la expropiación fue posteriormente recopilado en la mayoría de las consiguientes constituciones políticas, reconociéndose poco a poco la existencia de ciertos requisitos mínimos que el Estado debía cumplir para poder privar a una persona de sus bienes. Esto permitió que algunos autores sostuvieran que “(l) la expropiación forzosa, como tal institución jurídica, surgió con el advenimiento de la época constitucional y la configuración del Estado de Derecho”⁴.

Sin embargo, este reconocimiento en las constituciones para los nacionales no implicó un desarrollo de la misma manera en el reconocimiento al derecho de la expropiación para los extranjeros, siendo sus derechos escasos y prácticamente inexistentes, dependiendo en gran medida de la voluntad del gobernante de turno.⁵ No fue sino hasta después de 1918, con la aparición de los primeros casos resueltos en tribunales arbitrales internacionales, la Corte Permanente de Justicia y posteriormente en la Corte Internacional de Justicia, en que se aseguró que se estaba alcanzando un estándar mínimo internacional en relación con la protección al derecho de propiedad de los extranjeros y su derecho a la expropiación legal.⁶

Como parte de este esfuerzo para reconocer internacionalmente el derecho a la expropiación que tienen los extranjeros en la misma medida que los nacionales, y debido

³ Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, adoptada por la Asamblea Constituyente francesa del 20 al 26 de agosto de 1789, aceptada por el Rey de Francia el 5 de octubre de 1789. Página oficial de Université d'été des droits de l'homme de Genève: http://www.aidh.org/uni/Formation/01Home2_e.htm (Consulta: 07 de mayo de 2008)

⁴ BARRACHINA JUAN (Eduardo). Compendio de Derecho Administrativo, Tomo 2, Barcelona, Promociones Publicaciones Universitarias S.A., Primera Edición, 1986, pp. 825 y 826.

⁵ CASTRO VENTURA (Luis Manuel) y GUTIÉRREZ SWANSON (David). La expropiación desde la perspectiva del Derecho Internacional Público. San José, Tesis para optar por el título de Licenciado en Derecho, Universidad de Costa Rica, 1995.p. 96.

⁶ CASTRO VENTURA (Luis Manuel) y GUTIÉRREZ SWANSON (David). Op. Cit. p.98.

al desarrollo que se venía gestando en los tribunales internacionales, la Organización de las Naciones Unidas reconoció en 1962 que “(c)ada Estado tiene el derecho de nacionalizar, expropiar o transferir la propiedad de extranjeros, en cuyo caso debe pagar una compensación adecuada...”⁷. Esta obligación de “pagar una compensación adecuada” permitió iniciar el camino que sentaría las bases en la comunidad internacional de lo que sería reconocido como el requisito mínimo de la expropiación legal para su validez.

Sin embargo, a pesar de este reconocimiento, todavía se estaba muy lejos de lograr una teoría unificada en relación con la compensación y otros derechos aplicables en casos de expropiación legal a extranjeros. Mientras los Estados más radicales aseguraban que no debía compensarse la expropiación de los extranjeros, los países más moderados se acercaban más a una teoría de compensación “adecuada”⁸ en estos casos, sin tan siquiera lograr definir que significaba este término.

Un estudio realizado por el profesor Bring sobre las prácticas estatales en materia de compensación en casos de nacionalización de propiedad extranjera entre los años 1953 y 1976, revela que, de aproximadamente 30 acuerdos, se cumplió el estándar tradicional de “adecuado” en tan solo tres casos: Zambia en 1969; Perú en 1976; y posiblemente Brasil en 1964.⁹

Estas discusiones y posteriores conflictos entre Estados, debido a esta situación, derivaron en un desarrollo jurisprudencial y doctrinario sobre la expropiación legal, en el cual fue posible establecer una definición de expropiación legal que unificara el tratamiento que debía otorgarse a la privación de la propiedad privada del extranjero y del nacional, así como sus elementos básicos.

⁷ A.G.O.N.U. Resolución número 1803. Permanent Sovereignty over Natural Resources. (1962).

⁸ ASANTE (Samuel). International Law and Foreign Investment: a Reappraisal. International and Comparative Law Quarterly. Cambridge, Inglaterra, Volumen 37, 1988, p. 605.

⁹ BRING (Ove). Impact of Developing States on International Customary Law Concerning Protection of Foreign Property. Scandinavian Studies in Law. Suecia, Volumen 24, 1980, p. 117-122.

b. Definición de Expropiación legal.

Luego de desarrollados los antecedentes históricos de la expropiación legal, es posible analizar las diferentes definiciones expuestas sobre la expropiación legal, con el fin de lograr una mayor comprensión de esta figura jurídica. Muchos autores se han referido a la expropiación como:

- “...un acto de Derecho Público, mediante el cual la administración o un particular subrogado en sus derechos adquiere la propiedad de un bien ajeno mediante la indemnización correspondiente”¹⁰;
- “La toma de la propiedad privada por parte de un gobierno bajo un dominio eminente. El término también es utilizado en el contexto de una toma de una empresa estadounidense por parte del gobierno extranjero en un país extranjero...”¹¹;
- “Desposeimiento o privación de la propiedad por causa de utilidad pública o interés preferente, y a cambio de una indemnización previa”¹²
- “El acto de privar a alguien de su propiedad con arreglo a derecho”¹³
- “La expropiación por causa de utilidad pública es una operación administrativa por la cual el Estado obliga a un particular a cederle la propiedad de un inmueble en un objetivo de utilidad pública y mediante una indemnización justa y previa”¹⁴

¹⁰ GARCÍA OVIEDA (Carlos). Derecho Administrativo. Madrid, editorial E.I.S.A., octava edición, 1962, p. 620.

¹¹ BLACK (Henry Campbell). Black's Law Dictionary. Saint Paul, West Publishing Co., sexta edición, 1991, p. 403 El original en idioma inglés cita “A taking, as of privately owned property, by government under eminent domain. This term is also used in the context of a foreign government taking an American industry located in the foreign country.”

¹² CABANELLAS (Guillermo). Diccionario Jurídico Elemental. Buenos Aires, editorial Heliasta S.R.L., decimocuarta edición, 2000, p. 160.

¹³ RAMÍREZ GRONDA (Juan). Diccionario Jurídico. Buenos Aires, Editorial Claridad, S.A., primera edición, 1965, p. 149

¹⁴ DE LAUBADERE (André). Traité Élémentaire de Droit Administratif. París, editorial L.G.D.J, quinta edición, 1970. El original en francés cita: « L'expropriation pour cause d'utilité publique est une opération administrative par laquelle l'Etat oblige un particulier à lui céder la propriété d'un immeuble dans un but d'utilité publique et moyennant une indemnité juste et préalable »

Tradicionalmente, se ha asegurado que la expropiación legal es un acto del Estado en el ejercicio de su soberanía en el que toma forzosamente la propiedad de los individuos en su territorio, por razón de utilidad pública, sin discriminar a los extranjeros, y mediante compensación apropiada. Mientras por el otro lado, definen la expropiación antijurídica como ese mismo acto del Estado, pero sin que el mismo se realice por utilidad pública y/o sin que medie una compensación apropiada.¹⁵ De hecho, para que una expropiación de propiedad extranjera sea legal, es necesario que la misma se encuentre sujeta a ciertas condiciones.

Una de las definiciones más completas sobre la expropiación legal, la cual encierra no solamente el concepto de expropiación legal como tal, sino también los elementos básicos que la misma debe contener para su validez es la siguiente:

“Es el instituto de derecho público mediante el cual el Estado, para el cumplimiento de un fin de utilidad pública, priva coactivamente de la propiedad de un bien a su titular, siguiendo un determinado procedimiento y pagando una indemnización previa, en dinero, integralmente justa y única”¹⁶.

En la anterior definición es posible distinguir no solamente el concepto de expropiación como tal, sino también los elementos mínimos necesarios para su configuración legal, los cuales, pueden resumirse en: debido proceso, interés público debidamente motivado, no discriminación, privación del derecho de propiedad privada, y debida compensación.

¹⁵ SALAS VILLALOBOS (Mauricio) y SCHROEDER LEIVA (José A.). La Responsabilidad Internacional del Estado por Daños Ocasionados al Inversionista Extranjero, San José, Tesis para optar por el título de Licenciados en Derecho, Universidad de Costa Rica, 1994. p. 21.

¹⁶ DROMI (José R.). Manual de Derecho Administrativo, Tomo 2, Buenos Aires, Editorial Astrea, Primera Edición, 1987, p. 70.

c. Elementos de la expropiación legal:

c.1. Debido proceso.

En el Derecho Internacional se acepta que, para que una expropiación sea legal, debe contar con una actuación formal del Estado¹⁷ que la legitime. Usualmente este requisito de un debido proceso hace referencia al cumplimiento del proceso interno de expropiación, el cual es propio de cada país. Sin embargo, los fundamentos detrás de este elemento de la expropiación legal sí pueden unificarse en garantizar a la persona física o jurídica sujeta a dicha expropiación el cumplimiento de dos principios básicos: el acceso a la justicia y el derecho de defensa¹⁸.

Actualmente la comunidad internacional no ha logrado un consenso sobre la definición general y los procedimientos finales que debe contener el debido proceso para una expropiación. Se ha aceptado de manera prácticamente generalizada que el mismo debe permitir al inversionista cuestionar el monto y base de la compensación que recibirá por dicha expropiación. Este entendimiento fue plasmado y acordado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su sesión número 51 donde aceptó que: “(El) debido proceso (en la expropiación) incluye la posibilidad de impugnar efectivamente tanto la base como el monto de lo solicitado en un procedimiento legal o administrativo.”¹⁹

Recientemente, en el caso *ADC Affiliate Limited y ADC & ADMC Management Limited v. República de Hungría* del año 2006, el Tribunal Arbitral se refirió con mayor profundidad al tema del debido proceso en la expropiación y sus características procesales necesarias cuando señaló:

¹⁷ GUDOFKY (Jason L.). Shedding light on article 1110 of the North American Free Trade Agreement (NAFTA) concerning expropriations: An environmental case study. Northwestern Journal of International Law and Business. Estados Unidos de América, N° 21, 2000, p. 243

¹⁸ En nuestro país la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia se refirió a estos dos elementos en su resolución N° 1739 de las 11:45 del 01 de julio de 1992.

¹⁹ Documento número A/51/394 de la Sesión número 51 de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (1996): <http://www.un.org/documents/ga/docs/51/plenary/a51-394.htm> (Consulta: 11 de junio de 2008)

“(El) *“debido proceso”*, en el contexto de la expropiación, requiere de un proceso legal actual y sustantivo en el cual el inversionista extranjero pueda llevar sus demandas en contra de las acciones privativas tomadas o a punto de ser tomadas en su contra. Algunos mecanismos legales básicos tal como la notificación previa en un período razonable, una audiencia justa y un órgano natural e imparcial que revise y juzgue las acciones en disputa se esperan encontrar fácilmente disponibles y accesibles al inversionista con el fin de que dicho proceso legal sea significativo. En general, el procedimiento legal debe ser de una naturaleza tal que otorgue al inversionista afectado una posibilidad razonable, dentro de un plazo razonable, de reclamar sus derechos legítimos y que los mismos sean escuchados. Si no existe del todo un proceso legal de dicha naturaleza, el argumento de que *“las acciones son tomadas bajo un debido proceso”* se torna vacío.”²⁰

Este laudo arbitral, aunque innovador y ambicioso en el desarrollo de lo que debería ser considerado en la comunidad internacional como debido proceso para el inversionista, no ha llegado a ser considerado aún por la mayoría de los doctrinarios y Estados como el que sienta el estándar mínimo internacional en este tema. Es más, existen varios autores que cuestionan la trascendencia que tendrá este laudo al definir el debido proceso en las expropiaciones, ya que consideran que todavía los Estados se encuentran muy lejanos a lograr la incorporación de un proceso sustantivo real y unificado para el inversionista.²¹ Dejando nuevamente la definición de este elemento en la expropiación legal a discreción de los controles judiciales o gubernamentales locales.

²⁰ CENTRO INTERNACIONAL PARA EL ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES. *ADC Affiliate Limited and ADC & ADMC Management Limited v. República de Hungría. Caso N° ARB/03/16 (2006)*, para. 435. El original en inglés cita: *““due process of law”, in the expropriation context, demands an actual and substantive legal procedure for a foreign investor to raise its claims against the depriving actions already taken or about to be taken against it. Some basic legal mechanisms, such as reasonable advance notice, a fair hearing and an unbiased and impartial adjudicator to assess the actions in dispute, are expected to be readily available and accessible to the investor to make such legal procedure meaningful. In general, the legal procedure must be of a nature to grant an affected investor a reasonable chance within a reasonable time to claim its legitimate rights and have its claims heard. If no legal procedure of such nature exists at all, the argument that “the actions are taken under due process of law” rings hollow.”*

²¹ MARLLES (Justin). *Public Purpose, Private Losses: Regulatory Expropriation and Environmental Regulation in International Investment Law. Journal of Transnational Law & Policy*. Estados Unidos de América, Volumen 16:2, 2007, p. 315.

A manera de conclusión, es importante mencionar que el mayor impulso al desarrollo de lo que debe ser considerado como debido proceso en la expropiación en la comunidad internacional se está desarrollando a través de los Tratados Bilaterales de Inversión, creando requerimientos especiales para cada Estado a través de contratos específicos. Un ejemplo de este tipo de estipulaciones puede encontrarse en el Tratado de Inversión Bilateral entre Austria y Georgia:

“El debido proceso incluye el derecho del inversionista de una Parte Contractual que alega ser afectado por una expropiación por parte de la otra Parte Contractual con el fin de revisar prontamente su caso, incluyendo el avalúo de su inversión y el pago de una compensación de conformidad con las estipulaciones de este Artículo por una autoridad judicial u otra autoridad competente e independiente de la segunda Parte Contractual”²²

c.2. Interés público debidamente motivado.

Con el fin de que una medida privativa de la propiedad privada (derecho humano de primera generación) sea válida en el derecho internacional, es necesaria que ésta sea realizada debido a un interés público superior debidamente motivado, por medio del cual el interés individual cede al interés colectivo de manera fundamentada.²³ La existencia de un interés público en la expropiación no es un factor eximente para el Estado, sino una condición necesaria para su configuración.²⁴

La razón de ser de este elemento en la expropiación es justificar la actuación del Estado en contra de la persona física o jurídica propietaria de la inversión, ya que “el fin de la

²² Artículo 5(3) del Tratado de Inversión Bilateral entre Austria y Georgia (2001). http://public.univie.ac.at/fileadmin/user_upload/legal_studies/Downloads/legality_of_expropriation.pdf (Consulta: 16 de junio de 2008).

²³ RIVERA VALVERDE (Olman). *La Retrocesión en la Expropiación Pública*, San José, Tesis para optar por el título de Licenciado en Derecho, Universidad de Costa Rica, 1991, p. 35.

²⁴ GUDOFISKY (Jason L.). Op. Cit. p. 252.

expropiación no es la mera “privación” en que ésta consiste, sino el destino posterior a que tras la privación expropiatoria ha de afectarse el bien que se expropia.”²⁵ Es decir, la causa principal por la cual se expropia.

Algunos autores han considerado que, debido a que es cada Estado de manera independiente el que determina en cada caso si una expropiación responde a un interés público o no, esta determinación por sí misma viene acompañada de una presunción de validez.²⁶ Sin embargo, recientes laudos arbitrales internacionales en esta materia, han establecido de manera reiterada que esta declaratoria de interés público debe ser justificada por el Estado con el fin de que la misma sea válida, so pena de ser considerada no existente.²⁷ Convirtiendo este requisito en fundamental a la hora de identificar si una expropiación se realizó conforme a derecho o no.

c.3. No discriminación

El requisito de que la actuación del Estado al expropiar no sea realizada por razones discriminatorias contra los extranjeros ha sido plasmado de manera prácticamente unificada en todas las estipulaciones concernientes a expropiación contenidas en los Tratados de Libre Comercio y los más de 2000 Tratados de Inversión Bilateral vigentes al día de hoy.²⁸ Este elemento de la expropiación legal se ha convertido en uno de tal trascendencia que es prácticamente imposible imaginarse una cláusula de protección a la propiedad privada en el derecho internacional que no contenga este requisito.

²⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA (Eduardo) y FERNÁNDEZ (Tomás-Ramón). Curso de Derecho Administrativo, Tomo 2, Madrid, Editorial Civitas, Segunda Edición, 1988, p. 212.

²⁶ SALAS VILLALOBOS (Mauricio) y SCHROEDER LEIVA (José A.). Op. Cit. p. 25.

²⁷ CENTRO INTERNACIONAL PARA EL ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES. ADC Affiliate Limited and ADC & ADMC Management Limited v. República de Hungría. Caso N° ARB/03/16 (2006). para. 432.

²⁸ Es posible encontrar todos los Tratados de Inversión Bilateral suscritos al día de hoy y el texto de la mayoría de ellos en la página oficial de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo: http://www.unctadxi.org/templates/DocSearch_779.aspx.

La importancia de este elemento en la expropiación responde a una realidad histórica en la comunidad internacional, en donde al extranjero, por su condición de foráneo, le son irrespetados sus derechos fundamentales de manera sistemática. Por esta razón, se ha requerido la necesidad de un elemento en la expropiación que garantice que ésta no se realizará basada en razones discriminatorias.

A partir del siglo diecinueve, comenzó la lucha de manera visible por erradicar la expropiación de foráneos por razones discriminatorias. Los doctrinarios más progresistas de la época desarrollaron la doctrina que sostiene este principio, la cual se mantiene hoy en día, en la cual se afirma que un Estado anfitrión está obligado por el derecho internacional a observar un estándar mínimo internacional en el tratamiento de los extranjeros y la propiedad extranjera.²⁹

Este desarrollo ha conllevado de manera paulatina a que este elemento en la expropiación sea considerado de tal importancia en el derecho internacional como para que algunos autores aseguren que forma parte del *jus cogens*,³⁰ y por lo tanto, imposible de irrespetar sin caer en responsabilidad internacional para el Estado y el ejercicio de protección diplomática por parte del Estado del cual el extranjero es nacional.

Aún los tribunales arbitrales internacionales aseguran que la “discriminación es ampliamente prohibida por la costumbre en el derecho internacional en el área de expropiaciones”.³¹ Los laudos arbitrales sobre expropiaciones son extensos en contra de los actos discriminatorios de los Estados y, todos han coincidido que los Estados que

²⁹ ASANTE (Samuel). Op. Cit. p. 590.

³⁰ WESTON (Burns). The Charter of Economic Rights and Duties of States and the Deprivation of Foreign-Owned Wealth. American Journal of International Law. Estados Unidos de América, Volumen 75, 1981, p.441

³¹ IRÁN-US CLAIMS TRIBUNAL. Amoco International Finance Corp. v. Irán. Laudo N° 1803 (1987). El original en inglés cita: “discrimination is widely prohibited by customary international law in the field of expropriation”.

realizan expropiaciones basados en una discriminación *de iure* o *de facto* contra el extranjero, incurren en responsabilidad internacional.³²

c.4. Privación de la propiedad privada.

Al referirse en el presente Trabajo Final de Graduación a propiedad privada, ésta debe ser entendida no solo en su concepto físico-material, sino también como aquella propiedad incorporal, cuyo objeto son bienes inmateriales.³³ Esto significa que comprende una amplia variedad de derechos económicamente importantes para el inversionista con el fin de llevar con éxito su negocio.³⁴ Por esta razón, se hace mención al término general de “inversión”, ya que éste comprende no solamente los bienes físicos que son susceptibles de expropiación (como las fincas), sino también los bienes inmateriales directamente relacionados con el negocio del inversionista (como las patentes, marcas, derechos de autor, el peculio invertido en una empresa, entre otros).

Debido a lo anterior, se ha reconocido ampliamente en el derecho internacional que la expropiación se extiende también a “cualquier derecho que pueda ser objeto de una transacción comercial, es decir, libremente comprado y vendido y por lo tanto, con un valor monetario”.³⁵ Esto incluye derechos contractuales³⁶, derechos derivados de patentes, propiedad intelectual y derechos de administración en general³⁷. Es decir, en general: Inversión.

³² Ver a manera de ejemplo: TRIBUNAL ARBITRAL AD HOC NAFTA. Pope & Talbot v. Canadá. Final Award, Phase II (2001). para. 70.

³³ Para más desarrollo sobre los bienes inmateriales ver: PÉREZ VARGAS (Víctor). Derecho Privado. San José, editorial LIL, S.A., tercera edición, 1994. pp. 134-135

³⁴ CHRISTIE (G.C). What Constitutes a Taking Under International Law? British Yearbook of International Law. N° 38, 1962, p. 307.

³⁵ IRÁN-US CLAIMS TRIBUNAL. Amoco International Finance Corp. v. Irán. Laudo N° 1803 (1987) p.108

³⁶ CENTRO INTERNACIONAL PARA EL ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES. Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Egipto. Caso N° ARB/84/3 (1992). Par. 164

³⁷ PERMANENT COURT OF INTERNATIONAL JUSTICE. Case Concerning the Factory at Chorzow (Alemania v. Polonia). Serie A N° 17 (1928).

Este desarrollo del concepto de “Inversión” puede observarse con mayor claridad en el laudo arbitral internacional de Tokios Tokelès v. Ucrania, donde, en un conflicto sobre protección de inversión extranjera lituana en Ucrania, el tribunal arbitral estipuló expresamente que la obligación del Estado con respecto a “Inversión” se relacionaba “no solo con la propiedad física de los inversionistas lituanos, sino también con las operaciones comerciales asociadas con esa propiedad física.”³⁸

Aún la Corte Interamericana de Derechos Humanos desarrolló este tema en el caso Ivcher Bronstein v. Perú cuando, al referirse a los bienes susceptibles a expropiación mencionó: “Los bienes” pueden ser definidos como aquellas cosas materiales apropiables, así como todo derecho que pueda formar parte del patrimonio de una persona; dicho concepto comprende todos los muebles e inmuebles, los elementos corporales e incorporeales y cualquier otro objeto inmaterial susceptible de valor”.³⁹

Ahora bien, la privación de la propiedad privada en una expropiación no tiene que consistir necesariamente en una apropiación física de la propiedad, sino que puede consistir en una pérdida sustancial del control o del valor económico de la misma, sin que necesariamente esta propiedad sea sacada del ámbito de protección de su dueño. Esto fue detallado en laudo arbitral del caso Tippetts donde se explicó: “Una privación o toma de propiedad privada puede ocurrir en el derecho internacional a través de una interferencia por parte del Estado en el uso de esa propiedad o en el goce de sus beneficios, aún cuando el título legal de la propiedad no sea afectado.”⁴⁰

Es por esta razón que en casos como CME v. República Checa, el tribunal arbitral resolvió que este Estado había incurrido en responsabilidad al expropiar a CME ya que

³⁸ CENTRO INTERNACIONAL PARA EL ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES. Tokios Tokelès v. Ucrania. Caso N° ARB/02/18 (2004). para. 92.

³⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Ivcher-Bronstein v. Perú. 2001. para. 122.

⁴⁰ IRÁN-US CLAIMS TRIBUNAL. Tippetts, Abbett, McCarthy, Stratton v. TAMS-AFFA Consulting Engineers of Iran. Laudo N° 141-7-2 (1984). p. 219

las medidas impuestas por su administración destruyeron “el valor comercial de la inversión”⁴¹ al hacer que ésta perdiera seguridad jurídica por las medidas establecidas por la autoridad reguladora estatal, aún cuando la propiedad continuaba a nombre de la empresa CME.

En conclusión, la privación de la propiedad privada puede presentarse como un efectivo desapoderamiento de la propiedad a su dueño, o a través de medidas que, aunque mantienen la propiedad en manos de su dueño, la convierten en vacía y sin valor comercial alguno.

c.5. Debida compensación.

La compensación es considerada uno de los elementos más importantes de la expropiación. Su importancia es tal que muchos autores aseguran que este elemento es el que define si existió una expropiación legal o no en primer lugar; ya que, en caso de no existir una expropiación, es el inversionista extranjero quien deberá soportar las consecuencias económicas de la acción estatal y no el Estado.⁴²

Mediante el desarrollo del concepto de expropiación, y como fue posible observar en la sección a. anterior sobre antecedentes históricos, se ha definido que una expropiación legal deberá requerir una compensación adecuada, normalmente equivalente al valor de mercado.⁴³ Varias resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas en los 1960’s y 1970’s se refieren a un estándar más flexible de “compensación apropiada”,⁴⁴

⁴¹ TRIBUNAL ARBITRAL UNCITRAL. CME Czech Republic B.V. v. República Checa. Final Award (2003), para 591. El original en inglés cita: “the commercial value of the investment”.

⁴² SCHREUER (Christoph). The concept of Expropriation under the ETC and other Investment Protection Treaties. Transnational Dispute Management, Estados Unidos de América, N° 2, 2005, p 3.

⁴³ PERMANENT COURT OF INTERNATIONAL JUSTICE. Case Concerning the Factory at Chorzow (Alemania v. Polonia) Serie A N° 17 (1928), p. 46-48; IRÁN-US CLAIMS TRIBUNAL. Amoco International Finance Corp. v. Irán. Laudo N° 1803 (1987), p. 108.

⁴⁴ A.G.O.N.U. Resolución número 1803. Soberanía permanente sobre los recursos naturales, (1962); A.G.O.N.U. Resolución número 3171. Soberanía permanente sobre los recursos naturales, (1973); A.G.O.N.U. Resolución número 3281. Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados, (1974).

sin embargo, las consideraciones en torno al “contenido y condiciones de adopción”⁴⁵ de dichos acuerdos en la Asamblea General revelan que ellas no fueron consideradas en su momento como evidencia de una nueva costumbre en el derecho internacional sobre compensaciones.

Lo anterior se debe a que estas resoluciones de la Asamblea General recibieron un apoyo insuficiente por parte de la comunidad internacional: por un lado, los países desarrollados deseaban una mayor protección y detalle en el tema de la compensación y por otro lado, los países en vías de desarrollo se negaban a aplicar tan siquiera el estándar mínimo de “compensación adecuada”. Debido a esta situación, autores aseguran que no se puede considerar estas resoluciones crearon por sí misma una nueva regla en torno a la compensación.⁴⁶

Hoy en día, se acepta que la compensación por expropiación debe ser pronta, adecuada y efectiva⁴⁷, entendiendo cada uno de estos términos como:

- Pronta: significa que la compensación debe ser pagada con una prontitud razonable, esto es, tan pronto como sea razonable bajo las circunstancias específicas y bajo los estándares internacionales de justicia.⁴⁸
- Adecuada: este término hace referencia a que la compensación sea conforme al precio justo de mercado, el cual ha sido definido como el monto que se espera obtener de la venta de la inversión en el mercado abierto realizada por un vendedor dispuesto a un comprador dispuesto.⁴⁹ Cabe resaltar que debe incluirse

⁴⁵ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports. Ginebra, 1996.

⁴⁶ ASANTE (Samuel). Op. Cit. p. 594.

⁴⁷ AUTOR CORPORATIVO. Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States. American Law Institute. Estados Unidos de América, Volume 2, 1986

⁴⁸ ASANTE (Samuel). Op. Cit. p. 596.

⁴⁹ BORCHERDING (Thomas) y KNETSCH (Jack). Expropriation of Private Property and the Basis for Compensation. University of Toronto Law Journal. N°29, 1979, p. 237.

en este cálculo el pago de los intereses, los cuales se considera que comienzan a correr desde el momento efectivo de la privación de la propiedad privada.⁵⁰

- Efectiva: se define como el hecho de que la compensación se entregue en una forma en que pueda ser efectivamente disfrutable. Para satisfacer este criterio, la compensación debe entregada ser en la forma de dinero en efectivo o en otro tipo de pago fácilmente convertible en su forma líquida.⁵¹

Asimismo, nuevos desarrollos en el tema de la compensación reconocen dentro del monto debido al inversionista las expectativas razonables de ganancia que una inversión podría llegar a tener. Esto corresponde al cálculo de la fórmula Hull. Dicha teoría matemática no es aplicada en todos los casos de compensación por expropiación debido a la dificultad de lograr consenso sobre lo que significa una “expectativa razonable de ganancia”.

d. La Expropiación legal en Costa Rica:

A continuación se analizarán los aspectos más relevantes de la expropiación a nivel nacional, sin embargo, no se pretende en la presente sección realizar un estudio profundo de la expropiación costarricense, por no ser ese el tema del presente Trabajo Final de Graduación:

La actual Constitución de la República de Costa Rica protege y garantiza el efectivo uso y goce de la propiedad privada. Su artículo 45, párrafo primero cita:

“La propiedad es inviolable; a nadie puede privarse de la suya si no es por interés público legalmente comprobado, previa indemnización conforme a la ley. En caso de guerra o conmoción interior, no es indispensable que la indemnización sea previa. Sin embargo, el

⁵⁰ CENTRO INTERNACIONAL PARA EL ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES. Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. v. Republica de Costa Rica. Caso N° ARB/96/1 (2000).

⁵¹ ASANTE (Samuel). Op. Cit. p. 596.

pago correspondiente se hará a más tardar dos años después de concluido el estado de emergencia.”⁵²

Esta protección constitucional significa que el Estado, con el fin de privar la propiedad privada de terceros, deberá justificar su actuación en un fin superior, como lo es el interés público. Esta declaratoria de utilidad pública compone un requisito indispensable, el cual debe ser aparejado con el debido proceso, en el cual el propietario tiene la oportunidad de oponerse a los argumentos de la Administración y defender así sus intereses, combatiendo de esta forma la arbitrariedad.⁵³

Con respecto a la compensación por expropiación, Costa Rica es uno de los pocos países que reconoce el pago de la compensación de forma previa al proceso expropiatorio, algo poco conocido en los países anglosajones. Asimismo, el elemento compensatorio es de tal importancia en el ordenamiento jurídico costarricense, que ha hecho posible afirmar que en el país: “La expropiación de la propiedad privada por parte del poder público solo será calificada de tal si media indemnización (...) y en todo caso es, eso sí, requisito esencial e indispensable para que haya traspaso de la propiedad privada a manos del Estado.”⁵⁴

d.1. Marco normativo.

Además de la protección constitucional de la propiedad privada y sus características explicadas anteriormente, el derecho a la expropiación se deriva, a su vez, del Código Civil costarricense de finales del siglo XIX, en donde por primera vez se reguló el tema de la siguiente manera:

⁵² Constitución Política de la República de Costa Rica (ocho de noviembre de 1949). Art. 45.

⁵³ ANGULO RUIZ (Carlos Darío). (2008) Entrevista: Fundamentos constitucionales de la expropiación en Costa Rica. Abogado especialista en expropiación de la Universidad de Lausanne, Suiza. 20 de mayo de 2008.

⁵⁴ VAN BROWNE (Enrique Alberto) La Expropiación (en doctrina, legislación y jurisprudencia costarricenses). San José, Tesis para optar por el título de Licenciado en Derecho, Universidad de Costa Rica, 1970.

“El propietario puede ser obligado a enajenar su propiedad para el cumplimiento de obligaciones contraídas o por motivos de utilidad pública. Los casos en que es permitida la expropiación por motivos de utilidad pública, y la manera de llevar a efecto, serán regulados por ley especial.”⁵⁵

Estas regulaciones especiales fueron resumidas en la actual Ley de Expropiaciones, la cual “...regula la expropiación forzosa por causa de interés público legalmente comprobado. La expropiación se acuerda en ejercicio del poder de imperio de la Administración Pública y comprende cualquier forma de privación de la propiedad privada o de derechos o intereses patrimoniales legítimos, cualesquiera sean sus titulares, mediante el pago previo de una indemnización que represente el precio justo de lo expropiado.”⁵⁶ Asimismo, en esta ley se detalla el proceso que debe seguirse para realizar en forma válida la expropiación.

Por último, es importante recalcar que el artículo 19 de la Constitución Política establece la igualdad de deberes y derechos entre costarricenses y extranjeros.⁵⁷ De esta manera, todos los requisitos y normas analizados anteriormente deben ser aplicados al extranjero en nuestro país, y, en caso contrario, puede el extranjero accionar en las instancias judiciales, administrativas y aún internacionales contra el Estado cuando no le sean respetados los mismos derechos que los costarricenses en materia de protección a la propiedad privada y de la misma manera que le es aplicado a los nacionales.

d.2.Tratamiento jurisprudencial.

La jurisprudencia nacional se ha referido de manera amplia y reiterada al tema de la expropiación y sus elementos. Confirmando la aplicación de las normas constitucionales y legales explicadas supra, ya que suelen referirse a los elementos de la expropiación, ya sea al desarrollar el tema de la expropiación como tal, o al referirse a los límites y

⁵⁵ Código Civil de la República de Costa Rica (Ley 63, del 28 de setiembre de 1887). Art. 293.

⁵⁶ Ley de Expropiaciones (Ley 7495, del ocho de junio de 1995), Art. 1.

⁵⁷ Constitución Política de la República de Costa Rica. Op. Cit. art. 19.

limitaciones expropiatorias. Los elementos como debido proceso, interés público y compensación son normalmente tratados en las sentencias sobre expropiación como tal. Mientras que los elementos de no discriminación y efectiva privación de la propiedad privada sin un acto expropiatorio como tal, han sido ampliamente tratadas en el tema de los límites expropiatorios, mal llamadas “limitaciones expropiatorias”. A continuación, se detalla un desglose de la jurisprudencia nacional por elemento de la expropiación:

d.2.1. Debido proceso:

En cuanto a la protección del debido proceso y la inconstitucionalidad de una expropiación que no contemple el trámite legal, la Sala Constitucional ha indicado:

“Es claro que la afectación de una finca a un proyecto de interés estatal *sin que medie el respectivo trámite expropiatorio* deviene en una acción inconstitucional en perjuicio del propietario, en razón de que le sustrae del dominio pleno sobre su derecho de propiedad.”⁵⁸ Énfasis no es del original.

Asimismo, la Sala Constitucional ha ido más allá recalcando la importancia del debido proceso en la expropiación legal, llegando aún a delimitar el contenido del mismo paso por paso, el cual deberá ser:

“A) Notificación al interesado del carácter y fines del procedimiento; B) Derecho a ser oído y oportunidad del interesado para presentar los argumentos y producir las pruebas que sean pertinentes; C) Oportunidad para el administrado de preparar su alegación, lo que incluye necesariamente el acceso a la información y a los antecedentes administrativos vinculados con la cuestión que se trate; CH) (sic) Derecho del administrado de hacerse representar y asesorar por abogados técnicos y otras personas

⁵⁸ SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución N° 2081 de las 17:48 del 25 de marzo de 1998.

calificadas; D) Notificación adecuada de la decisión que dicta la administración y de los motivos en que ella se funde y; E) Derecho del interesado a recurrir la decisión citada”.⁵⁹

Sin embargo, a pesar de este desarrollo, en reiteradas ocasiones se ha señalado que el debido proceso en casos de expropiación en nuestro país no se cumple a cabalidad, ya que, aún cuando se sigan los pasos anteriormente mencionados y los contemplados en las leyes especiales, la extensa duración de los mismos crea indefensión en nacionales y extranjeros.⁶⁰ Esta situación ya le ha generado en el pasado responsabilidad a Costa Rica a nivel internacional, sin que hayan sido efectivamente disminuidos los tiempos en la práctica.⁶¹

No ha sido sino hasta votos recientes que esta Sala se ha referido no solamente al proceso como tal, sino también a la duración del mismo, condenando al Estado por un exceso en la duración de los procesos expropiatorios. En mayo de 2008 la Sala Constitucional condenó al Ministerio de Ambiente y Energía por tener un atraso de más de 10 años en finalizar un proceso de expropiación en la zona de las Baulas, Guanacaste, que señalando que dicho atraso “*indudablemente resulta excesivo, y es violatorio del principio de justicia pronta y cumplida.*”⁶² La Sala señaló que una duración de tal magnitud viciaba el proceso expropiatorio como tal y lesionaba el derecho al uso y disfrute de la propiedad.

d.2.2. Interés público debidamente motivado.

⁵⁹ SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución N° 15 de las 16:45 horas del 5 de enero de 1990.

⁶⁰ SALAS VILLALOBOS (Mauricio) y SCHROEDER LEIVA (José A Op. Cit. Pag. 42.

⁶¹ Ver CENTRO INTERNACIONAL PARA EL ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES. Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. v. Republica de Costa Rica. Caso N° ARB/96/1 (2000).

⁶² SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución N° 8770 del 27 de mayo de 2008.

La necesidad de que el acto expropiatorio se encuentre basado en un interés público debidamente motivado es un elemento fundamental para la configuración de una expropiación legal en nuestro país, la Sala Constitucional ha mencionado:

“Dos son los aspectos de una expropiación, tutelables constitucionalmente y desprendidos del art. 45 constitucional. *En primer lugar, la declaratoria de un interés público que legitime a la Administración para limitar el derecho de propiedad del dueño del inmueble.* En segundo lugar, el pago por concepto de indemnización a cambio de la propiedad expropiada.”⁶³

La importancia de este elemento para los tribunales nacionales reside en que se ha considerado que “cuando existe un interés público debidamente demostrado, el derecho patrimonial individual debe ceder frente a aquél que tiene mayor fuerza, previa indemnización concedida al propietario.”⁶⁴

Es decir, cuando la Administración considera que es necesario despojar a una persona física o jurídica de su propiedad privada o inversión, lo debe hacer siempre basada en la necesidad de satisfacer un interés público de mayor importancia que el individual. Esta declaratoria de interés público debe ser realizada mediante un procedimiento específico: “La Administración debe declarar mediante un acto administrativo motivado y al que debe dar adecuada publicidad, que el bien en cuestión lo necesita para cumplir algún objetivo de marcado interés general, según dispone el artículo 18 de la Ley de Expropiaciones. Es en ese momento que se pone en conocimiento al propietario del interés de la Administración en adquirir su bien.”⁶⁵

⁶³ SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución N° 8667 de las 16:18 del 02 de diciembre de de 1998.

⁶⁴ SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución N° 565 de las 18:21 del 26 de enero de 1994.

⁶⁵ SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución N° 8015 de las 16:25 del 21 de julio de 2004.

Por último, la Sala Constitucional recientemente concluyó sobre este tema: “El “interés público” o la “utilidad pública” constituye una fórmula clásica y un presupuesto jurídico esencial para expropiar (...) con el objeto de satisfacer las diversas exigencias del interés colectivo. Es mediante este acto estatal que inicia el procedimiento de limitación de derecho de propiedad o de extinción del mismo.”⁶⁶

d.2.3. No discriminación.

Cabe recalcar en esta sección que la Sala Constitucional ha establecido en sendas ocasiones el hecho de que no es posible diferenciar entre costarricenses y extranjeros en el goce de los derechos civiles en general.⁶⁷ Asimismo, específicamente en el tema de la propiedad privada, tanto la Sala Constitucional como la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia se han referido al tema de la discriminación principalmente en lo concerniente a las “limitaciones” a la propiedad privada contempladas en el artículo 45 de la Constitución Política, y no necesariamente con respecto a la expropiación.

Este tema y su jurisprudencia relevante serán analizados con mayor profundidad en la sección c. del Capítulo II, debido a que este análisis se encuentra directamente relacionado con las regulaciones a la propiedad privada permitidas en el Derecho Internacional y aquellas que se equiparan a medidas equivalentes a expropiación.

Sin embargo, es posible aportar que la Sala Constitucional, al referirse a lo que mal llama la Constitución Política como “limitaciones” a la propiedad privada⁶⁸, ha mencionado que las mismas deben cumplir unas ciertas características y entre ellas, se encuentra el no ser

⁶⁶ SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución N° 10578 de las 16:40 horas del 25 de julio de 2007.

⁶⁷ SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución de las 15:39 horas del 13 de mayo de 1997. SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución de las 14:06 horas del 19 de mayo de 1993. SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución de las 17:15 horas del 22 de febrero de 1995. SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución de las 10:48 horas del 31 de julio de 1998.

⁶⁸ La diferencia entre “limitaciones” y “límites” será desarrollado con mayor profundidad en la sección c.1 del Capítulo II.

discriminatorias, debido a que esto ameritaría una verdadera expropiación compensable: “Fuera de estos parámetros, si el bienestar social exige sacrificios de uno o de algunos únicamente, deberá ser indemnizado...”⁶⁹

Asimismo, cabe resaltar que en todas las consultas de constitucionalidad con respecto a los Tratados de Inversión Bilateral y los Tratados de Libre Comercio suscritos por Costa Rica, la Sala Constitucional ha recalado que todos estos texto indican la obligatoriedad de que la expropiación no sea realizada por razones discriminatorias al extranjero, a lo cual ha dado su visto bueno y conformidad con la Constitución Política en todos sus casos.⁷⁰

d.2.4. Privación de la propiedad privada.

La privación de la propiedad privada debe ser tal que no permita el “uso natural de la cosa dentro de la realidad socio-económica actual,... (haga) desaparecer la naturaleza del bien o haga imposible el uso de la cosa.”⁷¹

La Sala Constitucional se refiere a esta privación cuando trata el tema de las regulaciones según el segundo párrafo del artículo 45 constitucional en contraposición con la expropiación indirecta (tema que será analizado en el Capítulo II). Al asegurar que:

“...las limitaciones que se impongan a la propiedad encuentran su frontera natural en el grado de afectación a la propiedad, por lo que cuando la restricción al derecho de propiedad se convierte en una verdadera expropiación, se constituye para la Administración la obligación de indemnizar, *porque se hace desaparecer completamente el derecho de propiedad*. Es decir, serán legítimas las limitaciones que se impongan a la

⁶⁹ SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución N° 2345 de las 9:24 del 17 de mayo de 1996.

⁷⁰ Ver a modo de ejemplo: SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución N° 1307 de las 16:30 del 23 de febrero de 1999.

⁷¹ SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución N° 2345 de las 9:24 del 17 de mayo de 1996.

propiedad que permitan al propietario *la posibilidad de explotar “normalmente” el bien... con lo cual se respeta el uso natural del bien, al mantenerse su valor como medio de producción o valor económico del mercado.*”⁷² (Resaltado no es del original)

A contrario sensu, cuando la Sala ha determinado que cuando se hace desaparecer completamente el derecho de propiedad o cuando no se permite explotar “normalmente” el bien como medio de producción o valor económico de mercado, se está ante una expropiación.

“Para la Sala, los límites razonables que el Estado puede imponer a la propiedad privada, de acuerdo con su naturaleza, son constitucionalmente posibles *en tanto no vacien su contenido*. Cuando ello ocurre, deja de ser ya una limitación razonable para convertirse en una privación del derecho mismo.”⁷³

d.2.5. Compensación.

Nuestra jurisprudencia ha tenido un amplio desarrollo en el tema de la compensación, llegando a convertirse, sin lugar a dudas, en el tema por excelencia de nuestros tribunales a la hora de referirse a la expropiación.

La Sala Primera ha definido con respecto a la indemnización que ésta: “...debe ser previa. Su naturaleza jurídica está determinada por ese carácter. Lo previo se ha erigido en uno de los supuestos de la legitimidad del ejercicio de la potestad expropiatoria. Es un presupuesto de validez y eficacia. (...) No puede haber pérdida de la propiedad y su correlativa transmisión al expropiante en tanto no se haya fijado y pagado la indemnización”⁷⁴. De la misma manera, la Sala Constitucional, ha considerado que toda

⁷² SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución N° 3656 de las 14:43 del 7 de mayo de 2003.

⁷³ SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución N° 5097 de las 10:24 del 15 de octubre de 1993.

⁷⁴ SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución N° 166 de las 16:20 horas del 18 de diciembre de 1992.

indemnización por expropiación debe hacerse efectiva antes de que el Estado tome posesión del inmueble y sólo si el propietario del terreno expropiado retira el pago en señal de aceptación.⁷⁵

La única manera en la cual el Estado podría evitar la indemnización previa sería en caso de guerra o conmoción interna. El artículo 45 de la Constitución Política señala que el Estado puede solicitar una prórroga de hasta dos años para indemnizar luego de expropiada la propiedad en caso de que el guerra o conmoción interna. A la fecha, no existen registros de que la Administración Pública haya solicitado una ampliación en el plazo para indemnizar con base en esta causal.

Sin embargo, aún cuando la jurisprudencia no ha tratado este tema en específico, sí ha sido congruente en indicar que, en caso de que se sufran atrasos en el pago de la compensación por cualquier razón: “toda persona a quien se deba privar de su propiedad tiene derecho a obtener una indemnización justa y actualizada”⁷⁶. Esto significa que la compensación, aunque puede aplazarse hasta por dos años después de concluido el estado de emergencia, deberá actualizarse con el fin de que sea justa y cumpla con los requisitos de justiprecio.

Igualmente, nuestra jurisprudencia ha rescatado la posibilidad que tiene el expropiado de cobrar daños y perjuicios como parte de su compensación: “...el expropiado tiene derecho a la reparación integral, sea al equivalente económico comprensivo del valor real del bien o del derecho expropiado, y del daño consecuente (emergente y lucro cesante de la privación de la propiedad)...”⁷⁷

⁷⁵ SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución N° 7346 de las 15:45 del 14 de diciembre de 1994.

⁷⁶ TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN II. Resolución N° 006 de las 10:15 horas del doce de enero de 2001.

⁷⁷ SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución N° 166 de 16:20 horas del 18 de diciembre de 1992.

“La indemnización es una compensación económica debida por el sacrificio impuesto al propietario en el interés público, e importa *restituir íntegramente al propietario el mismo valor económico de que se le priva y cubrir además los daños y perjuicios* que sean consecuencia de la expropiación. Esta debe ser justa y previa, por ello debe comprender el pago del valor objetivo del bien expropiado, los daños y perjuicios causados directa o indirectamente por el desapoderamiento, manteniendo económicamente incólume el patrimonio del expropiado.”⁷⁸ (Resaltado no es del original)

⁷⁸ SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución N° 8015 de las 16:25 del 21 de julio de 2004.

CAPÍTULO II:
LAS DISTINTAS FORMAS DE EXPROPIACIÓN ANTIJURÍDICA DE
INVERSIÓN EN EL DERECHO INTERNACIONAL

a. Deber estatal de protección de la inversión extranjera.

a.1. Antecedentes históricos.

Es ampliamente conocido que, a través de la historia, los extranjeros han sido sujetos de abuso por parte de los gobiernos de turno de los Estados donde se encuentran. Sin embargo, ha existido una corriente en el Derecho Internacional que ha abogado por los inversionistas extranjeros, debido en gran parte al papel que ellos juegan en la economía mundial.

Desde mediados del siglo XVIII ciertos doctrinarios y juristas mantenían que el Estado que admite a un extranjero dentro de su territorio asume por este acto la obligación de brindarle protección, tanto a él como a su propiedad.⁷⁹ Sin embargo, ésta no era la doctrina predominante de la época, en su lugar estas teorías eran consideradas sumamente radicales y de vanguardia, ya que, la práctica general, tendía a desproteger a los extranjeros.

Poco a poco, conforme la inversión extranjera empezó a cobrar más fuerza en la economía de los Estados, empezaron a forjarse protecciones mayores. Ya antes de 1917 era generalmente aceptado que el extranjero tenía derecho, al menos, a la misma protección con respecto a su propiedad que los nacionales, con todo lo que esto implicaba. Esto llegó a llamarse el “estándar nacional” de tratamiento.⁸⁰

⁷⁹ DOLZER (Rudolf). Expropriation and Nationalization. Encyclopedia of Public International Law. Holanda, Volume 8, 1987, p. 214

⁸⁰ CASTRO VENTURA (Luis Manuel) y GUTIÉRREZ SWANSON (David). Op. Cit. p. 97.

En 1926, se realizó uno de los primeros y más importantes desarrollos en este sentido en los laudos arbitrales internacionales, cuando, en el *Neer Claim*, la Comisión General de Reclamos (General Claim Commission), conformada por Estados Unidos y México declaró: "...la propiedad de un acto de gobierno debe ser evaluada con estándares internacionales... el tratamiento de un extranjero para constituir un delito internacional debe equivaler a un agravio, a mala fe, a omisión dolosa de un deber, o a una insuficiencia en la acción del gobierno tan lejos de los estándares internacionales que tomo hombre racional e imparcial pueda reconocer su insuficiencia"⁸¹ Este laudo sentó las bases del estándar mínimo internacional en materia de agravios por actos estatales contra la propiedad privada de extranjeros.

Posteriormente, la Corte Internacional de Justicia sostuvo que, cuando un Estado admite la entrada de inversión extranjera a su territorio, o de extranjeros, sean personas físicas o jurídicas, tiene la obligación de brindarles la protección de la ley y asume la obligación de darles un tratamiento adecuado.⁸²

Lastimosamente, este desarrollo jurisprudencial y doctrinario constituyó en muchas ocasiones la excepción en la comunidad internacional. Tal y como se explicó en el capítulo primero anterior, los extranjeros continuaron sufriendo graves vejaciones en su derecho a la propiedad y a una debida expropiación. Estas violaciones a sus derechos fundamentales se realizaban no necesariamente a través de actos estatales expresos en contra de su propiedad (los cuales eran los menos), sino a través de actos perfectamente legales, que sin embargo constituían expropiaciones veladas. Muchas naciones, de manera lamentable, han violentado a través de los años y de manera flagrante el derecho de propiedad del inversionista extranjero aduciendo razones de estado, sin tan siquiera respetar los requisitos mínimos legales de la expropiación; causando inequidades en sus

⁸¹ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Caso Neer Claim. Reports of International Arbitral Awards 1926.

⁸² CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. Case Concerning the Barcelona Traction Light and Power Company, Limited (Bélgica v. España). Sentencia de la Segunda Fase 5 de febrero de 1970, p. 32.

acciones y, por ende, las figuras conocidas como expropiación indirecta, antijurídica o medidas equivalentes a expropiación.⁸³

Debido a esta razón, le fue necesario a la comunidad internacional realizar un desarrollo mucho más profundo de protección a la inversión extranjera en contra de las expropiaciones antijurídicas que realizan los Estados de manera constante; todo con el fin de paliar la situación que viven los inversionistas en los países extranjeros. Este desarrollo se ha debido en gran parte al creciente fenómeno globalizador que nuestra sociedad experimentó a partir de la segunda mitad del siglo XX y al importante rol de la inversión extranjera.

a.2. Trato Nacional

El principio de Trato Nacional al inversionista extranjero ha sido desarrollado a través de los años con el fin de garantizar que a las inversiones extranjeras, una vez dentro del Estado receptor, se les brindará el mismo trato que a los nacionales en su territorio.

Este principio fue reconocido de manera expresa en el principal Acuerdo de la Organización Mundial de Comercio en 1947: Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT), sin embargo, también ha sido calificado como parte de la costumbre en el derecho internacional y por tanto invocado por Estados no parte de la OMC⁸⁴. El artículo 3 del GATT de 1947 reza:

“Los productos del territorio de toda parte contratante importados en el territorio de cualquier otra parte contratante *no deberán recibir un trato menos favorable que el concedido a los productos similares de origen nacional*, en lo concerniente a cualquier ley, reglamento o prescripción que afecte a la venta, la oferta para la venta, la compra, el

⁸³ SCHREUER (Christoph). Op. Cit. p. 3.

⁸⁴ Ver CÉSPEDES VARGAS (Renzo Alexander). Incorporación de Costa Rica al GATT: Implicaciones jurídicas y económicas. San José, Tesis para optar por el título de Licenciado en Derecho, Universidad de Costa Rica, 1988.

transporte, la distribución y el uso de estos productos en el mercado interior.”⁸⁵ (resaltado no es del original)

Este deber estatal de brindar a los extranjeros el mismo trato que a los nacionales tan solo podrá ser invocada por el inversionista extranjero y aplicada a su inversión, al igual que los productos a los que se refiere el artículo anterior, una vez que la inversión ha entrado en el mercado nacional⁸⁶, es decir, cuando se encuentra efectivamente dentro del Estado y es susceptible de generar algún valor.

La razón de ser de la aplicación de este principio hasta después de que la inversión haya ingresado al país se debe a que el principio de Trato Nacional para los inversionistas puede ser invocado, siempre y cuando se respete un derecho anterior de los Estados ampliamente aceptado y desarrollado como costumbre en el Derecho Internacional, en el cual un Estado, en el ejercicio de sus poderes soberanos, posee el derecho de regular la entrada de capital o inversión extranjera en su territorio. Esto implica el derecho de prohibir la inversión extranjera en su totalidad, ciertos tipos de la misma, imponer condiciones a la entrada de inversión extranjera, a la adquisición de propiedad por parte de capital extranjero, así como el ejercicio de jurisdicción en general sobre la inversión en su territorio.⁸⁷ Sin embargo, luego de que la inversión extranjera pasa este primer filtro y se encuentra efectivamente dentro del territorio, es cuando comienza la protección bajo el principio de Trato Nacional.

En materia de protección a la inversión extranjera, se ha equiparado en varias ocasiones este principio de trato nacional con el principio de no discriminación, el cual fue explicado en el Capítulo anterior, debido a que el mismo se fundamenta en la prohibición

⁸⁵ Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT de 1947). http://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/gatt47_01_s.htm. (Consulta: 02 de julio de 2008). artículo 3, párrafo 4. Este principio también se encuentra en el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS), artículo 17, y en el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC), artículo 3.

⁸⁶ Entender la OMC: Los principios del sistema de comercio. Página oficial de la OMC: http://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/fact2_s.htm (Consulta: 14 de octubre de 2007)

⁸⁷ ASANTE (Samuel). Op. Cit. p. 616.

de brindar un trato distinto al extranjero o a la inversión extranjera a aquél que se le brinda a los nacionales o a la inversión nacional en circunstancias similares.⁸⁸

Los Estados han acostumbrado plasmar este principio por medio de cláusulas de Trato Nacional en sus Tratados Bilaterales de Inversión y Tratados de Libre Comercio, con el fin de garantizar la aplicación efectiva de este principio. Algunos autores han señalado que la inclusión de este tipo de cláusulas evidencia la más básica y obvia obligación que asumen los Estados en su relación comerciales y, a su vez, les establece un estándar mínimo de tratamiento al extranjero, fácil de cumplir por los Estados, ya que hace referencia directa al trato que se le brinda al inversionista nacional.⁸⁹

Una cláusula de este tipo, específicamente para el caso de inversiones, fue incluida en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (NAFTA por sus siglas en inglés) de 1992, donde se estableció en su artículo 1102: “Cada una de las Partes otorgará a las inversiones de inversionistas de otra Parte, trato no menos favorable que el que otorga, en circunstancias similares, a las inversiones de sus propios inversionistas...”

Asimismo, en el Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centroamérica y los Estados Unidos (DR-CAFTA por sus siglas en inglés), se estableció a manera casi de espejo en su artículo 10.3: “Cada Parte otorgará a los inversionistas de otra Parte un trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a sus propios inversionistas...”

Este tipo de estipulaciones han sido anteriormente incluidas por nuestro país en los Acuerdos Bilaterales de Inversión suscritos con Chile y con Canadá, en donde se determinaron las estipulaciones en cuanto a Trato Nacional que se mencionarán. Cabe recalcar que lo consignado en estos artículos fue posteriormente incorporado en los

⁸⁸ HOBÉR (Kaj). Investment Arbitration in Eastern Europe: Recent Cases on Expropriation. American Review of International Arbitration. Nueva York, N° 14, 2004, p. 386

⁸⁹ ANGULO RUIZ (Carlos Darío). The investment rules under the U.S.-Central America Free Trade Agreement: A Comparative Overview. Suiza, Tesis para optar por el título de Master en Derecho, Universidad de Loussane, 2004.

Tratados de Libre Comercio suscritos con ambos países. Chile artículo IV.2: “Cada Parte Contratante otorgará, con arreglo a su legislación nacional, a las inversiones de los inversionistas de la otra Parte Contratante, efectuadas en su territorio, un trato no menos favorable que aquel otorgado a las inversiones de sus propios inversionistas.” Canadá artículo IV: “Con relación a las inversiones y al disfrute, uso, administración, conducción, operación, expansión y venta u otra disposición de la inversión, cada Parte Contratante acordará un trato no menos favorable a aquél que, en circunstancias similares otorga con respecto a: ... b) las inversiones en su territorio de sus propios inversionistas.”

Ahora bien, cabe recalcar que únicamente existirá una violación al principio de trato nacional cuando exista una discriminación entre nacionales y extranjeros “en circunstancias similares”. Esto implica que la aplicación e invocación de este principio requiere necesariamente de la comprobación previa de que tanto el extranjero como el nacional se encuentran en circunstancias objetivamente similares.⁹⁰

Un laudo altamente controvertido del CIADI en cuanto a la aplicación extensiva de este principio decidió que, para el Tribunal Arbitral, el Trato Nacional como estándar mínimo internacional incluía también, además de lo mencionado anteriormente, la obligación estatal de brindar a los extranjeros en su territorio el mismo trato que el Estado le solicitaría a sus homólogos cumplir con los nacionales del primero en el territorio del segundo.⁹¹ Sin embargo, esta aplicación extensiva no es aceptada en la comunidad internacional como costumbre internacional, únicamente lo mencionado en párrafos anteriores.

a.3. Nación Más Favorecida

Otro principio fundamental para la protección de la inversión extranjera es el principio de Nación Más Favorecida (NMF), en el cual los Estados se obligan entre ellos a no

⁹⁰ ANGULO RUIZ (Carlos Darío). The investment rules under the U.S.-Central America Free Trade Agreement: A Comparative Overview. Op. Cit.

⁹¹ CENTRO INTERNACIONAL PARA EL ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES. Maffezini v. El Reino de España. Caso N° ARB/97/7 (2000).

establecer discriminaciones ya no entre nacionales y extranjeros, sino ahora entre sus diversos interlocutores comerciales.

Esto permite que los Estados se obliguen con otros a que, en caso de aumentar el primero los beneficios que concede a uno de sus interlocutores comerciales, tiene que dar ese mismo “mejor” trato al segundo Estado, de modo que todos sigan siendo los “más favorecidos”. De esta manera, si se concede a un Estado una ventaja especial, se tendrá que hacer de la misma manera con todos sus demás homólogos comerciales.⁹²

Este principio fue reconocido asimismo en el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1947 (GATT), y también ha sido calificado, al igual que el Trato Nacional, como parte de la costumbre en el derecho internacional y por tanto invocado por Estados no parte de la OMC⁹³. El artículo 1 del GATT de 1947 reza:

“Cualquier ventaja, favor, privilegio o inmunidad concedido por una parte contratante a un producto originario de otro país o destinado a él, será concedido inmediata e incondicionalmente a todo producto similar originario de los territorios de todas las demás partes contratantes o a ellos destinado.”⁹⁴

Al igual que con el principio de Trato Nacional, los Estados han acostumbrado plasmar este principio por medio de cláusulas en sus Tratados Bilaterales de Inversión y Tratados de Libre Comercio, con el fin de garantizar su efectiva aplicación. Asimismo, estas cláusulas han sido incluidas tanto en los textos del NAFTA como el DR-CAFTA, en ambos tan solo un artículo después del ya explicado principio de Trato Nacional:

⁹² Entender la OMC: Los principios del sistema de comercio. Página oficial de la OMC: http://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/fact2_s.htm (Consulta: 14 de octubre de 2007).

⁹³ Ver CÉSPEDES VARGAS (Renzo Alexander). Op. Cit.

⁹⁴ Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT de 1947). http://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/gatt47_01_s.htm. (Consulta: 02 de julio de 2008). Art.1. Este principio es también prioritario en el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS), artículo 2, y en el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC), artículo 4.

Artículo 1103 NAFTA: “Cada una de las Partes otorgará a los inversionistas de otra Parte trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a los inversionistas de cualquier otra Parte o de un país que no sea Parte...”

Artículo 10.4 DR-CAFTA: “Cada Parte otorgará a los inversionistas de otra Parte un trato no menos favorable que el que otorgue en circunstancias similares a los inversionistas de cualquier otra Parte, o de cualquier país que no sea Parte...”

Asimismo, al igual que el Trato Nacional, se recalca que únicamente existirá una violación al principio de NFM cuando exista una discriminación entre Estados “en circunstancias similares”. Implicando, al igual que fue explicado anteriormente, que la aplicación e invocación de este principio requiere necesariamente de la comprobación previa de que ambos Estados (o extranjeros) se encuentran en circunstancias objetivamente similares.

Varios inversionistas han alegado en distintas ocasiones que este principio de NMF, ampliamente conocido en el derecho internacional, no solamente tiene el significado descrito en los Tratados Internacionales, la costumbre internacional y los acuerdos Bilaterales de Inversión, sino que también podría ser utilizado por el inversionista para escoger un foro arbitral mucho más favorable que el que dicta su tratado de inversión específico.⁹⁵ El Tribunal Arbitral de *Maffezini v. El Reino de España*⁹⁶, el cual realizó la interpretación extensiva del principio de Trato Nacional, concedió esta petición a los inversionistas y, de manera sin precedentes, llegó a la conclusión de que la cláusula de NMF en el Tratado Bilateral de Inversión entre Argentina y España podía ampliarse de esta manera, convirtiendo este principio en no solo una garantía para los Estados en su trato preferencial, sino también extendiéndolo a la posibilidad de que, en caso de que existiera un foro mucho más favorable para el inversionista que el que su tratado de inversión específico le otorgaba, podía escoger entre todos los foros estipulados en todo

⁹⁵ CHENG (Tai-Heng). Power, Authority and International Investment Law. *American University International Law Review*. Washington D.C., Volumen 20, 2005, p. 481.

⁹⁶ CENTRO INTERNACIONAL PARA EL ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES. *Maffezini v. El Reino de España*. Caso N° ARB/97/7 (2000).

los Tratados de Inversión suscritos por ese Estado y así elegir el que más le favorecía al inversionista específico. Huelga decir que esta interpretación se aleja de la regla en la comunidad internacional.

a.4. Tratados Bilaterales de Inversión

Ahora bien, luego de analizados los principios en los cuales se sustenta esta protección al inversionista extranjero, cabe mencionar que la mejor solución a la situación de inseguridad en cuanto a su propiedad que viven diariamente los inversionistas extranjeros se ha paliado grandemente a través de suscripciones de Tratados Bilaterales de Inversión entre los Estados y en menor cantidad, con Tratados de Libre Comercio. En ellos, se han incluido los principios anteriormente explicados (como en el caso de NAFTA y DR-CAFTA) así como estipulaciones casi de una manera estándar sobre la protección a la inversión extranjera en contra de las expropiaciones antijurídicas.

Una de las mejores y más completas cláusulas de protección en contra de la expropiación antijurídica en la comunidad internacional, la cual fue creada con base en el desarrollo que se había alcanzado hasta el momento en este tema y ha sido emulada casi de manera textual en la mayoría de Tratados Bilaterales de Inversión y Tratados de Libre Comercio contemporáneos con respecto a la expropiación legal de inversión extranjera y la expropiación indirecta, se encuentra en el Energy Charter Treaty, el cual es un tratado internacional que cuenta con más de 52 países miembros⁹⁷ y 20 países observadores en sus conferencias. Su artículo 13(1) recoge los principios anteriormente explicados sobre expropiación al señalar:

“Las inversiones de Inversionistas de un Estado Parte en el Área o de otro Estado Parte no serán nacionalizadas, expropiadas u *objeto de una medida o medidas que posean efecto equivalente a una nacionalización o expropiación* (en adelante definido como “Expropiación”) excepto cuando dicha expropiación sea:

- (a) por un propósito que sea de interés público;

⁹⁷ Costa Rica no es parte del presente tratado.

- (b) no discriminatorio;
- (c) llevado a cabo bajo un debido proceso; y
- (d) acompañado del pago de una compensación pronta, adecuada y efectiva”⁹⁸ (el resaltado no es del original).

Muchos doctrinarios opinan que la adopción de este tipo de cláusulas tan completas en los acuerdos suscritos en las últimas décadas del siglo XX, ha llevado al mejoramiento sustancial en el trato que reciben las inversiones extranjeras, lo cual ha aparejado un incremento en el porcentaje de las disputas a favor de los derechos del inversionista extranjero por medio de arbitrajes internacionales, en contraposición a las disputas resueltas por medio de protección diplomática o en foros nacionales. Se considera que la razón de ser de este cambio se deriva directamente de la proliferación de Tratados Bilaterales de Inversión entre Estados, ya que reflejan el acuerdo de dos Estados sobre el trato a las inversiones realizadas en sus respectivos territorios por personas físicas y jurídicas del otro Estado.⁹⁹

Asimismo, este incremento acelerado en la suscripción de Tratados Bilaterales de Inversión, conllevó a que el Banco Mundial, en el año 1992 publicara un complemento a los mismos, llamado “Lineamientos para el Tratamiento a la Inversión Extranjera Directa”¹⁰⁰, los cuales son aplicables a los Estados miembros del Banco Mundial y sus instituciones hermanas, con el fin de que el Estado parte encuentre una guía para complementar su Tratado de Inversión específico, brindando mayor desarrollo y

⁹⁸ Energy Charter Treaty (1998): www.ena.lt/pdfai/Treaty.pdf. (Consulta: 21 de mayo de 2008). El original en idioma inglés cita: “Investments of Investors of a Contracting Party in the Area of any other Contracting Party shall not be nationalized, expropriated or subjected to a measure or measures having effect equivalent to nationalization or expropriation (hereinafter referred to as "Expropriation") except where such Expropriation is:

- (a) for a purpose which is in the public interest;
- (b) not discriminatory;
- (c) carried out under due process of law; and
- (d) accompanied by the payment of prompt, adequate and effective compensation. ”

⁹⁹ WONG (Jarrod). Umbrella clauses in Bilateral Investment Treaties: of breaches of contract, treaty violations, and the divide between developing and developed countries in Foreign Investment Disputes. George Mason Law Review. Virginia, Volumen 14:1, 2006, p. 135.

¹⁰⁰ Lineamientos para el Tratamiento a la Inversión Extranjera Directa del Banco Mundial (1992) <http://www.ita.law.uvic.ca/documents/WorldBank.pdf> (Consulta: 02 de julio de 2008).

explicación sobre el mismo, en el tanto lo estipulado por los lineamientos no riña con dichos tratados.

La proliferación de estas protecciones y derechos amparados en los Tratados Bilaterales de Inversión por medio de arbitrajes Inversionista-Estado conllevó, gracias a un análisis casuístico, al desarrollo de lo que sería considerado en el Derecho Internacional como una expropiación conforme a derecho, y una expropiación velada antijurídica, lo cual será analizado a continuación.

Ahora bien, es importante aclarar antes de finalizar la presente sección que, aún cuando en doctrina y en jurisprudencia se hayan utilizado indistintamente los términos confiscación y expropiación antijurídica, los mismos son figuras jurídicas totalmente distintas. Dicha confusión tiene su razón de ser en que ambas figuras se asemejan en su forma, sin embargo no en el fondo. La confiscación se da cuando el Estado realiza un acto expropiatorio sin indemnización por razones de condena o por un uso de la propiedad inadecuado que se le otorgaba a la propiedad. El diccionario “Black’s Law” define esta figura como la “toma de propiedad privada por parte del gobierno sin la debida compensación para el propietario, por lo general *como consecuencia de la condena por un delito o porque la posesión o el uso de la propiedad eran contrarios a derecho*”¹⁰¹ (el resaltado no es del original). Esta definición aclara que la confiscación tiene un propósito sancionatorio para el propietario debido a una acción que él mismo ha realizado, y no pretende esconder en sí misma un acto velado del Estado receptor en contra de la inversión extranjera.

a.5. Medios locales o estatales para la protección de los inversionistas extranjeros en Costa Rica.

Si bien el propósito del presente Trabajo Final de Graduación es analizar a la luz del derecho internacional las distintas formas en las cuales los inversionistas extranjeros

¹⁰¹ BLACK (Henry Campbell), *op. Cit.*, p. 207. El texto original en idioma inglés cita: “The seizure of private property by the government without compensation to the owner, often as a consequence of conviction for crime, or because possession or of the property was contrary to law”.

pueden hacer valer sus derechos ante los Estados, se indicará brevemente cuáles son los medios locales o estatales a los cuales los inversionistas extranjeros en Costa Rica pueden recurrir en caso de que consideren que el Estado ha incurrido en una expropiación antijurídica de inversión o en una desprotección a sus derechos:

1. Medios constitucionales: Cualquier inversionista extranjero que considere que su inversión está siendo menoscabada y es discriminado por razón de su nacionalidad, tiene la posibilidad de interponer un recurso de amparo de conformidad con el artículo 29 de la Ley de Jurisdicción Constitucional, alegando violación a los artículos 19, 33 y 45 de la Constitución Política, así como los artículos 27 y 39 del mismo cuerpo normativo.
2. Reclamo administrativo: El inversionista extranjero en Costa Rica tiene asimismo la posibilidad de interponer un reclamo administrativo ante la institución que, considera, se encuentra violando sus derechos de propiedad de conformidad con lo consignado en el artículo 190 de la Ley General de Administración Pública y el procedimiento consignado en los artículos 284 al 291 del mismo cuerpo normativo. Asimismo, existe la posibilidad de solicitar la nulidad del acto administrativo de conformidad con el artículo 175 de la Ley General de Administración Pública. Por último, en caso de tratarse de una terminación unilateral de un contrato derivado de una contratación administrativa por parte del Estado, el inversionista extranjero tiene la posibilidad de solicitar reparaciones a la institución correspondiente invocando el artículo 11 de la Ley de Contratación Administrativa y el 206 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa.
3. Agotamiento de la vía administrativa: Si bien es cierto, de conformidad con el Código Procesal Contencioso Administrativo y una reciente resolución de la Sala Constitucional a una consulta judicial de constitucionalidad, no es necesario agotar la vía administrativa con el fin

de interponer un proceso contencioso administrativo¹⁰², existe la posibilidad para el administrado de presentar una revocatoria a lo resuelto en el reclamo administrativo, así como apelación de conformidad con los artículos 342 y 343 de la Ley General de Administración Pública. En caso de tratarse de un proceso de contratación administrativa, es posible interponer los recursos de revocatoria y apelación de conformidad con los artículos 84 al 92 de la Ley de Contratación Administrativa y el 174 al 187 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa.

4. Proceso Contencioso Administrativo: Por último, el inversionista extranjero tiene la posibilidad de presentar un proceso contencioso administrativo en contra del acto que deniega la petición administrativa amparado en el Código Procesal Contencioso Administrativo, específicamente en su artículo primero.

Los ejemplos que se mencionarán más adelante sobre inversionistas extranjeros en Costa Rica que someten sus diferendos a la vía municipal o local (sección b.4 del presente Capítulo II) reflejan una tardanza de hasta 5 años únicamente en procesos previos de negociaciones o interposición de demandas, sin que ninguno de ellos haya sido finalizado aún. Este escenario no le es único a Costa Rica, es posible encontrar la misma situación con respecto a los inversionistas extranjeros replicada en la mayoría de Estados. Es por esta razón, y por el desconocimiento de la legislación municipal o local, que muchos inversionistas prefieren hacer valer sus derechos mediante arbitrajes Inversionista-Estado.

El presente Trabajo Final de Graduación se enfoca de manera prioritaria a lo resuelto en dichos arbitrajes Inversionista-Estado, ya que, además de haberse convertido en una herramienta para proteger los derechos de los inversionistas, ha sentado precedentes en el derecho internacional sobre las distintas formas de expropiación antijurídica de inversión y protección al inversionista en territorios extranjeros.

¹⁰² SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución N° 3669 de las 15:00 horas del 15 de marzo de 2006.

De esta manera, luego de analizar los antecedentes históricos y doctrinarios de la protección a la inversión extranjera, se puede entonces definir los distintos conceptos de expropiación antijurídica:

g. Las distintas formas de expropiación antijurídica de inversión en el Derecho Internacional.

Durante muchos años y a través de muchos intentos se ha intentado plasmar en un instrumento internacional una definición unívoca de expropiación antijurídica de inversión extranjera, sin embargo, todavía no se ha logrado consenso en la comunidad internacional sobre una definición única de la misma. Es posible encontrar no obstante obligaciones con respecto a la protección de la inversión extranjera en contra de una medida equivalente a expropiación o una expropiación indirecta en prácticamente todos los tratados y convenios internacionales sobre protección a la inversión extranjera.

La razón de ser de esta situación consiste en que no es posible identificar una única situación en la cual podría darse una expropiación indirecta, una medida equivalente a expropiación, una expropiación gradual o cualquier tipo de expropiación antijurídica en una relación inversionista-estado. Cada caso debe ser analizado por separado.

Algunos autores han asegurado que la aparente apatía de los Estados por definir correctamente el concepto de expropiación antijurídica puede ser explicada por el hecho de que el Estado anfitrión de la inversión extranjera puede realizar un sinnúmero de medidas que poseen un efecto similar a la expropiación (o expropiaciones indirectas).¹⁰³

Sin embargo, para efectos didácticos, se esbozarán las principales definiciones e interpretaciones de las distintas maneras en que un Estado puede expropiar la inversión de extranjeros en el Derecho Internacional. Cada una de estas figuras “son sujetas a

¹⁰³ DOLZER (Rudolf) y STEVENS (Margrete). Bilateral Investment Treaties. Estados Unidos de América, Kluwer Academic Publishers Group, 1995. p. 99.

demandas por expropiación. Esto es algo no controvertido en el derecho internacional...”¹⁰⁴

b.1. Expropiación indirecta:

Podría resumirse que la expropiación indirecta consiste en una actuación estatal que vacía de contenido el derecho de propiedad de un particular, haciendo que pierda el dominio sobre ella, sin respetar ninguna o cualquiera de las características mínimas necesarias para la configuración legal de la expropiación.¹⁰⁵ Es importante observar que en una expropiación indirecta siempre habrá una privación de la propiedad privada, aún cuando ésta no sea manifiesta de las maneras tradicionales. El elemento importante para distinguir esta figura es el cumplimiento o no de los requisitos mencionados en el Capítulo I anterior, si se ha realizado una expropiación sin respetar estos elementos, se está ante la presencia de una expropiación indirecta.

Otra definición de expropiación indirecta puede encontrarse en el caso *Lauder v. República Checa*, donde se señaló:“(La) expropiación indirecta... es una medida que no incluye una toma manifiesta (de la propiedad), pero que *efectivamente neutraliza el disfrute de la propiedad*. Es generalmente aceptado que una amplia variedad de medidas son susceptibles a convertirse en una expropiación indirecta, cada caso deber ser, por lo tanto, decidido con base a sus circunstancias (específicas).”¹⁰⁶ (resaltado no es del original)

¹⁰⁴ TRIBUNAL ARBITRAL UNCITRAL. *CME Czech Republic B.V. v. República Checa*. Final Award (2003), para. 604.

¹⁰⁵ SCHREUER (Christoph). Op. Cit. p. 1.

¹⁰⁶ TRIBUNAL ARBITRAL UNCITRAL. *Ronald S. Lauder v. República Checa*. Final Award (2001), para. 200. El original en inglés cita: “Indirect expropriation... is a measure that does not involve an overt taking, but that effectively neutralizes the enjoyment of the property. It is generally accepted that a variety of measures are susceptible to lead to indirect expropriation, in each case is therefore to be decided on the basis of its attending circumstances.”

Muchos doctrinarios coinciden a su vez en que el factor decisivo para identificar una expropiación indirecta es la pérdida sustancial de la inversión extranjera sin la debida compensación.¹⁰⁷

El problema que surge en torno a la definición de esta figura, es que ha sido normalmente confundida de manera indistinta con los otros tipos de expropiación antijurídica en el derecho internacional. Los autores, árbitros y jueces internacionales se han referido indistintamente a la expropiación indirecta como una definición genérica para todos los tipos de expropiaciones antijurídicas que generan responsabilidades para el Estado. Esto no es preciso. Un Tribunal Arbitral bajo NAFTA constituido para dirimir un asunto de esta naturaleza correctamente aclaró:

“Puede observarse que el Artículo 1110(1)¹⁰⁸ hace una diferencia entre expropiación directa o indirecta por una lado y medidas equivalentes a expropiación por el otro. Una expropiación indirecta es todavía una privación de la propiedad. En contraste, cuando se alega una medida equivalente a expropiación, puede no haber una transferencia, privación o pérdida de la propiedad por ninguna persona o entidad, sino más bien un efecto en la propiedad que hace que las distinciones formales sobre el dominio se conviertan en irrelevantes.”¹⁰⁹

En otras palabras, aún cuando el término sea confundido y utilizado para todos los tipos de expropiación antijurídica en el derecho internacional, una expropiación indirecta requiere una toma efectiva o privación de la propiedad privada sin cumplir con los elementos básicos de la expropiación explicados en el Capítulo anterior. Para que una

¹⁰⁷ BROWNLIE (Ian). Principles of Public International Law. Inglaterra, Oxford University Press, quinta edición, 1998. p. 534.

¹⁰⁸ Artículo relativo a la protección de inversión extranjera en el NAFTA, ver más detalle al respecto en el Capítulo III del Presente Trabajo Final de Graduación.

¹⁰⁹ CENTRO INTERNACIONAL PARA EL ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES. Waste Management, Inc. v. Estados Unidos Mexicanos. Caso N° ARB(AF)/00/3 (2004), para. 143.

expropiación indirecta se lleve a cabo, es necesaria la "privación de derechos fundamentales de propiedad" de una manera significativa, es decir, no efímera.¹¹⁰

La jurisprudencia nacional también se ha referido al tema de la expropiación indirecta, definiéndola como una "expropiación de hecho", debido a que la misma se realiza sin la debida compensación.¹¹¹

Como conclusión, cabe resaltar que la antijuridicidad de esta figura radica en que el procedimiento para privar al propietario de su inversión no cumple con los elementos necesarios para la configuración de una expropiación legal de inversión, creando indefensión e inequidades; normalmente este elemento faltante en la expropiación indirecta es la compensación. Esto significa que este tipo de expropiaciones son fácilmente identificables, ya que implican la pérdida efectiva de la inversión del extranjero y, sin embargo, éste no recibe una compensación debida por este hecho.

b.2. Medidas equivalentes a expropiación:

Este tipo de expropiación antijurídica es el más difícil de identificar y comprobar. Constituye, sin lugar a dudas, el mal más común que sufren los inversionistas con respecto a su propiedad en los países extranjeros. El problema que suscita este tipo de expropiación es que, a diferencia de la expropiación indirecta, no se configura a través de un proceso expropiatorio, ni de una disposición administrativa de privación de la propiedad privada; sino que la misma se compone de actos que, aunque perfectamente lícitos, vacían de contenido la propiedad del inversionista. En la mayoría de ocasiones el propietario continúa siendo el dueño registral de su propiedad y, sin embargo, no puede ejercer actos de dominio sobre ella. Es de suma importancia entonces analizar cada caso con especial cuidado.

¹¹⁰ IRÁN-US CLAIMS TRIBUNAL. Tippetts, Abbett, McCarthy, Stratton v. TAMS-AFFA. Laudo N° 141-7-2 (1984), para. 225

¹¹¹ SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución N° 166 de 16:20 horas del 18 de diciembre de 1992.

El Tribunal Arbitral del caso S.D. Myers v. Canadá, el cual se vio obligado a analizar una medida gubernamental en la cual se prohibían las exportaciones de la empresa a los Estados Unidos, hizo hincapié en esta realidad de las medidas equivalentes a expropiación al consignar: “El significado primordial de la palabra “equivalente”... requiere que el tribunal observe la sustancia de lo que ha ocurrido y no solo su forma. Un tribunal no debe ser disuadido por consideraciones técnicas... para llegar a la conclusión de que una expropiación o una conducta equivalente a expropiación han ocurrido. Debe observar cuáles son los intereses reales relacionados y el propósito y efecto de la medida gubernamental.”¹¹²

Correctamente apuntó el Tribunal Arbitral constituido bajo NAFTA sobre las medidas equivalentes a expropiación: “Aunque estas formas de expropiación no tienen una clara o inequívoca definición, es generalmente entendido que éstas se materializan a través de acciones o conductas, las cuales no expresan de manera explícita el propósito de la privación de derechos o bienes, pero que en la realidad poseen este efecto”¹¹³

Otro ejemplo puede observarse en el caso Goetz v. Burundi, en el cual el Estado de Burundi únicamente revocó el estatus de zona franca del inversionista, sin realizar ningún tipo de despojo de la propiedad privada, el Tribunal Arbitral encontró que esta revocatoria constituía una medida equivalente a expropiación por las siguientes razones: “Debido a... que la revocación por parte del Ministro de Industria y Comercio del certificado de zona franca los forzó a detener sus actividades..., lo cual despojó sus inversiones de toda utilidad y despojó a los inversionistas del demandante del beneficio que podían haber esperado de sus inversiones, la decisión en disputa puede ser considerada como una “medida que posee un efecto equivalente” a una medida privativa

¹¹² TRIBUNAL ARBITRAL AD HOC NAFTA. S.D. Myers v. Canadá. Partial Award (2000), para. 285. El original en inglés cita: “The primary meaning of the word “tantamount”... require a tribunal to look at the substance of what has occurred and not only at form. A tribunal should not be deterred by technical... considerations from reaching a conclusion that an expropriation or conduct tantamount to an expropriation has occurred. It must look at the real interests involved and the purpose and effect of the government measure.”

¹¹³ CENTRO INTERNACIONAL PARA EL ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES. Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. Estados Unidos Mexicanos. Caso N° ARB (AF)/00/2 (2004).

o restrictiva de la propiedad de conformidad con el Artículo 4 del Tratado de Inversión.”¹¹⁴

Tanto DR-CAFTA como NAFTA hacen referencia en sus artículos 10.7 y 1110.1 respectivamente sobre protección a la propiedad privada y los elementos de una expropiación a las medidas equivalentes a expropiación. El término “medidas” en este sentido ha sido ampliamente interpretado por los Tribunales Arbitrales de NAFTA, catalogándolas como actos de un Estado que poseen un efecto vinculante; esto es así aún cuando ellas no se encuentren vigentes en el momento en que el reclamo es interpuesto ante un Tribunal Arbitral¹¹⁵ o cuando consisten en decisiones de un tribunal anglosajón, las cuales, debido a su ordenamiento jurídico, se consideran “leyes” del país¹¹⁶. El DR-CAFTA llega aún más allá en su interpretación de las medidas equivalentes a expropiación; luego de la experiencia vivida con NAFTA, donde los tribunales arbitrales interpretaron y aplicaron de manera distinta los casos en los cuales pudiera estarse ante una medida equivalente a expropiación, el DR-CAFTA dedicó todo un anexo a la explicación de este tipo de expropiación antijurídica de inversión. Este anexo, su contenido y razón de ser de sus estipulaciones serán analizados con mayor profundidad en el Capítulo III.

Aunque las posibilidades de medidas equivalentes a expropiación son tan amplias como las acciones que pueda realizar un Estado, algunos ejemplos de éstas fueron enumerados en el voto razonado del árbitro Holtzman en el caso *Starrett Housing*¹¹⁷, las cuales pueden ayudar como guía para comprender la naturaleza y forma de éstas:

¹¹⁴ CENTRO INTERNACIONAL PARA EL ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES. *Goetz y Otros v. República de Burundi*. Caso N° ARB/95/3 (1999).

¹¹⁵ TRIBUNAL ARBITRAL AD HOC NAFTA. *Ethyl Corp. v. Canadá*. Award on Jurisdiction (1998).

¹¹⁶ CENTRO INTERNACIONAL PARA EL ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES. *Loewen Group, Inc. y Raymond L. Loewen v. Estados Unidos de América*. Caso N° ARB(AF)/98/3 (2001).

¹¹⁷ IRÁN-US CLAIMS TRIBUNAL. *Starrett Housing Corporation v. Irán*. Laudo N° 314-24-1 (1984). El original en inglés cita: “(i) measures which force the owner to flee the country and thus deprive it of the effective management and control of its property; (ii) measures which deny the owner access to its funds and profits; (iii) coercion and intimidation forcing the owner to sell at unfairly low prices; (iv) interference

1. Medidas que obligan al propietario a abandonar el Estado y, por lo tanto, le imposibilitan la efectiva administración y control de su propiedad;
2. Medidas que le niegan al propietario el acceso a sus fondos y ganancias;
3. Coerción o intimidación que obliga al propietario a vender su inversión a precios injustamente bajos;
4. Interferencia al acceso por parte del propietario de los suministros, instalaciones y facilidades para el desarrollo de su inversión;
5. Nombramiento de administradores o liquidadores para la empresa en la ausencia forzada del propietario.

Aún cuando la existencia de la figura “medidas equivalentes a expropiación” ha sido de gran ayuda a los inversionistas para invocar sus derechos de propiedad ante actos velados de un Estado, existen muchos autores que critican la existencia de una figura tan amplia en el derecho internacional, ya que consideran que aquí podrían incluirse todas las medidas regulatorias, las políticas de Estado y leyes que impongan límites a la propiedad privada, convirtiendo cualquier regulación de la propiedad en expropiación.¹¹⁸ Estos temores han sido confirmados a través de laudos arbitrales que, debido a un análisis poco profundo de la situación y realidad de los gobiernos actuales y las políticas económicas, toman con ligereza lo que podría ser considerado una medida equivalente a expropiación, causando en muchas ocasiones que los foros en los cuales estos laudos son otorgados pierdan legitimidad ante los ojos de la comunidad internacional.¹¹⁹

with the owner's access to needed facilities and supplies; and (v) appointment of conservators or administrators to manage the property in the enforced absence of the owner.”

¹¹⁸ CHIEN YEN (GOH). *The Sharp Edge of International Investment Agreements: Expropriation and Dispute Settlement*. Third World Network. Revista periódica electrónica, 2006: <http://209.85.215.104/search?q=cache:C4GQv2ZGDh0J:www.twinside.org.sg/title2/FTAs/Singapore%2520Issues/Investment/The%2520Sharp%2520Edge%2520of%2520International%2520Investment%2520Agreements%2520GohChienYen.doc+the+sharp+edge+yen+site:www.twinside.org.sg&hl=es&ct=clnk&cd=1>.

¹¹⁹ BURKE-WHITE (William). *The Argentine Financial Crisis: State Liability Under BITs and the Legitimacy of the ICSID System*. University of Pennsylvania Law School. Pennsylvania, Paper 202, 2008, 1-31.

La posición de la mayoría de los doctrinarios coincide en que todavía no han sido identificadas de una manera comprensiva y definitiva las medidas y regulaciones consideradas “permitidas” dentro de los poderes de regulatorios del Estado, en contraposición con las medidas equivalentes a expropiación. Tal y como Tribunales Arbitrales han mencionado anteriormente, el Derecho Internacional todavía tiene un gran trabajo por delante con el fin de trazar una línea clara e identificable entre los límites, limitaciones y regulaciones no compensables (debido a no ser expropiatorias) por un lado, y las medidas que tienen un efecto privativo de la inversión del extranjero y, por ende, expropiatoria.¹²⁰

En general, ha sido establecido en el Derecho Internacional que los Estados no son responsables ni deben pagar la compensación al inversionista extranjero cuando, en el ejercicio normal de sus poderes regulatorios de Estado, adoptan una regulación no discriminatoria, de buena fe y dirigida a servir una utilidad pública.¹²¹ El Estado solamente debería dar una adecuada compensación en caso de que el inversionista extranjero haya arribado al país debido a un compromiso expreso del Estado de no hacer valer esta regulación o límite a su propiedad.¹²²

Es importante analizar la intensidad de la regulación y su afectación sobre la inversión, ya que, en uno de los más recientes laudos arbitrales en este tema se decidió que el acto regulatorio o la actuación estatal, para que fuera considerada expropiatoria, tenía que tener un efecto suficiente como para considerarse que realizaba una privación a la propiedad privada de conformidad con lo analizado en capítulos anteriores.¹²³ El caso concreto de los límites a la propiedad privada en Costa Rica en contraposición con la

¹²⁰ TRIBUNAL ARBITRAL UNCITRAL. *Saluka Investments BV v. República Checa*. Partial Award (2006), para. 263

¹²¹ *Ibid.* para. 255.

¹²² TRIBUNAL ARBITRAL AD HOC NAFTA. *Methanex Corporation v. Estados Unidos de América*. Final Award (2005), para. 7.

¹²³ CENTRO INTERNACIONAL PARA EL ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES. *PSEG Global Inc y Konya Ilgin Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Sirketi v. República de Turquía*. Caso N° ARB/02/5 (2007), Para. 279.

expropiación antijurídica será analizado con mayor detalle en la sección c del presente capítulo.

b.3. Expropiación gradual

La expropiación gradual es una forma de expropiación antijurídica que se lleva a cabo de manera paulatina. Es fácilmente comparable con la figura anteriormente explicada sobre medidas equivalentes a expropiación, sin embargo ésta, a diferencia de la anterior, no se configura a través de una sola acción, omisión u orden que lleve a cabo la privación de la propiedad privada, sino que la misma se da paso a paso. Ninguna de estas acciones, omisiones, órdenes o medidas pueden ser calificadas como expropiatorias por sí mismas, sino que es la suma de cada una de estas acciones concatenadas las cuales llevan a la destrucción del valor de la inversión.¹²⁴

Algunos autores han descrito este tipo de expropiación como: “Actos discretos, (que) analizados por separado en vez de en el contexto de una cadena general de eventos, pueden, aunque legales o no por sí mismos, parecer inofensivos ante una potencial expropiación. Muchos de ellos pueden no ser expropiatorios por sí mismos. Solo en retrospectiva se hace evidente que esos actos forman parte de una acumulación de actos y omisiones perjudiciales que, combinados, expropian al inversionista extranjero de sus derechos de propiedad”.¹²⁵

Asimismo, la expropiación gradual ha sido explicada por Tribunales Arbitrales como aquella que se configura involucrando una serie de actos en un período de tiempo, siendo que ninguno de estos actos contiene por sí mismo la suficiente gravedad como para

¹²⁴ SCHREUER (Christoph). Op. Cit. p. 14

¹²⁵ REISMAN (Michael) y STOANE (Robert). Indirect Expropriation and its Valuation in the BIT Generation. British Yearbook of International Law. Inglaterra, N° 74, 2003, pp. 123-124.

realizar una privación a la propiedad privada pero que, sin embargo, analizados todos como un conjunto producen un efecto expropiatorio.¹²⁶

Este tipo de expropiación fue estudiado en el caso Santa Elena vs. Costa Rica, donde, aún cuando no estaba en disputa la expropiación conforme a derecho realizada por Costa Rica a la Compañía del Desarrollo de Santa Elena, el tribunal arbitral señaló:

“Es claro, (...), que una medida o una serie de medidas pueden eventualmente aún equipararse a una privación de la propiedad, a través de pasos individuales en el proceso que no equivalen formalmente una privación o a una transferencia de la propiedad.”¹²⁷

Es de suma importancia recordar que este tipo de expropiación antijurídica se compone de una serie de actos concatenados que no poseen por sí mismos la facultad de privar la propiedad privada, sino que los mismos deben analizarse en conjunto. Un ejemplo de estos tipos de actos lícitos que conllevan a la privación de la propiedad privada fue mencionado por la autora Gloria Sandrino al definir la expropiación gradual como: “...medidas por medio de las cuales el gobierno impone cada vez mayores restricciones y controles, tales como, excesivas y repetitivas regulaciones fiscales a la inversión extranjera, de manera tal que hace que sea difícil continuar el negocio debido a que ya no es rentable...”¹²⁸

Con el fin de que un inversionista pueda alegar que es víctima de una expropiación gradual, debe demostrar que su inversión existió en un momento específico y que, debido a una serie de actos atribuibles al Estado, esta inversión fue erosionada a tal punto que la

¹²⁶ CENTRO INTERNACIONAL PARA EL ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES. Telenor Mobile Communications AS v. República de Hungría. Caso N° ARB/04/15 (2006), para.63.

¹²⁷ CENTRO INTERNACIONAL PARA EL ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES. Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. v. Republica de Costa Rica. Caso N° ARB/96/1 (2000), para. 76. El original en inglés cita: “It is clear, (...), that a measure or series of measures can still eventually amount to a taking, though the individual steps in the process do not formally purport to amount to a taking or to a transfer of title.”

¹²⁸ SANDRINO (Gloria L). NAFTA Investment Chapter and Foreign Direct Investment in Mexico: A Third World Perspective. Vanderbilt Journal of Transnational Law, Tennessee, Volume 27, 1994, p. 276.

convirtió en inexistente. Es importante comprobar que el Estado, aún a través de actos lícitos, pisoteó los derechos que este inversionista poseía en el país de una manera que pueda ser violatoria del estándar internacional de protección al inversionista contra las distintas formas de expropiación antijurídica.¹²⁹

Esto trae consigo una de las mayores dificultades de la expropiación gradual, la cual es demostrar el momento efectivo en el cual se realizó la privación a la propiedad privada y, por ende, el momento a partir del cual deberá compensarse al inversionista de conformidad con el valor de mercado del bien a la fecha.

Algunos autores han comentado que “debido a su naturaleza gradual y acumulativa, las expropiaciones graduales hacen que se convierta en problemática, tal vez hasta arbitraria, la identificación de una sola interferencia (u omisión de actuar cuando era requerido) para determinar el momento de la expropiación.”¹³⁰

Esta situación fue analizada en el caso Phillips Petroleum vs. Irán, donde el Tribunal Arbitral señaló: “... en las circunstancias donde la privación se da a través de una cadena de eventos, dicha privación no puede ser necesariamente definida en el tiempo con el primer o con el último evento, más bien es cuando la interferencia haya privado al demandante de sus derechos fundamentales de propiedad y dicha privación no sea meramente efímera, o cuando dicha privación se convierta en irreversible”¹³¹

Esta interpretación del Tribunal Arbitral guarda relación con lo señalado en los Artículos sobre Responsabilidad de los Estados por Hechos Internacionalmente Ilícitos adoptados por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas el 9 de agosto de 2001 y sometidos a consideración de los Estados por la Asamblea General de las Naciones

¹²⁹ CENTRO INTERNACIONAL PARA EL ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES. Generation Ukraine Inc. v. Ucrania. Caso N° ARB/00/9 (2003), para. 20.

¹³⁰ REISMAN (Michael) y STOANE (Robert). Op. Cit. p.125.

¹³¹ IRÁN-US CLAIMS TRIBUNAL. Philips Petroleum Co. v. Irán. Laudo N° 425-39-2 (1989), paras. 100-101.

Unidas en su sesión número 56 de ese mismo año¹³², los cuales tienen gran relevancia en la determinación de responsabilidad de los Estados debido a que son considerados como una compilación de la costumbre internacional y, desde su adopción, han sido invocados en incontables ocasiones por Tribunales Arbitrales, Cortes Internacionales y doctrinarios en todo el mundo. Su artículo 15, determina la responsabilidad de un Estado al cometer una ilicitud por medio de un acto compuesto. En este artículo, se definió que el momento efectivo donde inicia la responsabilidad para un Estado en un acto compuesto es cuando dichas acciones u omisiones son suficientes para constituir un acto antijurídico, sin que necesariamente sea el último de la serie de actos.¹³³ Tal y como lo señaló el Tribunal Arbitral citado supra y los Artículos de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, el momento efectivo de la expropiación para esta figura sería entonces cuando se da la privación efectiva de la propiedad privada o inversión y, por ende, es a partir de este momento que deberá ser determinada la compensación debida.

b.4. Violación de un contrato internacional por parte del Estado.

Es claro que no toda violación a un contrato internacional por parte de un Estado puede ser considerada como equivalente a una expropiación. Entendiendo este tipo de contratos como los suscritos entre un Estado (y sus instituciones) y un inversionista extranjero. Existen únicamente ciertas circunstancias especiales que pueden llevar a asegurar que el Estado comete expropiaciones antijurídicas al incumplir un contrato. El elemento clave para discernir esta situación se encuentra en analizar cuál es la posición del Estado al realizar este incumplimiento. Cuando un Estado se aparta de su papel como parte contractual y utiliza sus poderes soberanos en forma abusiva con el fin de evadir obligaciones vitales dentro de la relación contractual, es cuando se considera que se encuentra en presencia de una expropiación antijurídica de inversión y por lo tanto, el Estado es responsable bajo el derecho internacional.¹³⁴

¹³² A.G.O.N.U. Sesión número 56. Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts. (2001)

¹³³ Idem. Comentario al párrafo 1 del artículo 15.

¹³⁴ SCHREUER (Christoph). Op. Cit p. 25.

Esta figura se basa en la premisa de que los bienes inmateriales, tales como los derechos contractuales pueden ser sujeto de expropiación y por ende, el inversionista puede ser compensado por su pérdida. La dificultad reside en distinguir entre una violación ordinaria de un contrato, la cual puede acarrear consecuencias legales y judiciales de conformidad con la ley aplicable en el contrato (en la mayoría de las ocasiones la ley nacional) por un lado, y la expropiación de derechos contractuales que acarrea consecuencias bajo el derecho internacional.¹³⁵

Un ejemplo para ilustrar esta diferencia se dio en el caso Jalapa Railroad de 1948, donde el Tribunal Arbitral decidió que el Estado de México había incurrido en una expropiación antijurídica al declarar nula una cláusula trascendental para la ejecución del contrato debido a que "... se separó de su papel como parte contractual y buscó escapar de obligaciones vitales bajo el contrato a través del ejercicio de sus poderes gubernamentales soberanos."¹³⁶ Este deberá ser el elemento clave para constatar si existe una expropiación por causa de un incumplimiento contractual del Estado: verificar si el Estado se encuentra actuando como parte contractual o si, por el contrario, se encuentra abusando de sus poderes soberanos como Estado.

Otro ejemplo en el cual un Estado fue condenado por abusar de sus poderes soberanos y dejar sin efecto una obligación ante un inversionista puede encontrarse en el caso Phillips Petroleum, en el cual, la República de Irán decidió, sin justificación suficiente, terminar un contrato de concesión con un inversionista extranjero. El Estado fue condenado a reparar los daños y a pagar una adecuada compensación ya que se determinó que éste incurrió en una expropiación antijurídica debido a la violación de un contrato.¹³⁷ El

¹³⁵ REINISCH (August). Expropriation. Artículo a ser publicado por la Asociación de Derecho Internacional en el libro: Collective Publication of the Committee on the International Law on Foreign Investment. Reino Unido, 2005, versión pre-publicada disponible en la dirección: <http://www.ila-hq.org/pdf/Foreign%20Investment/ILA%20paper%20Reinisch.pdf> p. 11.

¹³⁶ AMERICAN-MEXICAN CLAIMS COMMISSION. Jalapa Railroad and Power Co. (Estados Unidos v. México) (1948)

¹³⁷ IRÁN-US CLAIMS TRIBUNAL. Phillips Petroleum Co. v. Irán. Laudo N° 425-39-2 (1989).

argumento principal, al igual que en el caso de Jalapa Railroad, se centró en el cambio de rol del Estado al realizar esta acción, el cual pasó de ser parte en un contrato a utilizar sus poderes soberanos para incumplir el mismo.

Los Lineamientos para el Tratamiento a la Inversión Extranjera Directa¹³⁸ del Banco Mundial, hacen mención a esta figura en su Art. IV (11), ya que lo que se desea es evitar el abuso de las potestades soberanas de los Estados. La razón de ser de esta disposición y la importancia de su adecuada aplicación radica en que los contratos poseen por sí mismos los mecanismos para terminar la relación contractual, los cuales fueron previamente acordados por las partes. Cuando un Estado obvia esta realidad y abusa de sus facultades soberanas para no ser sujeto de la responsabilidad que le correspondería bajo el contrato, es cuando el mismo incurre en responsabilidad en el Derecho Internacional.¹³⁹

Los Tribunales Arbitrales internacionales han sido muy cuidadosos al aplicar esta figura, ya que no se desea que el inversionista abuse de la misma y alegue (como lo ha hecho reiteradamente) que cualquier violación a un contrato internacional conlleva a una expropiación, y por ende a una compensación en este respecto. En cada contrato existen remedios por medio de los cuales un inversionista puede ver satisfechas sus demandas. Los Tribunales Arbitrales han insistido en señalar la importancia de analizar el rol que se encuentra ejerciendo el Estado al incumplir un contrato y en establecer que, cuando se trate de un simple incumplimiento contractual, se utilicen los remedios estipulados en cada contrato.¹⁴⁰

¹³⁸ Lineamientos para el Tratamiento a la Inversión Extranjera Directa del Banco Mundial (1992) <http://www.ita.law.uvic.ca/documents/WorldBank.pdf> (Consulta: 02 de julio de 2008).

¹³⁹ NYER (Damien). International Remedies for Breach of State Contract: Debunking the Myth of Concurrency. Montreal, Canadá, Tesis para optar por el título de Master en Derecho, Universidad McGill, 2006. p. 23.

¹⁴⁰ CENTRO INTERNACIONAL PARA EL ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES. SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. República de Filipinas. Caso N° ARB/02/6 (2004).

Al respecto, cabe mencionar lo señalado por el Tribunal Arbitral bajo NAFTA para el caso de *Waste Management*, donde se resolvió con esta misma prudencia y, al opinar sobre las violaciones a contratos internacionales que conllevan a expropiación aclaró: “El simple no cumplimiento de una obligación contractual (por parte del Estado) no puede ser equiparada con una privación de la propiedad ni – a menos que viniese acompañada por otros elementos – como una medida equivalente a expropiación.”¹⁴¹

Esta figura está reservada para acciones mucho más agresivas de abuso de autoridad estatal. A manera de ejemplo, es posible mencionar las situaciones que se han dado en Latinoamérica desde hace unos años ya, y de las cuales todos hemos sido testigos, las cuales se adecuan perfectamente a una expropiación por violación a un contrato internacional:

1. El 1 de mayo de 2006 el presidente de Bolivia, Evo Morales, envió sus soldados alrededor de todo el país a aproximadamente cincuenta y seis empresas privadas que comercializaban petróleo y gas natural en ese momento, amenazando a estas empresas con que, si no renegociaban sus contratos con el Estado y entregaban todo el control de la cadena de producción al Estado, sus empresas serían desahuciadas y el Estado tomaría el control de las mismas por la fuerza.¹⁴²
2. En marzo de ese mismo año, el Congreso Nacional Ecuatoriano realizó una reforma a sus leyes con el fin de autorizar al gobierno para modificar unilateralmente los contratos ya suscritos con empresas privadas que comercializaran petróleo y sus derivados. Estas reformas unilaterales de los contratos, le darían al gobierno una mayor proporción de dividendos sobre las ganancias ya que, en vez de contemplar una repartición de los ingresos por la venta de petróleo por partes iguales con las compañías, decretó una nueva

¹⁴¹ CENTRO INTERNACIONAL PARA EL ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES. *Waste Management, Inc. v. Estados Unidos Mexicanos*. Caso N° ARB(AF)/00/3 (2004). Para. 174.

¹⁴² Ver al respecto, entre otras noticias y publicaciones: PRADA (Paulo). *Bolivian Nationalizes the Oil and Gas Sector*. Periódico New York Times. Nueva York, publicación del día 2 de mayo de 2006, p. A9.

repartición de esas ganancias extras, del 99% para el Estado y el 1% para las empresas.¹⁴³

3. Asimismo, cabe mencionar la larga disputa entre Exxon Mobile y Venezuela, la cual continúa hasta el día de hoy, en la cual el gobierno de Venezuela terminó los contratos individuales que mantenía con las petroleras en el país con el fin de crear una fusión que favoreciera, de manera unilateral, solo a Venezuela. La compañía Exxon Mobile ha buscado compensación alegando expropiación desde el año 2007.¹⁴⁴

Como se observa con estos ejemplos, en todas las situaciones el Estado abusa de sus poderes soberanos con el fin de incumplir obligaciones contractuales asumidas previamente; elemento esencial para la configuración de la expropiación antijurídica por violación a un contrato internacional.

En el caso de Costa Rica, el país ha sido protagonista de varias situaciones que podrían enmarcarse en esta categoría y que, a la fecha, se encuentran en disputa. Ente ellas se encuentran:

1. La terminación del contrato de concesión para la exploración y explotación de hidrocarburos en la zona de Limón por parte del Estado a la empresa estadounidense Harken Costa Rica Holdings LLC en el año 2005. La resolución unilateral del contrato por parte del Estado ha sido ampliamente cuestionado por la empresa inversionista, alegando que la oposición de la población, la Sala Constitucional y SETENA a la exploración y explotación de hidrocarburos, llevó al Estado de Costa Rica a terminar el contrato por vías irregulares, abusando de

¹⁴³ Ver al respecto, entre otras noticias y publicaciones: BRADLEY (Theresa). Oil companies struggle to react to Ecuador's decree slashing profits. Periódico Associated Press. Quito, Ecuador, publicación del día 8 de octubre de 2007.

¹⁴⁴ Ver al respecto, entre otras noticias y publicaciones: KRAUL (Chris). Exxon scores win against Venezuelan oil company. Periódico Los Angeles Times. Los Ángeles, publicación del día 8 de febrero de 2008.

sus poderes como soberano.¹⁴⁵ La empresa inversionista decidió impugnar lo que alegan una violación del contrato internacional por parte de Costa Rica mediante la vía interna (proceso ordinario contencioso administrativo) en contraposición a un arbitraje, el proceso continúa a la fecha pendiente de resolución.

2. La terminación unilateral de la adjudicación de la concesión para construir y administrar una cárcel en Pococí, Limón, valorada en casi setenta y tres millones de dólares, a la empresa estadounidense Management & Training Corporation (MTC). Luego de adjudicada la concesión a la inversionista MTC en el año 2002, la Defensoría de los Habitantes, la Sala Constitucional y la Administración del entonces presidente Abel Pacheco realizaron una serie de cuestionamientos a la construcción del centro penitenciario, los cuales derivaron en que el Estado decidiera de manera unilateral no continuar con el proceso.¹⁴⁶ La inversionista extranjera ha mantenido negociaciones con el Estado por más de cuatro años, solicitando su compensación por la terminación unilateral de la adjudicación. Hasta la fecha no se ha logrado un acuerdo, la inversionista extranjera ha manifestado que no se descarta un arbitraje en contra del Estado.¹⁴⁷

h. Análisis para Costa Rica: La expropiación antijurídica de inversión en contraposición con los límites de interés social a la propiedad privada.

c.1. De los límites y limitaciones a la propiedad privada en general.

Debido al uso indistinto que la legislación, la Constitución Política y vasta jurisprudencia le han brindado a los límites y a las limitaciones, cabe realizar un breve análisis sobre que se considera un límite y que es realmente una limitación de la propiedad privada.

¹⁴⁵ TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y CIVIL DE HACIENDA, SECCIÓN II. Proceso pendiente con expediente número 05-000323-163-CA.

¹⁴⁶ Ver al respecto, entre otras noticias y publicaciones: VIZCAÍNO (Irene). Persiste disputa por fallida concesión de cárcel en Pococí. Periódico La Nación. San José, Costa Rica, publicación del día 24 de enero de 2009.

¹⁴⁷ Ibid.

Los límites a la propiedad privada son considerados como: “las fronteras, el punto normal hasta donde llega el poder del dueño, o sea, el régimen ordinario de restricciones a que está sometido tal poder.”¹⁴⁸

Por otro lado, las limitaciones a la propiedad privada pueden ser definidas como: “aquellas restricciones, que proviniendo de muchas causas, reducen en casos particulares, el poder que normalmente – incluido los límites - tiene el titular de la cosa, y por ello implican necesariamente un acto especial de constitución, además de que deben ser probados...”¹⁴⁹

De esta manera, los límites son iguales sin distinción para todos los propietarios de cualquiera de los atributos del dominio, no requieren un acto de creación especial ni de inscripción registral y señalan el punto hasta el cual llegará el poder del propietario.¹⁵⁰

Interesa especialmente estudiar en la presente sección los distintos límites a la propiedad privada, especialmente los consignados en el segundo párrafo del artículo 45 de la Constitución Política ya que, aún cuando los mismos hayan sido descritos como “limitaciones”, corresponden a verdaderos límites a la propiedad. Estos límites al disfrute del dominio poseen características y requerimientos específicos, con el fin de no vaciar de contenido la propiedad y conllevar a una verdadera expropiación antijurídica, sino más bien satisfacer la utilidad social que buscan.

Con el fin de comprender de una mejor manera este término, cabe recordar que los límites son aquellos que disminuyen las facultades o atributos dentro del concepto de libertad de la propiedad pero sin desmembrarlo; siendo éste una disposición legal con el

¹⁴⁸ ALBALADEJO (Manuel). Derecho Civil III. Derecho de Bienes. Parte General y Derecho de Propiedad. Volumen I, octava edición, Barcelona, 1994. p. 45.

¹⁴⁹ GUERRERO PORTILLA (Ricardo). La Servidumbre de Paso. San José, Editorial Alma Mater, 1986. p. 63.

¹⁵⁰ ARIAS (Fabio). Límites y Limitaciones a la Propiedad Inmobiliaria. Revista Iystitia. San José, N° 97, año 9, 1995, p.11.

fin de determinar cuál es el punto normal donde llega el poder del dueño.¹⁵¹ Por el otro lado, una limitación es una restricción específica, de carácter público o privado, que impide o reduce el goce o disfrute de una propiedad determinada, siendo así que requieren de inscripción registral y, en algunos casos, hasta compensación.¹⁵² El Código Civil costarricense refleja este requisito de publicidad registral al indicar: “Salvo en los casos exceptuados por ley, cualquier limitación de la propiedad sobre inmuebles, debe también, para perjudicar a tercero (sic), estar inscrita en el Registro de la Propiedad.”¹⁵³

Las limitaciones son consideradas derechos reales sobre propiedad ajena, tal como las servidumbres, y son fundadas en relaciones de vecindad. Éstas se encuentran reguladas en el Código Civil y nacen a raíz de una convención contractual o por imposición administrativa, tal como sería el caso de las servidumbres administrativas.¹⁵⁴

Los límites de ley imponen restricciones al dominio del propietario estableciendo para éste la imposibilidad de disponer de ciertas maneras el bien objeto de la tal límite, sin embargo, con esta restricción no se deben perder los demás atributos del dominio, ya que esto equivaldría a una verdadera expropiación¹⁵⁵, tema que será debidamente discutido más adelante.

Únicamente los límites de interés social regulados por la Constitución Política son las que interesan para efecto del presente estudio, ya que las limitaciones son específicas, y en muchas ocasiones requieren necesariamente la autorización del propietario para limitar su poder sobre la propiedad. Interesa estudiar especialmente los límites consagrados en el artículo 45 constitucional (aún cuando erróneamente se les llaman “limitaciones”) ya que

¹⁵¹ ALBALADEJO (Manuel). Derecho Civil III, Derecho de Bienes. Parte General y Derecho de Propiedad. Volumen I, octava edición, Barcelona, 1994. p. 257.

¹⁵² GUERRERO PORTILLA (Ricardo). La Servidumbre de Paso. San José, Editorial Alma Mater, 1986. p. 63.

¹⁵³ Código Civil de la República de Costa Rica (Ley 63, del 28 de setiembre de 1887). Art. 268.

¹⁵⁴ PAPAÑO (Ricardo José) et al. Derechos Reales. Tomo I, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1995, p. 239.

¹⁵⁵ ARIAS (Fabio). Op. Cit. p. 77

éstas crean restricciones al disfrute de la propiedad sin mediar el consentimiento del propietario y de una manera general. Éstos deben cumplir determinadas características con el fin de apegarse a derecho, las cuales se analizarán con más detalle en la sección c.3, y han sido concebidas con el fin de que el Estado satisfaga una utilidad de la comunidad y así, cumplir con la cada vez menos popular doctrina de la función social de la propiedad. Algunos ejemplos de límites de interés social son las restricciones en aras de conservar el ambiente, las relativas a urbanismo, los límites en interés del patrimonio histórico-arqueológico, entre otros.

c.2. Doctrina de la Función social de la propiedad privada.

La mayoría de los autores coinciden en que la Doctrina de la Función Social de la propiedad se encuentra hoy, ya superada, siendo que la propiedad es considerada de una manera mucho más amplia, tal y como se analizó en el Capítulo primero anterior. Sin embargo, es importante explicar, aunque sea a grandes rasgos esta doctrina y sus fundamentos, ya que de ella es de donde se ha derivado la razón de ser y los principios detrás de los límites de interés social.

Asimismo, este estudio toma especial importancia debido a que, aún cuando hoy, una gran parte de estudiosos, profesores y doctrinarios propugnan una nueva concepción del derecho de propiedad, se pueden encontrar gran cantidad de sentencias de las altas Salas de nuestro país, donde los magistrados siguen tratando a la propiedad, especialmente en temas agrarios, como sujeta a una función social.¹⁵⁶

La Teoría de la Función social de la propiedad tuvo su auge en el siglo anterior, siendo que tomó mayor fuerza a partir del final de la Segunda Guerra Mundial y continuó

¹⁵⁶ Ver a manera de ejemplo: SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución N° 1806 de las 14:55 del 15 de febrero de 2006. En dicha sentencia los magistrados se refieren a que las limitaciones impuestas por el Instituto de Desarrollo Agrario reconocen a la propiedad con “un destino específico –función social–”.

prevaleciendo hasta aproximadamente finales de la década de los 80.¹⁵⁷ Ella es reconocida como un rompimiento de la concepción tradicional del derecho absoluto e irrestricto de propiedad, con el fin de dar paso a una visión más solidaria y de carácter social de este derecho. Se considera que esta teoría nace como respuesta al cambio de paradigma entre la completa inviolabilidad de la propiedad, la cual era vista como parte de la libertad humana y predominantemente individual, hacia una concepción en la cual no era posible concebir propiedad sin sociedad¹⁵⁸.

Este cambio de perspectiva tiene sus raíces en el pensamiento iusnaturalista de la Iglesia Católica de finales del siglo XIX y en el siglo XX, la cual intentó conciliar las dos posturas anteriores por medio de su *Rerum Novarum*, el *Quadragesimo Anno* y la *Mater et Magistra*.¹⁵⁹ Los principios fundamentales esbozados en dichas encíclicas le otorgaban a la propiedad privada una función social natural, la cual hacía necesaria su repartición equitativa y disfrute por toda la sociedad. La encíclica *Rerum Novarum* del Papa León XIII de finales del siglo XIX catalogó a la propiedad como portadora de una natural e intrínseca función social, conllevando que quien disfrutaba de tal derecho debía necesariamente ejercerlo para beneficio propio y utilidad de los demás. Esta doctrina fue continuada y desarrollada cuarenta años después por el Papa Pío XII en su encíclica *Quadragesimo Anno*, donde reiteró el origen natural del derecho de propiedad privada, analizando y aclarando además, el fundamento de su función social.¹⁶⁰ Por último, la carta encíclica del Papa Juan XXIII *Mater et Magistra* del año 1961 reafirmó el carácter natural del derecho de propiedad y lo dicho por el Papa León XIII, dictando que la función social de la propiedad aseguraba los derechos de la persona humana y, al mismo

¹⁵⁷ ALVARADO QUESADA (Marco Vinicio). (2007) Ponencia: Distintas etapas de la concepción de la propiedad en la época moderna. Profesor universitario especialista en Derechos Reales. 15 de mayo de 2007.

¹⁵⁸ ROJINA VILLEGAS (Rafael). Compendio de Derecho Civil II, Bienes, Derechos Reales y Sucesiones. México D.F., Editorial Porrúa, S.A., novena edición, 1977. p. 83.

¹⁵⁹ DE LOS MOZOS (José Luis). Teoría General de la Propiedad. La Propiedad: Ensayos. San José, Editorial Juricentro, 1983, p. 27.

¹⁶⁰ Enseñanzas de la encíclica *Rerum Novarum* y su desarrollo posterior en el magisterio de Pío XI y Pío XII. Página oficial de la Arquidiócesis de México: http://www.vicariadepastoral.org.mx/3_magisterio_pontificio/mater_et_magistra/mater_02.htm (Consulta: 17 de septiembre de 2008).

tiempo, prestaba su necesaria colaboración para asegurar el orden de la sociedad con el fin de extender la propiedad privada a todas las clases sociales.¹⁶¹

Se considera que esta doctrina es una respuesta al juego dialéctico entre la sociedad capitalista y el socialismo; ya que este último niega la propiedad privada, entendiendo que éste no es un derecho sino una función. Por otro lado, las concepciones modernas ayudaron a esta teoría ya que si bien es cierto, la propiedad se ve como un bien individual, no deja de reconocer la necesidad de socialización, de modo que la propiedad se instrumenta con su función social.¹⁶²

Para algunos autores, la función social de la propiedad se divide en interna y externa. En el primer caso, la función social interna puede explicarse como “el ejercicio social del derecho, es decir, en buscar con su ejercicio el máximo provecho particular, personal, y por esa vía contribuir con el beneficio de la colectividad”¹⁶³. Mientras que, la función social externa consiste en “ejercer el derecho de manera que no perjudique a terceros y soportar la armonización con los derechos de los demás”¹⁶⁴. Esto significa que, para los seguidores de esta teoría, es necesario conciliar el ejercicio del derecho de propiedad con el derecho de terceros, al punto de limitar su goce con el fin de beneficiar a otros.

Debido a que esta doctrina nace a mediados del siglo XX, el actual Código Civil no hace mención alguna a este tipo de función de la propiedad; el mismo se fundamenta en una concepción clásica de la propiedad, para el cual ésta es un derecho fundamentalísimo, basada en dos principios, el de inviolabilidad y la imposibilidad de privarse de ella a

¹⁶¹ Carta Encíclica Mater et Magistra. Papa Juan XXIII (1961): <http://rsta.pucmm.edu.do/biblioteca/enciclica/propiedad.htm> (Consulta: 17 de septiembre de 2008).

¹⁶² DE LOS MOZOS (José Luis). Op. Cit. p. 31.

¹⁶³ NAVARRO FALLAS (Román). Derecho Constitucional de propiedad privada. *Revista Ivstitia*. San José, N° 171-172, año 15, 2001, p. 25.

¹⁶⁴ Ídem. p. 26.

ningún particular si previamente no mediaba indemnización.¹⁶⁵ Sin embargo, al redactarse la versión actual de la Constitución Política de Costa Rica, aún cuando no se consignó expresamente la función social de la propiedad, sí se incorporó, aunque de manera excepcional, el tratamiento a la propiedad como sujeta a una función de interés social, siendo por esto que se estipula en su artículo 45 la posibilidad de limitar la propiedad con el fin de cumplir una utilidad para la sociedad.

c.3. Los límites de interés social a la propiedad privada en Costa Rica.

El artículo 45 de la Constitución Política de Costa Rica establece, en su párrafo segundo que “Por motivos de necesidad pública podrá la Asamblea Legislativa, mediante el voto de los dos tercios de la totalidad de sus miembros, imponer a la propiedad limitaciones de interés social.”¹⁶⁶

Es importante tener en consideración que dichas “limitaciones” son en realidad “límites” a la propiedad, tal y como fue explicado en la sección c.1 anterior; sin embargo, debido a la manera en que fueron consignadas en la Constitución Política, toda la jurisprudencia y la mayoría de información relativa a esta disposición constitucional se refieren a estos límites como “limitaciones”.

Esto implica que, aún cuando nuestra Constitución Política protege la propiedad privada y habla de la inviolabilidad de la misma, sí contempla ciertos supuestos en los cuales la propiedad puede ser limitada con el fin de satisfacer el interés social sin necesidad de que el propietario sea indemnizado. Es justamente a través de estos límites que el Estado garantiza a sus administrados una adecuada distribución de los intereses de la

¹⁶⁵ MARÍN QUIRÓS (José Luis). Límites y limitaciones a la propiedad privada, según jurisprudencia de las Salas Primera y Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de los años 1990 a 1998. San José, Tesis para optar por el título de Licenciado en Derecho, Universidad de Costa Rica, 1999.p. 52.

¹⁶⁶Constitución Política de la República de Costa Rica (ocho de noviembre de 1949).

colectividad en cuanto al goce del derecho de la propiedad y asegura el ejercicio racional del mismo para toda la sociedad.¹⁶⁷

Es importante observar que el artículo constitucional establece una serie de requerimientos para su configuración conforme a derecho, la razón de ser de estos requisitos se deriva en que los límites a la propiedad son excepcionales, siendo la norma el libre goce, disfrute y disposición de la propiedad. Asimismo, debido a que los mismos no son indemnizables, se le obliga al propietario a soportar una carga en su propiedad que no recibe compensación económica alguna; es por esta razón que su configuración requiere ciertas condiciones y características con el fin de ser consideradas conforme a derecho.

La Sala Constitucional se ha referido a este tema señalando que: “Las limitaciones (sic) a la propiedad están sustentadas en el principio de solidaridad, de manera que tienen por objeto principal el uso racional de la propiedad para beneficiar a la sociedad en general, motivo por el que están ordenadas a los siguientes principios: deben estar llamadas a satisfacer un interés público imperativo; debe escogerse entre varias opciones aquella que restrinja en menor medida el derecho protegido; la restricción debe ser proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrictamente al logro del objetivo; y la restricción debe ser imperiosa socialmente y por ende excepcional. Constituyen ejemplos de estas limitaciones las establecidas como reglas generales en el Código Civil, respecto de la propiedad urbana, las incorporadas en la legislación de salud por motivos de seguridad y salubridad, las regulaciones de protección de los bosques y las bellezas naturales, y por supuesto, las pertinentes a la protección del patrimonio cultural, entre las que se incluye el patrimonio arqueológico y el histórico-arquitectónico.”¹⁶⁸

Los límites a la propiedad privada de conformidad con el artículo 45 constitucional deben recaer sobre un derecho general de la propiedad, no hacer imposible el uso de la cosa y

¹⁶⁷ MARÍN QUIRÓS (José Luis). Op. Cit. p. 63.

¹⁶⁸ SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución N° 3656 de las 14:43 del 7 de mayo de 2003.

cumplir con las características descritas anteriormente por la Sala Constitucional. Es el cumplimiento fiel de todos estos requisitos los que pueden llevar a asegurar que no se está ante la presencia de medidas equivalentes a expropiación, sino tan solo frente un límite legal de la propiedad que realiza el Estado en razón del interés social. En tanto estas regulaciones permitan la explotación económica del bien, es decir, no hagan nugatorio el derecho de propiedad, no deben ser compensadas.¹⁶⁹

Sin embargo, cuando dichas regulaciones no sean realizadas de conformidad con estos elementos, o si las mismas impiden el ejercicio normal, razonable y económicamente rentable de la propiedad, o la pérdida de alguno de aquellos atributos esenciales, estos límites se convierten en expropiatorios y por ende indemnizables.¹⁷⁰

De esta manera, es importante analizar cada uno de los elementos que configuran los límites a la propiedad de conformidad con el numeral 45 de la Constitución Política con el fin de verificar su apego conforme a derecho.

c.3.1. Origen legislativo.

Según el mismo artículo 45 de la Constitución Política, la propiedad privada únicamente puede ser limitada si existe una disposición legislativa aprobada por dos tercios de la totalidad de los votos, esto significa que estos límites únicamente pueden ser impuestos mediante reserva de ley.

Este requisito había sido consignado anteriormente en el Código Civil de 1887 al citar: “La propiedad privada sobre inmuebles está sujeta a ciertas cargas u obligaciones que la ley le impone en favor de los predios vecinos, o por motivo de pública utilidad.”¹⁷¹ Sin embargo, fue la Constitución Política de 1949 la que impuso la necesidad de que los

¹⁶⁹ SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución N° 11543 de las 15:11 del 9 de agosto de 2006.

¹⁷⁰ HERNANDEZ VALLE (Rubén). El derecho de la Constitución. Volumen II, San José, Editorial Juricentro, primera edición, 1994.

¹⁷¹ Código Civil de la República de Costa Rica (Ley 63, del 28 de setiembre de 1887). Art. 383.

límites de esta reserva de ley fuesen realizados por medio de una mayoría legislativa calificada, ya que la misma imponía restricciones al uso y goce de la propiedad privada “inviolable”.

La Sala Constitucional se refirió a este aspecto de la disposición constitucional, cuando mencionó que: “(...) las limitaciones de interés social, (...) son de origen legislativo y de máxima importancia institucional, al requerir para su imposición la aprobación legislativa con mayoría reforzada.”¹⁷²

Sobre esta reserva de ley se ha indicado que la misma es esencial al concepto de límite como tal “por entenderse que la propiedad debe protegerse contra regulaciones dictadas casuísticamente, sin el consentimiento del pueblo, expresado para todos en la ley.”¹⁷³ Esta necesidad de que los mismos sean creados mediante reserva de ley calificada implica “una prohibición constitucional en contra de la Administración Pública de regular estas materias por vía reglamentaria o, menos aún, por medio de órdenes o instrucciones administrativas.”¹⁷⁴ Esto quiere decir que, cuando la Administración viola este principio y crea límites a una propiedad privada mediante un acto administrativo o mediante una ley que no ha sido aprobada por dos terceras partes del plenario legislativo, no se les puede considerar a estos límites como legítimos de conformidad con el artículo 45 constitucional y, por ende, pueden ser alegadas como expropiatorias.

Cabe resaltar que esta mayoría legislativa deberá cumplirse en todas las leyes que versen sobre límites a la propiedad. El acto específico en donde se crea el límite a la propiedad no requiere de un requisito similar ya que, conforme se explicó anteriormente en la sección c.1 anterior, al contrario de las limitaciones a la propiedad privada, los límites son

¹⁷² SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución N° 4205 de las 14:33 del 20 de agosto de 1996.

¹⁷³ ORTIZ ORTIZ (Eduardo). Limitaciones expropiatorias y limitaciones de interés social. Revista Judicial. San José, N° 32, 1985, p. 23.

¹⁷⁴ ORTIZ ORTIZ (Eduardo). Expropiación, limitación de interés social y sacrificio indemnizable de la propiedad privada. La Propiedad: Ensayos. San José, Editorial Juricentro, 1983, p.387.

generales y se aplican mediante una ley a generalidad o a toda la población, no a propiedades o propietarios específicos.

La Sala Constitucional ha declarado en varias ocasiones inconstitucionales diversas leyes tan solo por el hecho de que las mismas imponían límites a la propiedad privada sin cumplir con este requisito de la votación legislativa calificada exigida para la aprobación de los mismos. Algunos ejemplos de leyes declaradas inconstitucionales debido al no cumplimiento de este requisito son la Ley de Inquilinato número 7101 del 06 de octubre de 1988¹⁷⁵ y la Ley Forestal número 7032 del 02 de mayo de 1986¹⁷⁶.

Es posible mencionar, a manera de ilustración, las siguientes leyes que imponen límites a la propiedad en razón de una utilidad pública: Ley de Planificación Urbana número 4240 del 15 de noviembre de 1968, Ley de Tierras y Colonización número 2825 del 14 de octubre de 1961, Ley de Zona Marítimo Terrestre número 6043 del 02 de marzo de 1977, Ley Orgánica del Ambiente número 7554 del 18 de setiembre de 1995, Ley de Patrimonio Histórico y Arqueológico de Costa Rica número 7555 del 20 de octubre de 1995, entre otras.

c.3.2. Utilidad social del límite.

Un segundo requisito que deben contener estas regulaciones de conformidad con nuestra Constitución Política es que su limitación al uso “irrestringido” de la propiedad debe basarse en la necesidad de satisfacer un interés social, adecuándose de esta manera al cumplimiento a la doctrina de la función social de la propiedad.

La Corte Plena se refirió a este requerimiento cuando, al realizar un análisis del concepto de utilidad social en el artículo 45 constitucional, lo consideró como una derivación del concepto de la propiedad en su función social y por lo tanto, como un concepto que se

¹⁷⁵ SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución N° 479 de las 16:00 del 11 de mayo de 1990.

¹⁷⁶ SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución N° 546 de las 14:30 del 22 de mayo de 1990.

“identifica con los problemas de las clases sociales, acentuadamente las de menores recursos, y con las medidas que deben adoptarse para mejorar las condiciones económicas de esas clases y lograr que la convivencia humana se oriente hacia la consecución del bien común y de la justicia social”.¹⁷⁷

Ahora bien, este fin público que cumple la propiedad ha sido señalado anteriormente como “externo” a la propiedad, esto quiere decir que la propiedad en su esencia está llamada a ser utilizada y gozada por su propietario primordialmente y, únicamente de manera subsidiaria, la misma deberá ser limitada por causa de una utilidad social.¹⁷⁸

Algunos autores han definido el concepto de interés público o utilidad pública como “un conjunto de intereses individuales compartidos y coincidentes”¹⁷⁹, reforzando de esta manera la creencia en que la utilidad social que cumple la propiedad al ser limitada según el 45 constitucional favorece a todos por igual, tanto a la comunidad como al propietario que debe cargar con tal regulación.¹⁸⁰

Asimismo, la razón de ser de este elemento y de los límites por causa de un interés social en general no es (en esencia) la privación de los propietarios de su derecho y una obligación a cierta conducta en aras de beneficiar una colectividad sino que la misma busca brindarle de esta manera “una “utilidad” de la cosa o la cosa misma.”¹⁸¹

Existen autores que han señalado que la importancia de que la propiedad esté sujeta a una utilidad social deriva en el cumplimiento de la esencia misma de la doctrina de la función social de la propiedad, ya que esta corriente de pensamiento considera que las limitaciones a la propiedad han sido “concebidas para que el derecho de propiedad

¹⁷⁷ CORTE PLENA. Sesión Extraordinaria del 16 de junio de 1983.

¹⁷⁸ ORTIZ ORTIZ (Eduardo). Limitaciones expropiatorias y limitaciones de interés social. Op. Cit. p. 22.

¹⁷⁹ NAVARRO FALLAS (Román). Op. Cit. p.27

¹⁸⁰ Ídem, p 29.

¹⁸¹ GIANNINI (Massino Severo). Diritto Amministrativo. Tomo 2, Milano, editorial Giuffrè, tercera edición, 1993.

individual armonice con los requerimientos del interés público o general, evitando así, que el mantenimiento de aquel derecho se convierta en una traba para la satisfacción de los intereses del grupo social.»¹⁸²

c.4. Los límites de interés social a la propiedad privada en Costa Rica en contraposición con las medidas equivalentes a expropiación:

Tal y como fue analizado en la sección b.2 anterior, existe actualmente una gran discusión en la comunidad internacional en torno a cuál debería ser la línea divisoria entre los límites y limitaciones a la propiedad privada conforme a derecho, las cuales son necesarias para que un Estado logre la adecuada repartición de su riqueza y el manejo apropiado de sus recursos estatales, en contraposición con aquellas medidas equivalentes a expropiación que deben ser indemnizadas y acarrear responsabilidad internacional para el Estado.

Sin embargo, cabe recordar a su vez que sí existe un acuerdo por parte de un importante sector de la comunidad internacional en que una medida es considerada como expropiatoria en el momento en que interfiere con el uso efectivo de la propiedad y posee en sí misma el efecto de despojar al propietario individualizado (ya sea en todo o en parte) del uso económico actual o razonablemente esperado de la propiedad, aún cuando esto no implique necesariamente el despojo del título de la propiedad.¹⁸³

Costa Rica no ha sido ajena a este debate y ha tomado parte en esta discusión de manera activa, especialmente debido a que la aplicación de las llamadas “limitaciones” a la propiedad privada han sido en considerables ocasiones acusadas de ser expropiaciones solapadas que no cumplen el requisito de la debida compensación. Teniendo lo anterior en consideración, es posible analizar si los límites de interés social según el artículo 45 de

¹⁸² NOVOA MONREAL (Eduardo). El derecho de la propiedad privada. Bogotá, Editorial Temis, 1979. p. 53

¹⁸³ CENTRO INTERNACIONAL PARA EL ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES. Metalclad Corporation v. Estados Unidos Mexicanos. Caso No. ARB(AF)/97/1 (2001).

la Constitución Política de Costa Rica pueden o no ser considerados como medidas equivalentes a expropiación:

c.4.1. Afectación del uso efectivo de la propiedad.

El primero punto a considerar es si los límites a la propiedad privada según el artículo 45 constitucional afectan o no el uso efectivo de la propiedad (ya sea en todo o en parte).

Desde el año 1983, la Corte Plena ya había identificado la diferencia entre medidas equivalentes a expropiación y las “limitaciones” a la propiedad privada justamente basadas en este criterio de efectiva afectación o desmembración de la propiedad:

“Las limitaciones – o límites – que es posible imponer a la propiedad... son las de “interés social” que autoriza el párrafo segundo del artículo 45 de la Constitución y que están dirigidas a proteger intereses de ese género, en beneficio de la sociedad entera o de algunas de sus comunidades: es decir “limitaciones” como las llama el artículo 45, pero no despojo de la propiedad ni privación de un atributo primario del dominio, porque impedir el goce de los bienes equivale, al menos en este caso, a una forma de expropiación sin el requisito de previa indemnización que ordena la Carta Política”.¹⁸⁴

La Sala Constitucional por tanto mantuvo este criterio en sus posteriores estudios sobre el tema y, aún para referirse a los atributos de la propiedad privada ha sostenido que la misma es: “... el derecho de poseer exclusivamente una cosa y gozar de ella, sin más limitaciones que las establecidas por ley y el propietario, y conceptualizándose como facultades de uso, goce y disfrute del bien, por lo que toda limitación que traspase el límite del contenido normal significa expropiación.”¹⁸⁵

¹⁸⁴ CORTE PLENA. Sesión Extraordinaria del 16 de junio de 1983.

¹⁸⁵ SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución N° 3617 de las 15:45 del diecinueve de julio de 1994.

Ha sido la misma Sala Constitucional la que ha llegado a la conclusión de que las “limitaciones” por sí mismas no deberían afectar el uso efectivo de la propiedad, en caso contrario, las mismas deberían ser indemnizadas ya que se estaría ante la presencia de una medida equivalente a expropiación: “Como queda dicho, en principio, por sí mismas y por definición, las limitaciones de interés social impuestas a la propiedad no son indemnizables, por no implicar expropiación, es decir, cuando la propiedad no sufre desmembraciones que hagan desaparecer el derecho.”¹⁸⁶

En la mayoría de ocasiones, el análisis de la efectiva afectación de la propiedad se iniciaba debido a denuncias de regulaciones expropiatorias disfrazadas de límites a la propiedad por causa de interés social (en muchas ocasiones para evitarse el pago de la indemnización debida); en estos casos, la Sala Constitucional realizaba una clara división en cuanto a las dos, siendo que las medidas equivalentes a expropiación no conforme a derecho eran siempre condenadas fuertemente:

“Es decir, pueden limitarse los atributos de la propiedad, en tanto el propietario reserve para sí la posibilidad de explotar normalmente el bien, excluida claro está, la parte o la función afectada por la limitación impuesta por el Estado. Fuera de estos parámetros, si el bienestar social exige sacrificios de uno o de algunos únicamente, deberá ser indemnizado, lo mismo que ocurre cuando el sacrificio que se impone al propietario es de tal identidad, que lo hace perder en su totalidad el bien. Así, la limitación a la propiedad resiste el análisis constitucional, cuando la afectación a los atributos esenciales de la propiedad que son aquellos que permiten el uso natural de la cosa dentro de la realidad socio-económica actual, no hace desaparecer la naturaleza del bien o no haga imposible el uso de la cosa, porque el Estado imponga requisitos de autorización o de aprobación tan complejos que impliquen, de hecho, la imposibilidad de usufructuar el bien.”¹⁸⁷

¹⁸⁶ SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución N° 4205 de las 14:33 del 20 de agosto de 1996.

¹⁸⁷ SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución N° 2345 de las 9:24 del 17 de mayo de 1996.

“En estos casos de especial severidad, la limitación produce tres efectos identificables: a) Produce un daño especial, pues afecta a un determinado número de fincas; b) Es anormal, en tanto la afectación es tan grave en relación con el goce pleno del derecho y opera desigualmente frente a otros propietarios fuera de la zona afectada, y c) el daño es evaluable económicamente.”¹⁸⁸

Con base en lo anterior, es posible concluir que los límites a la propiedad privada cumplen el primer requisito para ser considerados como una regulación conforme a derecho y no una medida equivalente a expropiación, ya que los mismos no deben afectar (en todo o en parte) el uso ni el contenido normal de la propiedad; en caso contrario, estas regulaciones han sido en reiteradas ocasiones reconocidas como expropiatorias y, por ende, distintas a las reconocidas en nuestra Constitución Política.

Ahora bien, habiendo cumplido el primer requisito para ser consideradas como una regulación estatal conforme a derecho, cabe analizar si cumplen el segundo requisito, a saber, no ser discriminatorias ni individualizables en un único o un grupo de propietarios:

c.4.2. Regulación discriminatoria o individualizable.

Una característica esencial para que estos límites a la propiedad puedan ser considerados conforme a derecho es que los mismos sean dirigidos a una colectividad y no a un grupo específico, ya que, de lo contrario, éstos serían considerados como una regulación discriminatoria y, por ende, expropiatoria.

La Sala Constitucional ha mencionado al respecto que: “Estas limitaciones deben ser de carácter general, lo que implica no solamente su destinatario, sino también el supuesto de

¹⁸⁸ SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución N° 796 de las 15:10 del 26 de abril de 1991.

hecho de aplicación de la misma, ya que cuando se convierten en singulares o concretas podrían equipararse a verdaderas expropiaciones”.¹⁸⁹

Las limitaciones a la propiedad privada conforme a derecho deberán ser generales con el fin de no transgredir el contenido esencial del derecho ni el principio de inviolabilidad. Esta necesidad responde a que una regulación dirigida a un grupo o individuo específico se equipara a una violación del principio de no discriminación explicado en el capítulo Primero anterior y a una violación del principio de igualdad amparado en el artículo 33 constitucional.

Asimismo, dado que ésta se encuentra contemplada para afectar a todos los individuos por igual, en el momento en que uno o ciertos individuos deben sufrir de manera anormal y más intensamente por esta limitación, ésta pierde su carácter general y, por ende, debe ser indemnizada ya que equivale a una expropiación antijurídica.¹⁹⁰

De conformidad con varios autores, la generalidad estriba en su alcance, en cuanto se aplica igualmente a todos los dueños de propiedades que posean características específicas, llegando en ocasiones a confundirse con el contenido de la propiedad mientras dura la ley que la origina.¹⁹¹

El profesor Ortiz Ortiz ha llegado más allá en su análisis sobre que podría ser considerada una regulación general en contraposición con una discriminatoria al asegurar: “La generalidad no corresponde (...) solamente al destinatario de la norma, sino también al supuesto de hecho de la aplicación de la misma, que debe ser repetible en el tiempo y, más simplemente, denominativo de la normatividad”¹⁹² Es decir, la regulación o

¹⁸⁹ SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución N° 4878 de las 14:53 del 22 de mayo de 2002.

¹⁹⁰ ORTIZ ORTIZ (Eduardo). Expropiación, limitación de interés social y sacrificio indemnizable de la propiedad privada. Op. Cit. p. 399.

¹⁹¹ MARÍN QUIRÓS (José Luis). Op. Cit. p. 71

¹⁹² ORTIZ ORTIZ (Eduardo). Limitaciones expropiatorias y limitaciones de interés social. Op. Cit. p. 22.

limitación que se realiza al derecho de propiedad debería ser repetible para otras propiedades y distintos propietarios; la misma no debe estar dirigida contra una población en un determinado lapso de tiempo específico o a una coyuntura específica ya que iría en contra de la esencia misma de los límites a la propiedad privada de conformidad con el artículo 45 constitucional, siendo que los mismos existen independientemente del propietario del momento, y son creados para ser repetidos en el tiempo como una norma.

Esto significa que los límites a la propiedad privada cumplen con el segundo requisito de no discriminación ya que los mismos están contemplados con el fin de afectar un derecho en sí mismo y de manera general; así como a todo aquel que tenga ese derecho por igual, razón por la cual no existe discriminación ni una efectiva individualización del propietario.¹⁹³ Por tanto, no son considerados como medidas equivalentes a expropiación y no corresponde su debida indemnización ni la responsabilidad estatal para la República de Costa Rica.

c.4.3. Conclusión.

A razón de los fuertes debates que se generaron en torno a la aprobación o rechazo del DR-CAFTA en Costa Rica, varios opositores al tratado comercial afirmaron que nuestros límites a la propiedad privada según el artículo 45 constitucional corrían el riesgo, en caso de ser aprobado el tratado comercial, de ser efectivamente equiparados a medidas equivalentes a expropiación, poniendo en riesgo al Estado de Costa Rica y la efectiva regulación y repartición de la riqueza para nuestros nacionales.¹⁹⁴

Sin embargo, tal y como fue analizado anteriormente, una adecuada aplicación de las regulaciones a la propiedad privada según han sido consignadas en la Constitución Política, extensa jurisprudencia y doctrinarios nacionales e internacionales, no llevaría en

¹⁹³ ORTIZ ORTIZ (Eduardo). Expropiación, limitación de interés social y sacrificio indemnizable de la propiedad privada. Op. Cit. p. 396.

¹⁹⁴ FLORES-ESTRADA PIMENTEL (María) y HERNÁNDEZ NARANJO (Gerardo Enrique). TLC con Estados Unidos: contribuciones para el debate. ¿Debe Costa Rica aprobarlo? San José, Instituto de Investigaciones Sociales, Universidad de Costa Rica, primera edición, 2004. pág. 100.

ningún momento a equiparar éstas con expropiaciones antijurídicas de inversión y, por lo tanto, a figuras que llevaran al Estado de Costa a incurrir en responsabilidad internacional.

Es importante tener en consideración al aplicar estas regulaciones la manera adecuada y el proceso mediante el cual estos límites a la propiedad privada son aplicados conforme a derecho, ya que nuestra realidad como parte de la comunidad internacional requiere y nos exige que los mismos sean aplicados conforme se explicó en las páginas anteriores. Una “limitación” a la propiedad privada por causa de interés público, no discriminatoria y aprobada mediante una mayoría calificada legislativa es congruente con el derecho internacional y no acarrea responsabilidad para el Estado de Costa Rica. Es la omisión de cualquiera de estos requisitos los que haría al Estado responsable ante el derecho municipal y el internacional.

CAPÍTULO III:
**LA EXPROPIACIÓN ANTIJURÍDICA DE INVERSIÓN EN EL TRATADO DE
LIBRE COMERCIO DE AMÉRICA DEL NORTE Y EN EL TRATADO DE
LIBRE COMERCIO ENTRE REPÚBLICA DOMINICANA,
CENTROAMÉRICA Y LOS ESTADOS UNIDOS**

a. Análisis comparativo de los artículos 1110.1 del NAFTA y 10.7 del DR-CAFTA.

El estudio del presente artículo 1110.1 del Tratado de Libre Comercio entre México, Canadá y Estados Unidos (en adelante NAFTA por sus siglas en inglés) es de especial relevancia para el caso de Costa Rica, debido a que aquél puede ser considerado como el antecesor del artículo 10.7 del Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centroamérica y los Estados Unidos (en adelante DR-CAFTA por sus siglas en inglés), del cual nuestro país es parte. Cabe comparar ambos artículos entre sí para comprobar esta aseveración:

1110.1 NAFTA:

“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.”

10.7 DR-CAFTA:

“Ninguna Parte expropiará ni nacionalizará una inversión cubierta, sea directa o indirectamente, mediante medidas equivalentes a la expropiación o nacionalización (“expropiación”), salvo que sea:

- (a) por causa de un propósito público;
- (b) de una manera no discriminatoria;
- (c) mediante el pago pronto, adecuado y efectivo de una indemnización de conformidad con los párrafos 2 al 4; y
- (d) con apego al principio del debido proceso y al Artículo 10.5.”

Como se observa, ambos artículos son sumamente similares y, a su vez, se ajustan a lo estipulado en el derecho internacional, Tratados de Inversión Bilateral y lo anteriormente explicado en cuanto a la expropiación legítima versus la expropiación antijurídica de inversión.

El texto de este artículo del DR-CAFTA es considerado como una derivación inmediata del anteriormente consignado en el NAFTA. Sin embargo, el lenguaje ambiguo que se utilizó en el NAFTA en torno a las medidas equivalentes a expropiación conllevó a que los laudos arbitrales que aplicaron esta disposición fuesen muchas veces contradictorios y crearan un ambiente de inseguridad jurídica al saber qué acciones estatales podían ser o no consideradas como expropiación antijurídica de inversión. Esta situación motivó a los redactores del DR-CAFTA a cambiar de manera significativa el lenguaje y hasta crear un anexo donde estas medidas se definieran con mayor precisión, con el fin de brindar más claridad sobre qué acciones estatales podían ser consideradas como medidas equivalentes a expropiación.¹⁹⁵

Dado que el DR-CAFTA es de reciente implementación en el área, se analizará el desarrollo logrado en la interpretación de estas disposiciones en el NAFTA, con el fin de determinar cuáles podrían ser eventuales interpretaciones del DR-CAFTA en relación con la expropiación antijurídica de inversión y las posibles repercusiones para Costa Rica.

¹⁹⁵ EDSALL (Rachel). Indirect Expropriation under NAFTA and DR-CAFTA: Potential inconsistencies in the treatment of State public welfare regulations. Boston University Law Review. Massachusetts, Volumen 86, 2007, p. 937.

b. Antecedentes y consideraciones en torno al NAFTA.

En el año 1990, México se acercó a los Estados Unidos de América como el primer país latinoamericano que planteaba la posibilidad de negociar un Tratado de Libre Comercio. Casi tres años de negociaciones después, el 17 de diciembre de 1992, Canadá, México y Estados Unidos firmaron el NAFTA, entrando éste en vigor el día 1 de enero de 1994.¹⁹⁶ Esto implica que, a la fecha, se han realizado estudios, interpretaciones y análisis en tribunales arbitrales sobre las regulaciones del NAFTA, específicamente sobre la conformación de una expropiación antijurídica de inversión desde hace ya más de 17 años.

La aplicación de este Tratado cuenta con un escenario un tanto sui generis en relación con los anteriores Tratados de Libre Comercio y Tratados Bilaterales de Inversión existentes a la fecha. Mientras Canadá y Estados Unidos han sido tradicionalmente favorables al libre comercio y al desarrollo en asuntos de inversión, México se ha mantenido tradicionalmente al margen, con gobernantes que abogan por el control estatal y una legislación restrictiva en torno a la inversión extranjera.¹⁹⁷ Sin embargo, fue necesario para México abrir su economía a la inversión extranjera con el fin de enfrentarse a los nuevos tiempos y a los cambios en la zona. Esta situación puede compararse con la vivida en el área de Centroamérica, la cual se analizará más adelante, donde países con economía tradicionalmente cerradas, deben modificar sus paradigmas para ajustarse a modelos abiertos de inversión y atraer capitales extranjeros.

Las impresiones de los tres Estados Parte en cuanto al éxito de este Tratado Comercial, pionero en la región, han sido muy diversas y heterogéneas aún dentro de sus mismos países:

¹⁹⁶ CAMERON (Maxwell A.) y TOMLIN (Brian W.). The Making of NAFTA: How the deal was done. Nueva York, Cornell University Press, 2000. p. 62.

¹⁹⁷ ANGULO RUIZ (Carlos Darío). The investment rules under the U.S.-Central America Free Trade Agreement: A Comparative Overview. Op. Cit. p. 13.

Mientras el gobierno de los Estados Unidos ha declarado de forma oficial que el NAFTA solo ha traído mayor intercambio comercial, productividad y mejores trabajos para todos los socios comerciales,¹⁹⁸ fuentes no oficiales dentro de los Estados Unidos alegan que el NAFTA ha conllevado a la desprotección del medio ambiente a favor de las grandes empresas, así como a una fuga de puestos laborales.¹⁹⁹ Por su parte, el Gobierno Mexicano ha declarado mediante sus medios oficiales que la apertura comercial vivida en México con el NAFTA ha traído importantes beneficios para el país en términos de comercio, inversión, empleo, salarios y mayor certidumbre para los negocios²⁰⁰; mientras que los medios de prensa y los sectores populares opositores al gobierno declaran por su parte que el NAFTA ha provocado un deterioro aún mayor de las relaciones con sus vecinos del norte al convertir a los mexicanos en mano de obra mal remunerada y sin derechos laborales y afectar grandemente sus economías locales por la masiva producción de Canadá y Estados Unidos.²⁰¹ Por último, Canadá ha sido, de los tres países, el que reporta mayores éxitos gracias al tratado comercial. Fuentes oficiales y no oficiales declaran que la economía de Canadá se ha fortalecido grandemente desde la implementación del NAFTA. Su Departamento de Asuntos Exteriores y Comercio Internacional ha manifestado que el tratado ha traído un desarrollo económico y un mejoramiento en los niveles de vida, ha establecido una base sólida para el desarrollo del país y ha sido un verdadero ejemplo para otros países sobre los beneficios del libre comercio²⁰². Sin embargo, un punto bajo de Canadá en cuanto al comercio bajo NAFTA, es que este país se ha enfocado mayormente en los Estados Unidos, su mayor socio

¹⁹⁸ Oficina del Representante de Comercio de los Estados Unidos de América (United States Trade Representative). (2003) Trade Fact Sheets “NAFTA at Ten: A Success Story”. Gobierno de los Estados Unidos de América.

¹⁹⁹ Declaración final de la Conferencia del Hemisferio Occidental contra NAFTA y las privatizaciones, San Francisco, Estados Unidos de América (1997): <http://www.hartford-hwp.com/archives/40/037.html> (Consulta: 24 de setiembre de 2008).

²⁰⁰ Subsecretaría de Negociaciones Comerciales Internacionales (2006) La estrategia de negociaciones comerciales internacionales. Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos.

²⁰¹ MUÑOZ (Daniel). Editorial: NAFTA amarga las relaciones entre México y Estados Unidos. La Prensa San Diego. San Diego, California, publicación del 18 de enero de 2002.

²⁰² Departamento de Asuntos Exteriores y Comercio Internacional de Canadá: Canada and the North American Free Trade Agreement: <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/nafta-alena/index.aspx> (Consulta: 01 de octubre de 2008).

comercial, dejando relegada su participación en México a asuntos agrícolas menores. Cifras oficiales de agosto de 2008 demuestran que más de un 85 % del total de las exportaciones del país son dirigidas hacia los Estados Unidos, mientras que hacia México se dirige menos de un 1%.²⁰³ Asimismo, algunas organizaciones no gubernamentales han señalado que Canadá cedió el control sobre sus recursos energéticos y sus recursos hídricos gracias a la suscripción de este tratado²⁰⁴.

A pesar de gran cantidad de criterios disímiles en cuanto al tratado comercial, no puede negarse que la implementación del NAFTA ha traído consigo una mayor seguridad jurídica para la inversión extranjera directa en cada país. Esta situación lleva aparejada una gran responsabilidad para los Estados Parte en cuanto a la implementación correcta de los lineamientos del Tratado, ya que las reglas sobre protección de la inversión extranjera han sido delimitadas de una manera más visible para todos. El NAFTA, a su vez, permite a los inversionistas que considerasen que alguna de estas reglas o derechos le son violentados a llevar al Estado Parte ante un Tribunal Arbitral para dirimir su disputa, el cual interpretaría la situación frente a lo estipulado en el tratado comercial y las reglas de derecho internacional.

c. Disputas internacionales surgidas en torno a la expropiación antijurídica de inversión y artículo 1110.1 del NAFTA.

Tal y como se comentó en la sección a. anterior, la ambigüedad con la que se determinó en NAFTA cuando se estaba en presencia de una expropiación antijurídica o qué tipo de acciones estatales serían consideradas como medidas equivalentes a expropiación conllevó a que se presentase una gran cantidad de arbitrajes en contra de las medidas regulatorias de los Estados Partes causando, para algunos, inseguridad en cuanto a cuáles

²⁰³ Agencia Nacional de Estadísticas de Canadá: Imports, exports and trade balance of goods on a balance-of-payments basis, by country or country grouping (2008): <http://www40.statcan.ca/l01/cst01/gblec02a.htm> (Consulta: 01 de octubre de 2008).

²⁰⁴ Centre for Research on Globalization: Canada: losing water through NAFTA (2007): <http://www.globalresearch.ca/index.php?context=va&aid=6859> (Consulta: 01 de octubre de 2008).

podrían en el futuro ser las potestades de un Estado frente a las “restricciones” que imponía el tratado comercial.²⁰⁵

Para el año 2007, el número de arbitrajes presentados por inversionistas amparados bajo la protección del Capítulo 11 del NAFTA, llegaba a treinta y tres y, de éstos, veintidós arbitrajes estaban basados en supuestas violaciones al Artículo 1110, acusando a distintas regulaciones estatales como medidas equivalentes a expropiación antijurídica.²⁰⁶ Siendo que la única explicación expresada en el texto del NAFTA en cuanto a este tema se encuentra en la definición de “medidas” contenida en las definiciones generales del Capítulo Segundo del Tratado, no es de sorprenderse que los Tribunales Arbitrales hayan tenido que interpretar casi sin elementos, y con no pocas contradicciones, en qué momentos se encontraban ante expropiaciones antijurídicas de inversión o ante medidas regulatorias estatales. Esta situación de incertidumbre deberá ser tomada en consideración a la hora de utilizar las interpretaciones del NAFTA contenidas en los laudos arbitrales como fuente de explicación para el DR-CAFTA.

Debido a los alcances del presente Trabajo Final de Graduación, se explicarán a continuación, de manera resumida, los cuatro laudos arbitrales que han sido considerados por los doctrinarios como los más relevantes en cuanto a la interpretación sobre la expropiación antijurídica de inversión, éstos a su vez, dieron pie al estándar utilizado actualmente para conocer cuándo un acto regulatorio es considerado como una medida equivalente a expropiación:

c.1 Caso Metalclad.

El caso Metalclad ha sido considerado uno de los más famosos en cuanto a la delimitación de una expropiación antijurídica de inversión en el derecho internacional, por cuanto condenó a un Estado por realizar una expropiación antijurídica a una empresa extranjera bajo NAFTA debido a sus actuaciones contradictorias e irregulares entre el

²⁰⁵ CHIEN YEN (GOH). *Op. Cit.*

²⁰⁶ EDSALL (Rachel). *Op. Cit.* p. 939.

gobierno local (municipal) y el gobierno central. Este caso de expropiación antijurídica de inversión fue llevado por la empresa Metalclad Corporation (empresa estadounidense) en contra de los Estados Unidos Mexicanos en el año 1997.²⁰⁷

En los primeros años de la década de 1990, el Gobierno central y la autoridad ambiental Instituto Nacional de Ecología (INE) autorizaron a la empresa COTERIN el desarrollo y operación de un confinamiento de residuos peligrosos en el Municipio mexicano de Guadalcázar, localizado en el Estado mexicano de San Luis Potosí.²⁰⁸ Gracias al otorgamiento de este permiso federal, Metalclad suscribió a finales del año 1993 (luego de entrada en vigencia el NAFTA) un acuerdo de compra de la totalidad de la propiedad de COTERIN y sus permisos,²⁰⁹ con el fin de desarrollar ellos mismos el negocio. Cabe resaltar que la razón por la cual Metalclad realizó esta compra se debió a que obtuvo afirmaciones por parte del Presidente del INE y el Director General de la Secretaría de Desarrollo Urbano y Ecología de que todos los permisos correspondientes se encontraban en orden y así podría iniciar operaciones en el país. Metalclad específicamente alegó que la razón principal para realizar la compra de COTERIN fue “el apoyo aparente para el proyecto por parte de los funcionarios federales y estatales”²¹⁰.

Sin embargo, el Municipio donde estaría localizado el confinamiento de residuos se opuso de manera férrea al establecimiento de esta industria, negándole en reiteradas ocasiones el permiso de construcción y operación local y contradiciendo lo estipulado por la Autoridad Central. La oposición del Municipio frustró totalmente la puesta en operación del confinamiento de residuos y privó a Metalclad del efectivo disfrute de su inversión.

²⁰⁷ CENTRO INTERNACIONAL PARA EL ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES. *Metalclad Corporation v. Estados Unidos Mexicanos*. Caso No. ARB(AF)/97/1 (2001).

²⁰⁸ Metalclad par. 28.

²⁰⁹ Metalclad par. 30.

²¹⁰ Metalclad par. 36.

Este caso reflejó errores mayores de comunicación y coordinación entre las autoridades locales y federales en México, causando confusión en cuanto a quién era el encargado de otorgar los permisos necesarios para el desarrollo y operación de la planta. La confusión llegó a tal punto que el municipio negó la validez de un convenio de operación y protección ambiental suscrito entre la empresa Metalclad y el gobierno central mexicano, después de que éste fuera negociado y anunciado públicamente²¹¹. Asimismo, luego de presentado el arbitraje por parte de Metalclad, el gobernador de San Luis de Potosí declaró el área donde iba a ser desarrollada la industria como una reserva ecológica especial con el fin de preservar una rara especie de cactus producida en la zona, abusando, en la opinión del Tribunal, de sus poderes municipales.²¹²

El Tribunal Arbitral condenó a México por llevar a cabo una expropiación antijurídica de inversión de conformidad con el artículo 1110.1 del NAFTA. Específicamente, dicha condenatoria se basó en que el Estado mexicano realizó acciones relevantes para frustrar la inversión luego de que se le había asegurado a la empresa que contaba con los permisos necesarios y por ende podía llevar a cabo las operaciones en el país, además del hecho de que Metalclad obtuvo suficiente evidencia de su actuar conforme a derecho de conformidad con el NAFTA.²¹³ Dicho Tribunal Arbitral coincidió con el argumento de la empresa de que ésta había llevado a cabo todos los pasos necesarios dentro del ordenamiento jurídico mexicano para iniciar operaciones en el país. Asimismo, el Tribunal tomó en consideración para su condenatoria el que el gobierno local negó la puesta en operación de la planta hasta después de que la empresa ya había realizado una importante inversión económica en la construcción y obtención de los permisos federales para la planta.²¹⁴

De esta manera, el Tribunal Arbitral concluyó en su condenatoria con respecto a la expropiación antijurídica de inversión:

²¹¹ Metalclad par. 48 y 49.

²¹² Metalclad par. 106.

²¹³ Metalclad par. 71

²¹⁴ Metalclad par. 107.

“Al permitir o tolerar la conducta de Guadalcázar en relación con Metalclad, que el Tribunal ya sostuvo que equivale a un trato injusto e inequitativo violando el artículo 1105, y por lo tanto, participando en o admitiendo la denegación del derecho de Metalclad para operar el confinamiento, sin importar el hecho de que el proyecto había sido completamente aprobado y respaldado por el gobierno federal, tiene que interpretarse en el sentido de que México adoptó una medida equivalente a una expropiación, violando así el artículo 1110(1) del TLCAN.”²¹⁵

El Tribunal Arbitral de Metalclad fue uno de los pioneros en identificar situaciones de expropiación antijurídica aún sin una efectiva confiscación de la propiedad ni un beneficio por parte del Estado receptor²¹⁶, abriendo paso a los inversionistas extranjeros para defender sus derechos ante actuaciones irregulares de los Estados que antes no eran protegidas.

Sin embargo, este caso también es a menudo identificado por grupos ambientalistas y/o opositores al NAFTA como una clara evidencia de la desprotección del ambiente a favor de los inversionistas que trae consigo los tratados comerciales²¹⁷. Sin embargo, es importante notar que la razón por la cual fue condenado el Estado mexicano no fue por proteger la rara variedad de cactus de la zona, sino por la contradicción en el otorgamiento de los permisos y por negar la operación de la empresa aún después de que ésta había llevado a cabo todos los estudios y autorizaciones relevantes dentro del país. De esta manera, se ha coincidido en que esta decisión no puede interpretarse como una limitación a los poderes estatales para proteger sus recursos naturales²¹⁸, sino como evidencia de un trato injusto e inequitativo al inversionista extranjero debido a la descoordinación de las autoridades mexicanas.

²¹⁵ Metalclad par. 104.

²¹⁶ Metalclad par. 103.

²¹⁷ STONE (Madeline). NAFTA Article 1110: Environmental friend or foe? Georgetown International Environmental Law Review. Washington D.C., N° 15, Summer 2003, p.780.

²¹⁸ Idem, p.781.

c.2. Caso Pope & Talbot

Otro de los casos más relevantes en materia de expropiación antijurídica analizados bajo NAFTA es el caso de la empresa estadounidense Pope & Talbot, quien interpuso un arbitraje contra Canadá debido a la implementación del Acuerdo de Madera Blanda (SLA por sus siglas en inglés) entre Canadá y Estados Unidos, alegando que dicho Acuerdo contravenía las estipulaciones del Capítulo 11 del NAFTA.²¹⁹ El Tribunal Arbitral del presente caso no consideró que el Estado de Canadá se encontrara cometiendo una expropiación antijurídica de inversión, sin embargo, las consideraciones y puntos analizados para llegar a esta conclusión son esenciales en el análisis de la expropiación antijurídica en el derecho internacional.

La empresa estadounidense Pope & Talbot tenía tres aserraderos importantes en British Columbia en Canadá, desde donde exportaba, hasta el año 1996, el 90% de la totalidad de su producción de madera blanda a los Estados Unidos.²²⁰ Este mismo año, se aprobó el Acuerdo SLA entre los Estados Unidos y Canadá, en el cual Canadá se obligaba a “colocar la madera blanda en la Lista de Control de Exportaciones... y a requerir un permiso Federal de exportación por cada exportación hacia los Estados Unidos”.²²¹ Asimismo, en el SLA Canadá se obligaba a cobrar aranceles de conformidad con la cantidad de madera blanda producida por cada compañía, siendo que, a mayor producción, mayores aranceles.²²² Como resultado de estas medidas, Pope & Talbot presentó un arbitraje amparado bajo el Capítulo 11 del NAFTA alegando, entre otros, que

²¹⁹ TRIBUNAL ARBITRAL AD HOC NAFTA. Pope & Talbot v. Canadá. (2001).

²²⁰ TRIBUNAL ARBITRAL AD HOC NAFTA. Pope & Talbot v. Canadá. Interim Award (2000). Par. 29

²²¹ Pope & Talbot. Par. 30. El original en inglés del SLA cita: “to place softwood lumber on the Export Control List . . . and to require a Federal export permit for each exportation to the U.S.”

²²² Pope & Talbot. par. 30.

el Régimen de Control de Exportaciones de Canadá “privaba a la Inversión de su habilidad ordinaria para alienar su producto a su mercado tradicional y natural”.²²³

El Tribunal Arbitral concluyó que las medidas regulatorias implementadas por el Estado de Canadá no “constituían una interferencia con las actividades comerciales de la Inversión lo suficientemente sustancial como para ser catalogado como una expropiación bajo el derecho internacional.”²²⁴

Este laudo concluyó que el grado de interferencia que sufra el derecho de propiedad es el elemento diferenciador entre una regulación conforme a derecho y una expropiación antijurídica. Este último elemento es la característica clave del caso Pope & Talbot. Cabe resaltar que el Tribunal Arbitral que conoció este caso no tomó en consideración ni entró a analizar los elementos que más pesaron en Metalclad, tal y como la confianza del inversionista extranjero en que su negocio no iba a ser posteriormente entorpecido, sino que su análisis se centró en el disfrute efectivo del derecho de propiedad.

c.3. Caso S.D. Myers.

El tercer caso a analizar es el de la empresa estadounidense S.D. Myers contra el Estado de Canadá.²²⁵ En el presente caso, aunque a la empresa sí se le otorgó una compensación económica significativa por parte del gobierno canadiense, su reclamo por expropiación antijurídica de conformidad con el artículo 110.1 del NAFTA fue denegado.²²⁶

S.D. Myers es una empresa especializada, entre otras cosas, en el tratamiento de Bifenilos Policlorados (PCB), los cuales fueron reconocidos de manera internacional como

²²³ Pope & Talbot par. 81. El original en inglés cita: “deprived the Investment of its ordinary ability to alienate its product to its traditional and natural market.”

²²⁴ Pope & Talbot par. 96. El original en inglés cita: “constitute an interference with the Investment’s business activities substantial enough to be characterized as an expropriation under international law.”

²²⁵ TRIBUNAL ARBITRAL AD HOC NAFTA. S.D. Myers Inc. v. Canadá. Partial Award (2000).

²²⁶ S.D. Myers par. 288.

potencialmente dañinos a la salud pública desde principios de la década de 1970.²²⁷ S.D. Myers acostumbraba, como parte de su giro normal de negocios, importar PCB desde Canadá hasta su centro de operaciones en Ohio y ahí procesarlo.²²⁸

En el año 1995, Canadá emitió un orden temporal impidiendo la exportación de PCB mientras investigaba si la importación y/o exportación de este material violaba o no los compromisos ambientales anteriormente adquiridos a nivel internacional, específicamente la Convención Basel. A su vez, en los Estados Unidos se encontraba en pugna en los altos mandos del Gobierno el permitir o no la importación de este producto al país. En este mismo año, y por un período de dieciséis meses, el Gobierno de los Estados Unidos permitió la importación del producto para procesamiento, sin embargo Canadá continuaba con su prohibición a la exportación.²²⁹

La empresa S.D. Myers presentó un arbitraje contra Canadá alegando que la orden que impedía la exportación del producto equivalía a una expropiación antijurídica de conformidad con el artículo 110.1 del NAFTA, específicamente por el período de dieciséis meses en el cual los Estados Unidos permitió la importación de PCB. Asimismo, que los múltiples cambios en la regulación del comercio de PCB eran contrarios a las obligaciones contempladas en el Capítulo 11 del NAFTA.²³⁰ La razón por la cual este período fue tan corto se debe a que, luego de este plazo, la ley que permitía la importación a los Estados Unidos fue revocada.

Tal y como en el caso *Pope & Talbot*, el Tribunal Arbitral rechazó el reclamo de S.D. Myers alegando que la diferencia entre expropiación antijurídica de inversión y regulación estatal conforme a derecho radicaba principalmente en la gravedad de la

²²⁷ S.D. Myers par. 98.

²²⁸ S.D. Myers par. 102.

²²⁹ S.D. Myers par. 118-119.

²³⁰ S.D. Myers par. 142-143.

medida impuesta.²³¹ Debido a que la orden canadiense que impedía las exportaciones de PCB fue únicamente temporal, el Tribunal Arbitral consideró que ésta no llegó a constituir una expropiación.²³² Los árbitros no tomaron en consideración al analizar el presente caso los elementos claves en el caso Metalclad, como la confianza razonable del inversionista de que había realizado todos los procedimientos legítimos para poder llevar a cabo su inversión y que ésta no le sería rechazada con base en criterios externos.

El Gobierno de Canadá fue obligado a pagar a la empresa S.D. Myers más de ocho millones de dólares en compensación debido a que se determinó que la medida impuesta, aún cuando no fuese constitutiva de expropiación antijurídica, sí violentaba los principios de Trato Nacional y Nación Más Favorecida contemplados en NAFTA; el Tribunal Arbitral consideró que esta prohibición de exportación de PCB favorecía a las empresas procesadoras canadienses en detrimento de las estadounidenses.²³³

c.4. Caso Methanex.

En este último caso presentado por una compañía Canadiense debido a una supuesta violación de los Estados Unidos del artículo 110.1 del NAFTA, el Tribunal Arbitral no encontró que existiera una expropiación antijurídica de inversión, sin embargo, los elementos que se tomaron en consideración y los criterios fácticos que desestimaron para llegar a esta conclusión dan una nueva luz al análisis de las medidas regulatorias válidas en contraposición las medidas equivalentes a expropiación, las cuales acarrear grandes responsabilidades para los Estados. Aún cuando los laudos arbitrales bajo NAFTA no son erga omnes vinculantes ni pueden ser tomados como un precedente obligatorio para futuros casos, la decisión llegada en Methanex demostró una tendencia en los Tribunales Arbitrales a favor de permitir mayor ámbito de movimiento a los Estados a la hora de aplicar sus regulaciones estatales, las cuales pueden ser tomadas en consideración al analizar futuros casos.

²³¹ S.D. Myers par. 282.

²³² S.D. Myers par. 283-284.

²³³ TRIBUNAL ARBITRAL AD HOC NAFTA. S.D. Myers Inc. v. Canadá. Damages Award (2002).

El reclamo de la empresa Methanex se basó en la Orden Ejecutiva emitida por el Gobernador de California y las consiguientes regulaciones al uso del éter metil terbutílico (MTBE), elemento que incrementa el octanaje de la gasolina sin plomo, llamado comúnmente oxigenante.²³⁴ Methanex era a la fecha, y se mantenía hasta el año 2005 como el mayor productor del mundo de metanol, materia prima del MTBE.²³⁵

El MTBE fue ampliamente utilizado en la década de los años 80, sin embargo, nuevos avances en la industria de los aditivos de la gasolina fueron convirtiendo poco a poco al MTBE en obsoleto.²³⁶ Asimismo, varios estudios de la Universidad de California de finales de la década de los 90 concluyeron que el MTBE poseía contaminantes que se encontraban en los mantos acuíferos de la zona, poniendo en serio riesgo el suministro de agua potable de California.²³⁷ Como resultado de estos estudios, el gobernador de California impulsó un proyecto mediante el cual se buscaba prohibir de manera definitiva el uso de MTBE como un aditivo de la gasolina y, mientras esto sucedía, se identificara de manera visible a las gasolineras que distribuían gasolina con MTBE, con el fin de que los consumidores tomaran una decisión informada.²³⁸

Debido a que en California no existían plantas productoras de metanol y la mayoría de su metanol era importado desde Canadá, la empresa Methanex alegó que las regulaciones en contra del metanol eran en realidad intentos solapados de proteccionismo económico, lo cual se encontraba en violación directa de los compromisos de los Estados Unidos bajo NAFTA; a su vez, alegó que éstas constituían una expropiación antijurídica de inversión bajo la modalidad de medidas equivalentes a expropiación, ya que dichas regulaciones

²³⁴ TRIBUNAL ARBITRAL AD HOC NAFTA. Methanex Corporation v. Estados Unidos de América. Final Award (2005). Part II-Chapter D The Dispute: Methanex's claim, the US measures, and the USA's Defences. Par. 19.

²³⁵ TRIBUNAL ARBITRAL AD HOC NAFTA. Methanex Corporation v. Estados Unidos de América. Final Award (2005). Part I-Preface, par. 1.

²³⁶Op. Cit. 224. par. 2.

²³⁷ Idem par. 13.

²³⁸ Idem. par. 17.

constituían una toma efectiva de las inversiones de Methanex en California, su mayor mercado de MTBE, sin la debida compensación.²³⁹ Asimismo, Methanex alegó que dichas regulaciones provocaron un efecto dramático en la caída del precio de sus acciones en la Bolsa de Valores de Toronto, principal mercado de las acciones de la compañía, causando pérdidas de hasta 180 millones de dólares canadienses y llevando la totalidad de sus pérdidas a 970 millones de dólares canadienses.²⁴⁰

La anterior información refleja que Methanex pudo demostrar que sufrió pérdidas monetarias de consideración, que la medida regulatoria del Estado de California tuvo un efecto sustancial y definitivo en la inversión y que la situación fáctica de seguridad jurídica cambió de manera repentina, aún cuando la empresa había realizado los procedimientos legales necesarios para poder llevar a cabo su inversión; todos los elementos que los Tribunales Arbitrales de los tres casos anteriores tomaron en consideración para condenar una medida estatal como expropiatoria. Sin embargo, a pesar de contar con todos estos elementos, el Tribunal Arbitral falló a favor de los Estados Unidos y en contra del inversionista en todos los extremos de la demanda arbitral.

Su razonamiento se basó en que dichas medidas regulatorias no equivalían a una expropiación antijurídica, ya que tenían una naturaleza no discriminatoria a favor de la protección del medio ambiente²⁴¹; asimismo, determinaron que en ningún momento de su relación comercial se le habían otorgado a Methanex promesas específicas de que el metanol no sería regulado en los Estados Unidos y, siendo que este producto es de una naturaleza tan sensible debido al daño ambiental que puede causar, dicha regulación no fue del todo inesperada.²⁴² Por último, y contrario a todo los anteriores fallos de NAFTA,

²³⁹ Idem. par. 25 y 28

²⁴⁰ TRIBUNAL ARBITRAL AD HOC NAFTA. Methanex Corporation v. Estados Unidos de América. Final Award (2005). Part I-Preface, par. 1.

²⁴¹ TRIBUNAL ARBITRAL AD HOC NAFTA. Methanex Corporation v. Estados Unidos de América. Final Award (2005). Part IV-Chapter D Article 1110 NAFTA, par. 15.

²⁴² Idem, par. 9.

la decisión del Tribunal en Methanex prácticamente no se refiere sobre la gravedad de la interferencia estatal y el detrimento económico de la regulación en el patrimonio del inversionista, dejando de lado esta cuestión como una consecuencia natural del negocio. Asimismo, el Tribunal concluyó que una pérdida del valor de las acciones no constituye por sí misma una expropiación, sino que los demás elementos anteriormente analizados deben estar presentes.²⁴³

c.5. Conclusión.

El análisis de los cuatro casos más relevantes en cuanto a expropiación antijurídica de inversión en NAFTA demuestra que no existió uniformidad en los elementos que los distintos Tribunales Arbitrales tomaron en consideración al determinar si una medida o acción estatal constituía o no una medida equivalente a expropiación. Sin embargo, éstos sí resultan útiles para identificar ciertas características necesarias de los actos regulatorios estatales, con el fin de que los Estados Parte no incurran en responsabilidad internacional. Estos laudos han llevado a varios estudiosos del tema a concluir sobre una teoría de lo que debería ser considerado una medida equivalente a expropiación de conformidad con la experiencia en NAFTA y, posteriormente, aplicarla al Anexo 10-C del DR-CAFTA.

La candidata a graduación en derecho de la Universidad de Boston, Rachel D. Edsall, resumió los cinco factores claves señalados por los distintos Tribunales Arbitrales con el fin de determinar cuándo se está en presencia de una expropiación antijurídica y cuándo ante una medida regulatoria válida y necesaria para todo Estado. Aunque ninguno de los siguientes factores por sí mismo es determinante para establecer esta diferencia, ella menciona que cada uno de ellos juega un rol importante a la hora de establecer un marco general en la expropiación antijurídica de inversión. Dichos factores son²⁴⁴:

²⁴³ Op.cit. 231

²⁴⁴ EDSALL (Rachel). Op. Cit. p. 340.

1. Los efectos de la acción gubernamental.²⁴⁵
2. La expectativa de derecho razonable del inversionista.²⁴⁶
3. El grado de interferencia a los derechos de propiedad o la gravedad del daño económico sufrido.²⁴⁷
4. La duración del daño económico.²⁴⁸
5. El tipo de acción gubernamental.²⁴⁹

Los anteriores elementos permiten crear un marco en el cual los Estados pueden aplicar de manera válida sus regulaciones gubernamentales para mantener un adecuado manejo de sus recursos y asegurar la estabilidad del ejercicio económico, sin correr el riesgo de que todas sus actuaciones sean calificadas como expropiatorias.

Sin embargo, sí es importante recordar que los anteriores cuatro casos también reflejan que aquellos Estados que incumplieron sus obligaciones bajo el derecho internacional, tales como Trato Nacional y expropiaciones antijurídicas, pagaron un alto precio por sus acciones. A manera de ejemplo, en el caso Metalclad, el Estado de México fue condenado

²⁴⁵ CENTRO INTERNACIONAL PARA EL ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES. *Metalclad Corporation v. Estados Unidos Mexicanos*. Caso No. ARB(AF)/97/1 (2001). Par. 103. "...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..."

²⁴⁶ *Metalclad* par. 107 "Estas medidas, consideradas conjuntamente con las afirmaciones del gobierno federal mexicano, en las cuales Metalclad se basó, y en la ausencia de una negativa del Municipio emitida a tiempo, en orden o con alguna base sustantiva respecto al permiso local de construcción, equivalen a una expropiación indirecta."

²⁴⁷ TRIBUNAL ARBITRAL AD HOC NAFTA. *Pope & Talbot v. Canadá*. Interim Award (2000). Par.102 "La prueba para determinar la expropiación antijurídica es si la interferencia es lo suficientemente restrictiva para apoyar la conclusión de que la propiedad le ha sido "tomada" al propietario". El original en inglés cita: "[T]he test [for indirect expropriation] is whether . . . interference is sufficiently restrictive to support a conclusion that the property has been 'taken' from the owner."

²⁴⁸ TRIBUNAL ARBITRAL AD HOC NAFTA. *S.D. Myers Inc. v. Canadá*. Partial Award (2000). Par.283 "Una expropiación usualmente equivale a una inhabilitación duradera de la habilidad del propietario de hacer uso de sus derechos económicos..." El original en inglés cita: "An expropriation usually amounts to a lasting removal of the ability of an owner to make use of its economic rights..."

²⁴⁹ TRIBUNAL ARBITRAL AD HOC NAFTA. *S.D. Myers Inc. v. Canadá*. Partial Award (2000). Par.281 "Es improbable que la conducta regulatoria de las autoridades públicas sea sujeta a reclamos bajo el artículo 1110..." El original en inglés cita: "Regulatory conduct by public authorities is unlikely to be the subject of legitimate complaint under Article 1110..."

a pagar un monto de más de \$15 millones de dólares por su violación al artículo 1110 del NAFTA.²⁵⁰ Este es un punto importante a tomar en consideración por los Estados Parte del CAFTA, los cuales deberán ser cautelosos en sus actuaciones estatales con respecto a los inversionistas de otra Parte, ya que una omisión a sus obligaciones bajo el Tratado puede resultar en responsabilidad para el Estado y fuertes sanciones económicas.

d. Antecedentes y consideraciones en torno al DR-CAFTA.

Luego de que entrara en vigencia el NAFTA en la región, la posibilidad de suscribir un Tratado de Libre Comercio, similar al que se encontraba ya vigente en América del Norte, fue algo que los países centroamericanos propusieron en múltiples ocasiones a los Estados Unidos. Sin embargo, no fue sino hasta el año 2002 que, bajo la primera administración de George W. Bush, el Gobierno de los Estados Unidos accedió a iniciar sus procesos internos de autorización con el fin de otorgarle facultades suficientes al Poder Ejecutivo para negociar un acuerdo comercial con Centroamérica.²⁵¹

En enero de 2003 representantes de Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras y Nicaragua se reunieron con el Representante de Comercio estadounidense Robert Zoellick en San José, Costa Rica, con el fin de iniciar las negociaciones para lograr un acuerdo de apertura comercial para el área que les permitiera tener acceso preferencial a los Estados Unidos de América, su principal socio exportador.²⁵² Luego de nueve exhaustivas rondas de negociación, el 17 de diciembre de 2003, Nicaragua, El Salvador, Guatemala, Honduras y los Estados Unidos lograron un cierre de negociaciones del

²⁵⁰ STONE (Madeline).Op. Cit. p.789.

²⁵¹ Secretaría de Integración Económica Centroamericana, Tratado de Libre Comercio CAFTA-DR, Antecedentes, Proceso de Negociación (2008): <http://www.cafta.sieca.org.gt/VisorDocs.aspx?IDDOC=Cache/2099000000010/2099000000010.swf> (Consulta: 13 de noviembre de 2008).

²⁵² Comunicado de Prensa de la Oficina del Representante de Comercio de los Estados Unidos de América: United States and Central America Sign Historic Free Trade Agreement (2004): http://www.ustr.gov/Document_Library/Press_Releases/2004/May/United_States_Central_America_Sign_Historic_Free_Trade_Agreement.html (Consulta: 24 de septiembre de 2008).

Tratado catalogado como “exitoso”.²⁵³ Costa Rica no logró finalizar las negociaciones bilaterales con los Estados Unidos sino hasta el 25 de enero de 2004²⁵⁴, debido a que todavía no se definían temas tales como telecomunicaciones, seguros, servicios, representantes de casas extranjeras y textiles.²⁵⁵ República Dominicana no participó en ninguna de las rondas de negociación con los países de Centroamérica, sino que negoció su participación en el Tratado con los Estados Unidos luego de la conclusión de las negociaciones de Costa Rica y hasta el 15 de marzo de 2004.²⁵⁶ Dichas negociaciones llevaron a una posterior firma del Tratado por parte de las cinco naciones centroamericanas en mayo de 2004 y, tres meses después, le siguió la firma por parte de República Dominicana.²⁵⁷

Luego de la negociación y firma del tratado comercial, las Partes debían de ratificarlo en sus respectivas legislaciones, lo que incluía, gracias a los compromisos adquiridos en el instrumento comercial, una serie de reformas legislativas locales con el fin de cumplir con los requerimientos de apertura de mercados, protección al medio ambiente y a los derechos de propiedad intelectual. El primer Estado en ratificar el DR-CAFTA fue El Salvador, el cual logró consenso en su Asamblea Legislativa la madrugada del 17 de diciembre de 2004, le siguió Honduras el día 03 de marzo de 2005 y Guatemala ratificó el

²⁵³ Secretaría de Integración Económica Centroamericana, Tratado de Libre Comercio CAFTA-DR, Antecedentes, Proceso de Negociación, Estructura de las Negociaciones, Novena Ronda de Negociación (2008): <http://www.cafta.sieca.org.gt/VisorDocs.aspx?IDDOC=Cache/2099000000029/2099000000029.swf> (Consulta: 13 de noviembre de 2008).

²⁵⁴ Cierre de Negociaciones, Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica y Estados Unidos, Ministerio de Comercio Exterior de Costa Rica: <http://www.comex.go.cr/negociaciones/usa2/cronologianegociacion/cierrenegociaciones/default.htm> (Consulta: 13 de noviembre de 2008).

²⁵⁵ Informe de la Novena Ronda de Negociación, Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica y Estados Unidos, Ministerio de Comercio Exterior de Costa Rica: <http://www.comex.go.cr/negociaciones/usa2/cronologianegociacion/rondas/IXronda/informe.pdf> (Consulta: 13 de noviembre de 2008).

²⁵⁶ República Dominicana se une a CAFTA, Oficina del Representante Comercial de Estados Unidos, Programas de Información Internacional, Gobierno de los Estados Unidos de América (2004): <http://usinfo.state.gov/esp/Archive/2004/Dec/29-113892.html> (Consulta: 14 de noviembre de 2008).

²⁵⁷ Comunicado de Prensa de la Oficina del Representante de Comercio de los Estados Unidos de América: United States and Central America Sign Historic Free Trade Agreement (2004): http://www.ustr.gov/Document_Library/Press_Releases/2004/May/United_States_Central_America_Sign_Historic_Free_Trade_Agreement.html (Consulta: 24 de septiembre de 2008).

Tratado una semana después, el día 10 de marzo de 2005. Los Estados Unidos obtuvieron su ratificación por parte del Senado el día 30 de junio de 2005 y posteriormente, el día 10 de octubre de 2005 Nicaragua se unió al grupo. República Dominicana fue de los últimos países en ratificar el DR-CAFTA, ya que hizo efectiva su ratificación hasta el 01 de marzo de 2007²⁵⁸.

Aún cuando Costa Rica fue uno de los principales proponentes del DR-CAFTA, luego de finalizado el proceso de negociación, al Tratado le continuaría una larga y difícil trayectoria de ratificación en el país. Los años consiguientes a la firma del Tratado serían de grandes cambios y efervescencia política para el país, una gran parte de la población se manifestaría abiertamente en contra del Tratado Comercial, lo cual derivó en la realización del primer referéndum en la historia del país el día 07 de octubre de 2007, con el fin de que los ciudadanos decidieran sobre si debía o no ratificarse el Tratado. El resultado oficial de dicho referéndum según el Tribunal Supremo de Elecciones fue de 51,62% a favor y 48,38% en contra.²⁵⁹ Sin embargo, este resultado favorable en el referéndum no significaba la entrada automática en el DR-CAFTA, ya que Costa Rica todavía estaba pendiente de aprobar las distintas leyes y reglamentos a los cuales se obligó con el fin de acceder finalmente al Tratado, esto lo tomaría al país más de un año de discusión legislativa.

El DR-CAFTA debía encontrarse debidamente ratificado por todas las partes y sus procedimientos jurídicos aplicables listos (tales como aprobación de leyes, reglamentos y otros) a más tardar el 1 de enero de 2005, con el fin de que éste entrara en vigor²⁶⁰. Posterior a la fecha de entrada en vigor, los países signatarios tenían un plazo de dos años

²⁵⁸ Secretaría de Integración Económica Centroamericana, Tratado de Libre Comercio CAFTA-DR, Antecedentes, Proceso de Ratificación, Centroamérica: Resumen Cronológico del Proceso Legal (2008):<http://www.cafta.sieca.org.gt/Cache/20990000000009/20990000000009.swf> (Consulta: 13 de noviembre de 2008).

²⁵⁹ Resultados Definitivos del Escrutinio Referéndum 2007 a Nivel Nacional, Tribunal Supremo de Elecciones, República de Costa Rica (2007): www.tse.go.cr/ref/ref_def/pais.htm (Consulta: 14 de noviembre de 2008).

²⁶⁰ Tratado de Libre Comercio República Dominicana - Centroamérica - Estados Unidos (Ley 8622, publicada en la Gaceta 246 del veintiuno de noviembre de 2007). Artículo 22.5.1.(a).

para incorporarse al Tratado²⁶¹, so pena de quedar fuera del mismo, es decir, todos los países debían tener debidamente finalizados sus procedimientos jurídicos para el 1 de enero de 2007. Sin embargo, debido al atraso que sufrió Costa Rica por la incertidumbre sobre su aprobación y la realización del referéndum, las partes le concedieron varias prórrogas de conformidad con el artículo 22.2 del DR-CAFTA. La última prórroga fue otorgada para el día 31 de diciembre de 2008. Gracias a sendos esfuerzos por parte de varias fracciones de la Asamblea Legislativa, Costa Rica logró aprobar los últimos reglamentos que permitirán la implementación del Tratado en el país en el mes de diciembre de 2008, formando finalmente parte del DR-CAFTA el día 01 de enero de 2009.

e. Artículo 10.7 del DR-CAFTA y el Anexo 10-C.

Tal y como se explicó en líneas anteriores, la falta de certidumbre en el NAFTA en cuanto a cuáles acciones o situaciones podían catalogarse como medidas equivalentes a expropiación, conllevó a que los negociadores del DR-CAFTA incluyeran en esta sección un capítulo en el cual se describe cuáles son esos factores que los Tribunales Arbitrales deberán tener en consideración al determinar si se encuentran en presencia o no de una expropiación antijurídica. Cabe resaltar que, como se explicó en el Capítulo Segundo, ha sido una práctica común para los Tribunales Arbitrales y algunos doctrinarios el llamar todo tipo de expropiación antijurídica como “expropiación indirecta”; es por esto que en el Anexo 10-C, cuando se desea hablar de expropiación antijurídica, se hace referencia a la “expropiación indirecta”.

El Anexo 10-C establece que las situaciones en las cuales se estaría en presencia de una expropiación antijurídica deberán ser analizadas “caso por caso”, sin embargo, deberán tenerse en consideración los siguientes elementos:

- i. “El impacto económico del acto gubernamental, aunque el hecho de que un acto o una serie de actos de una Parte tenga un efecto adverso sobre el valor económico

²⁶¹ Tratado de Libre Comercio República Dominicana - Centroamérica - Estados Unidos (Ley 8622, publicada en la Gaceta 246 del veintiuno de noviembre de 2007). Artículo 22.5.2.

- de una inversión, por sí solo, no establece que una expropiación indirecta haya ocurrido;
- ii. La medida en la cual la acción del gobierno interfiere con expectativas inequívocas y razonables en la inversión; y
 - iii. El carácter de la acción gubernamental.”²⁶²

Finalmente, dicho Anexo aclara de manera explícita de aquellos actos regulatorios no discriminatorios que se encuentran “diseñados y aplicados para proteger objetivos legítimos de bienestar público, tales como la salud pública, la seguridad y el medioambiente” no serán considerados como expropiatorios.

Los elementos mencionados en este Anexo 10-C guardan estrecha relación con las conclusiones a los laudos explicados anteriormente del NAFTA. Fueron justamente estas decisiones y sus conclusiones las que llevaron a los negociadores del DR-CAFTA a incluir estos elementos necesarios para la configuración de una expropiación antijurídica de inversión por medio de una medida equivalente a expropiación.

Tal vez el elemento que más controversia ha causado en la discusión sobre la conveniencia o no de este anexo, se encuentra en la determinación de lo que significa “expectativas inequívocas y razonables en la inversión”. Con el fin de determinar qué significan exactamente estas expectativas deberá realizarse un análisis casuístico. Por ejemplo, en el caso Metalclad, dichas “expectativas inequívocas y razonables” se encontraban sustentadas en afirmaciones documentadas por parte de personeros del gobierno mexicano de que la empresa podía llevarse a cabo de manera válida y sin los impedimentos de los cuales posteriormente fue sujeto. Asimismo, como se analizó en el Capítulo Segundo, otros ejemplos pueden encontrarse en la expectativa que tiene el inversionista de que los contratos suscritos con el Estado o en las licencias que le han sido otorgadas sean respetadas y cumplidas a cabalidad. Asimismo, también podrían ser tomadas en consideración en este aspecto las políticas estatales que se encuentran

²⁶² Tratado de Libre Comercio República Dominicana - Centroamérica - Estados Unidos (Ley 8622, publicada en la Gaceta 246 del veintiuno de noviembre de 2007). Anexo 10-C, artículo 4.(a).

vigentes a la hora de llevar a cabo la inversión, las cuales pueden haber creado una expectativa legítima de una naturaleza tanto sustantiva como procesal.²⁶³

Este concepto de “expectativas inequívocas y razonables” fue también analizado en un reciente arbitraje del NAFTA, donde se determinó que la conducta de un Estado podía llegar a crear en el inversionista expectativas razonables sobre las políticas estatales, las cuales a su vez determinarían la manera en la cual éste llevaría a cabo su conducta y sus negocios; el hecho de que el Estado decidiera cambiar de manera radical estas “expectativas inequívocas y razonables” podría causarle un daño al inversionista.²⁶⁴

Ahora bien, es importante no confundir estas expectativas legítimas con suposiciones irrealistas o expectativas optimistas en exceso. En otro caso analizado bajo el NAFTA, un inversionista alegó que su propiedad había sido expropiada por el gobierno mexicano debido a que no obtuvo las ganancias esperadas gracias a la adopción de varias políticas estatales; el Tribunal Arbitral consideró que las expectativas optimistas del inversionista no podían ser equiparadas a las expectativas legítimas: “Según el punto del vista del Tribunal, una empresa no es expropiada solo porque sus deudas no fueron pagadas u otras obligaciones contractuales hacia ella son violadas.”²⁶⁵

Asimismo, estas expectativas de la inversión no deben tampoco deben ser confundidas con las expectativas de ganancias del inversionista. Como se explicó en párrafos anteriores, el segundo ítem del artículo 4.(a) del Anexo 10-C hace referencia a actuaciones estatales específicas de los gobiernos que inducen a error o frustran una inversión. Este ítem no fue incorporado con el fin de que los inversionistas a los cuales se

²⁶³ Conferencia: Indirect expropriation: is the right to regulate at risk? Jan Paulsson, Presidente de la Corte Internacional de Arbitraje en Londres (2005): <http://www.oecd.org/dataoecd/5/52/36055332.pdf> (Consulta: 04 de junio de 2008)

²⁶⁴ TRIBUNAL ARBITRAL AD HOC NAFTA. *International Thunderbird Gaming Corporation v. Los Estados Unidos Mexicanos*. Final Award (2006).

²⁶⁵ CENTRO INTERNACIONAL PARA EL ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES. *Waste Management, Inc. v. Estados Unidos Mexicanos*. Caso N° ARB(AF)/00/3 (2004). Para. 160. El original en inglés cita: “In the Tribunal’s view, an enterprise is not expropriated just because its debts are not paid or other contractual obligations towards it are breached.”

les expropie su inversión obtengan indemnizaciones mayores a las estipuladas en el artículo 10.7. Donde se indica que los Estados Partes deberán indemnizar el valor justo de mercado que tuviera la inversión expropiada en la fecha antes de que la medida expropiatoria se hubiese realizado, no las expectativas de ganancias posteriores. El mismo negociador del Capítulo 10 del DR-CAFTA de Costa Rica, Roberto Echandi, ha reiterado que: “No existe fundamento alguno para sostener que el TLC obliga a indemnizar meras expectativas de ganancias.”²⁶⁶

f. Disputas internacionales surgidas en torno a la expropiación antijurídica de inversión y artículo 10.7 del DR-CAFTA.

Debido a que el DR-CAFTA es de tan reciente existencia, a la fecha del presente Trabajo Final de Graduación únicamente ha sido presentado para valoración del Tribunal Arbitral del CIADI un arbitraje en razón de un incumplimiento al artículo 10.7 del DR-CAFTA y su anexo, este arbitraje es el de la empresa Railroad Development Corporation contra la República de Guatemala.

f.1. Caso Railroad Development Corporation.

El 20 de agosto de 2007 la empresa estadounidense Railroad Development Corporation (en adelante “RDC”) presentó un arbitraje contra Guatemala alegando, entre otros argumentos, que era objeto de expropiación antijurídica de conformidad con el artículo 10.7 del DR-CAFTA, debido a la declaratoria de lesividad del gobierno guatemalteco al contrato de concesión otorgado a la empresa RDC el cual, según la empresa “redistribuye los derechos de usufructo de RDC a las compañías privadas guatemaltecas sin la debida compensación.”²⁶⁷

²⁶⁶ Sobre el TLC y la Expropiación: Cuatro Aclaraciones Fundamentales. Roberto Echandi www.hacienda.go.cr/centro/datos/Articulo/SOBRE%20EL%20TLC%20Y%20LA%20EXPROPIACION.doc (Consulta: 04 de junio de 2008)

²⁶⁷ CENTRO INTERNACIONAL PARA EL ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES. Railroad Development Corporation v. Guatemala. Laudo sobre Medidas Provisionales Caso N° ARB/07/23 (2008). Párrafo 6.

La relación entre Guatemala y RDC se remonta al año 1997, donde a la segunda le fue otorgado un contrato de concesión de las vías férreas del país. Dicha concesión incluía el usufructo oneroso de los activos físicos de la antigua compañía Ferrovías de Guatemala y el derecho exclusivo del uso de la vía durante un período de cincuenta años, así como la obligación de modernizar las vías. Su inversión en Guatemala se basaría principalmente en la explotación de los 800 kilómetros de línea férrea, los cuales atraviesan el país desde el océano Pacífico hasta sus puertos en el océano Atlántico, ya que la infraestructura y el equipo existente a la fecha se encontraban grandemente deteriorados luego de más de cincuenta años de abandono.²⁶⁸

Sin embargo, en los primeros nueve años del contrato de concesión, tanto el gobierno guatemalteco como la empresa RDC mantuvieron diferencias en cuanto a sus obligaciones bajo el contrato. Mientras el Estado guatemalteco acusaba a RDC por no cumplir con su obligación de modernizar las vías ni operar con fluidez las vías del Atlántico, la empresa responsabilizaba a su vez al Estado por no actuar ante las inundaciones y destrozos causados por el huracán Mitch, desviar recursos destinados a proyectos de infraestructura y permitir la presencia de usurpadores y empresas privadas junto a las vías lo cual alega, es un “robo del derecho de vía por entidades del sector privado y del sector público” con el apoyo tácito del gobierno central.²⁶⁹

En agosto del 2006, la Procuraduría General de Guatemala inició un proceso administrativo contra la empresa por incumplimiento de contrato, atribuyendo a la empresa el haberse dedicado a obtener ingresos a través del arrendamiento de bienes inmuebles, así como obtener ingresos con el traslado de mercancías hacia los puertos del Atlántico y el uso turístico de la ruta, sin cumplir con sus obligaciones de modernización

²⁶⁸ RODRÍGUEZ (Mario). El Ferrocarril en Guatemala: una historia de despojo. El último Capítulo: Railroad Development Corporation vrs Guatemala dentro del Capítulo X del CAFTA. Consejo de Investigaciones e Información en Desarrollo. Guatemala, 2007, documento publicado en: <http://www.ciid-gt.org/info/despojo.pdf>.

²⁶⁹ RDC plantea una demanda contra el estado de Guatemala con base en normas del CAFTA. Directorio Electrónico de Guatemala. (2007) http://www.deguate.com/artman/publish/politica_articulos/RDC_plantea_una_demanda_contra_el_estado_de_Guatem_6870.shtml (Consulta: 18 de noviembre de 2008).

de las vías. A raíz de dicho proceso, el Poder Ejecutivo declaró el contrato de concesión con RDC lesivo a los intereses nacionales. Dicha declaración de lesividad fue dada 100 días después de la entrada en vigencia del DR-CAFTA.²⁷⁰

La compañía alega que a partir de la declaratoria de lesividad, “Ferrovías Guatemala ha sufrido pérdidas graves a causa de la imposibilidad de obtener crédito, la negativa de los clientes del transporte de carga a negociar con una empresa privada que está siendo atacada por el Gobierno de Guatemala, y la imposibilidad de obtener ingresos por otros negocios relacionados con el ferrocarril, como el arrendamiento de las instalaciones de las estaciones en áreas urbanas y el derecho de vía que conecta centros urbanos para actividades como la distribución de energía eléctrica.”²⁷¹ Asimismo, la compañía ha equiparado estas acciones a una expropiación antijurídica sin la debida compensación de ley.

La empresa RDC solicita en su demanda arbitral compensación debido a expropiación por un monto de 15 millones de dólares como devolución de las inversiones que habría efectuado para poner en marcha el ferrocarril, y 50 millones de dólares más que estima dejaría de percibir por la revocación del contrato que estableció el gobierno de Guatemala.²⁷² El 15 de octubre de 2008 el Tribunal Arbitral emitió su primer laudo en relación con la solicitud de medidas cautelares para recopilación de documentos solicitado por RDC, el cual fue rechazado.

El proceso se encuentra actualmente pendiente de resolución, por lo que es prematuro adelantar la manera en la cual el Tribunal Arbitral decidirá sobre este asunto, sin embargo, deberá tomar en consideración los elementos analizados anteriormente y

²⁷⁰ WALLACH (Jason). Ex-USTR Negotiator Vargo Key in CAFTA Case. Revista electrónica Network in Solidarity with the People of Guatemala. Guatemala, publicación del veintiocho de marzo de 2007, http://www.nisgua.org/news_analysis/index.asp?id=2865.

²⁷¹ Comunicado oficial de la compañía Railroad Development Corporation del día 15 de junio de 2007: http://www.rdc.com/news_rdc_CAFTA_claim_06_15_2007.pdf (Consulta: 03 de septiembre de 2008).

²⁷² AUTOR CORPORATIVO. CIADI: Guatemala se enfrentará con Ferrovías en tribunal internacional. International Center for Trade and Sustainable Development ICTSD. Ginebra, Suiza, Puentes Quincenal, Volumen 4, Número 15, 2007, p. 5

recopilados en el Anexo 10-C del DR-CAFTA, así como analizar las actuaciones del gobierno de Guatemala y la declaratoria de lesividad a la luz del derecho internacional y los laudos anteriores sobre medidas equivalentes a expropiación.

g. Análisis para Costa Rica: artículo 10.7 y Anexo 10-C del DR-CAFTA.

Al realizar un análisis integral de lo planteado en el presente Trabajo Final de Graduación, es posible concluir que los principios básicos en materia de expropiación antijurídica de inversión, estipulados en el artículo 10.7 y el anexo 10-C del DR-CAFTA son congruentes con el ordenamiento jurídico costarricense y las obligaciones adquiridas a nivel internacional. Cabe recalcar que todo el sistema se rige bajo la base de los principios tradicionales de protección a la propiedad privada y la inviolabilidad de los contratos.

Sin embargo, una vez que Costa Rica entró a formar parte del DR-CAFTA el día 01 de enero de 2009, deberá en adelante mantener siempre en consideración que se ha obligado a sí misma al cumplimiento de estas obligaciones en sus relaciones con los inversionistas extranjeros y que los inversionistas tendrán ahora mayores herramientas para hacer valer sus derechos. Una falta en el cumplimiento de dichas obligaciones le acarrearía grandes consecuencias a nivel internacional, tal y como fue analizado para sus homólogos: México, Estados Unidos y Canadá en el NAFTA y posiblemente a Guatemala bajo el DR-CAFTA.

Nuestro país deberá velar de una mejor manera por sus actuaciones diarias hacia los inversionistas y sus regulaciones estatales. Este cuidado no le debería ser extraño, ya que en el pasado Costa Rica ha sido condenada por el Tribunal Arbitral del CIADI, específicamente en el Caso Santa Elena, por una falta de cuidado de sus obligaciones internacionales, aún cuando en dicho caso no se encontraba en controversia el que Costa Rica hubiese realizado una expropiación conforme a derecho. Costa Rica fue condenada por un atraso en el pago de la indemnización a la compañía debido a la expropiación llevada a cabo con el fin de proteger el medio ambiente. El Tribunal Arbitral le llamó la

atención al país sobre su manera de actuar a la hora de aplicar regulaciones conforme a derecho. El argumento de Costa Rica se basaba en que sus actuaciones no debían ser condenadas, ya que intentaba proteger el medio ambiente; sin embargo, el Tribunal Arbitral señaló que ni aún las medidas más beneficiosas y admirables para el país podían llevarse a cabo sin cumplir con las estipulaciones y obligaciones adquiridas a nivel internacional: “Las medidas expropiatorias ambientales – sin importar cuán admirables y beneficiosas sean para la sociedad como un todo - son similares a cualquier otro tipo de medida expropiatoria que se pueda llevar a cabo con el fin de implementar las políticas de Estado: donde la propiedad es expropiada, aún con fines de protección ambiental, ya sean domésticos o internacionales, existe una obligación estatal al pago de compensación.”²⁷³ Ahora, posterior a la entrada en vigencia para nuestro país del DR-CAFTA, estas obligaciones y sus consecuencias deberán ser recordadas de manera constante por parte de las instituciones gubernamentales, tanto en sus actuaciones lícitas como ilícitas, ya que existirá un marco regulatorio por medio del cual, los inversionistas extranjeros que consideren que sus derechos son menoscabados, podrán demandar al país y buscar compensación con base en los artículos 10.7 y el Anexo 10-C del Tratado.

Asimismo, tal y como se analizó en capítulos anteriores, la Sala Constitucional ha sido firme en señalar que Costa Rica debe tener un mayor cuidado al aplicar sus regulaciones ambientales, urbanísticas o regulatorias en general a las inversiones²⁷⁴. Los ejemplos de actuaciones lícitas realizadas por el Estado en los cuales no se ha llevado a cabo el debido proceso conforme a los requerimientos explicados anteriormente son amplios y reiterados, dichas condenatorias de la Sala Constitucional se basan en los mismos principios sobre expropiación antijurídica de inversión estipulados en el DR-CAFTA, los cuales no sólo son plenamente compatibles con la ley de expropiación de Costa Rica, sino

²⁷³ CENTRO INTERNACIONAL PARA EL ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES. *Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. v. Republica de Costa Rica. Caso N° ARB/96/1 (2000).*

²⁷⁴ SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. *Resolución N° 10758 de las 18:55 del 29 de setiembre de 2004.*

que además, son plenamente congruentes con el derecho de propiedad que ya está tutelado por el artículo 45 de la Constitución Política.²⁷⁵

Además de los artículos en estudio del DR-CAFTA y los principios de derecho internacional explicados supra, Costa Rica se ha comprometido de forma específica al cumplimiento de una serie de obligaciones hacia la comunidad internacional en materia de expropiación de inversión extranjera. Dichos compromisos se encuentran en los Tratados de Inversión Bilateral, Tratados de Libre Comercio, Acuerdos de protección a los derechos humanos y Convenios Internacionales los cuales deberán de ser respetados so pena de incurrir en responsabilidad internacional. Asimismo, actualmente Costa Rica se encuentra en el proceso de negociación de un Acuerdo de Asociación entre Centroamérica y la Unión Europea el cual, aunque no trata de manera específica el tema de derecho del inversionistas ni la solución de controversias Inversionista-Estado, significa un gran avance para el país en materia de apertura de barreras comerciales y ayuda a establecer mecanismos institucionalizados que promueven la discusión e intercambio de información en asuntos de interés común, tal y como los tratados en el presente Trabajo Final de Graduación.²⁷⁶

Como Anexo al presente Trabajo Final de Graduación se enumerarán los instrumentos internacionales actualmente suscritos por Costa Rica y las obligaciones específicas de cada uno de ellos en materia de expropiación de la propiedad de extranjeros, con el fin de conocerlos y guardar con sumo cuidado las actuaciones estatales y las obligaciones en ellos estipuladas, ya que, en caso de faltar a alguno de ellos, podría ser sujeto de responsabilidad internacional por expropiación antijurídica de inversión.

²⁷⁵ Sobre el TLC y la Expropiación: Cuatro Aclaraciones Fundamentales. Roberto Echandi www.hacienda.go.cr/centro/datos/Articulo/SOBRE%20EL%20TLC%20Y%20LA%20EXPROPIACION.doc (Consulta: 04 de junio de 2008)

²⁷⁶ Ministerio de Comercio Exterior de Costa Rica (2008). Posición Nacional de cara a la II Ronda de Negociaciones del Acuerdo de Asociación entre Centroamérica y la Unión Europea. COMEX, San José, Costa Rica

Como se ha analizado, ha sido ampliamente reconocido en el derecho internacional que el principio de inviolabilidad de los contratos no prevalece sobre el derecho soberano de expropiar de un Estado,²⁷⁷ esto significa que la suscripción de dichos acuerdos no hace que Costa Rica pierda su derecho a expropiar ni a emitir regulaciones a la propiedad privada y las inversiones en general, sin embargo, sí deberá seguir el debido proceso y los elementos a los cuales se ha obligado en los instrumentos internacionales. Es por esta razón que se recuerda que, aún cuando Costa Rica debe cumplir con las estipulaciones acordadas previamente en los instrumentos internacionales, esto no significa que pierde su derecho a expropiar la propiedad o inversión de extranjeros, sino tan solo que, al hacerlo, debe apegarse a lo acordado previamente entre las partes.

²⁷⁷ TRIBUNAL ARBITRAL AD HOC. Kuwait v. American Independent Oil Company (AMINOIL). Final Award (1982). Párrafo. 976.

CONCLUSIONES

Como se demostró en los capítulos anteriores, el presente Trabajo Final de Graduación cumplió con la hipótesis planteada, dado que se comprobó de manera fehaciente que los tratados e instrumentos internacionales que Costa Rica ha suscrito y los últimos desarrollos en la comunidad internacional en materia de expropiación antijurídica de inversión y sus distintas manifestaciones convierte a nuestro país en sujeto de responsabilidad, causándole contingencias que debe tener en consideración al ejercer sus potestades reguladoras a la propiedad privada.

Asimismo, se realizó un análisis de las obligaciones que debe guardar nuestro país como sujeto de la comunidad internacional, tanto en sus actuaciones antijurídicas como conforme a derecho, con el fin de no incurrir en responsabilidad internacional debido a la realización de una expropiación antijurídica de inversión a un extranjero.

Finalmente, se cumplió con los objetivos planteados para la investigación del Trabajo Final de Graduación, ya que mediante el análisis de las obligaciones del Estado de Costa Rica en relación con la expropiación antijurídica de inversión extranjera se lograron cumplir los siguientes objetivos específicos planteados:

- i. Contribuir al esclarecimiento del concepto de expropiación antijurídica dentro de la doctrina nacional e internacional, y la regulación internacional, así como los elementos que la componen y las condiciones para que se den tales actos.

No es posible brindar un concepto de expropiación antijurídica sin primero definir el concepto de una expropiación conforme a derecho.

En el presente Trabajo Final de Graduación se concluyó que la expropiación conforme a derecho es un instituto de derecho público mediante el cual el Estado priva de la propiedad privada a su titular para el cumplimiento de un fin de utilidad pública, siguiendo un determinado proceso y pagando una debida compensación, la cual deberá

ser pronta, adecuada y efectiva. Esta expropiación conforme a derecho deberá contar con todos los elementos mínimos necesarios para su configuración legal, los cuales son: debido proceso, interés público debidamente motivado, no discriminación, privación del derecho de propiedad privada y debida compensación. Mediante el estudio de cada uno de estos elementos y su tratamiento jurisprudencial, se logró determinar la efectiva aplicación de las obligaciones de derecho internacional a las normas constitucionales y legales del país.

Asimismo, aún cuando no existe consenso en la comunidad internacional sobre una definición unívoca de expropiación antijurídica, es posible concluir que ésta es una actuación estatal que priva a un propietario del efectivo uso y/o disfrute de su propiedad privada, sin que medien todos los elementos de la expropiación conforme a derecho mencionados supra. Será necesario realizar un análisis casuístico con el fin de determinar su efectiva configuración.

- ii. Examinar los laudos arbitrales existentes afines al tema y a los instrumentos internacionales a que se refiere el objetivo específico anterior y señalar las obligaciones de Costa Rica derivadas de lo resuelto en estos fallos.

Se analizaron las obligaciones en materia de expropiación a las cuales nuestro país se encuentra sujeto como miembro de la comunidad internacional, así como lo determinado en los laudos arbitrales existentes a la fecha. Las decisiones de los distintos Tribunales Arbitrales permitieron crear un marco jurídico al cual los Estados pueden referirse al aplicar sus regulaciones estatales con el fin de mantener un adecuado manejo de sus recursos y asegurar la estabilidad del ejercicio económico. De esta manera, los Estados disminuyen el riesgo de que todas sus actuaciones sean calificadas como expropiatorias o contrarias a derecho, y a su vez cumplen con sus obligaciones hacia los inversionistas extranjeros y los protegen de su anterior estado de indefensión ante las actuaciones arbitrarias de los Estados.

Lo analizado en estos laudos es relevante para Costa Rica ya que, si bien lo fallado en cada uno de estos casos no es erga omnes vinculante, crea un precedente que es tomado en consideración por los distintos Tribunales Arbitrales al analizar futuros casos en los cuales nuestro país puede ser parte.

- iii. Sistematizar el conjunto heterogéneo de fuentes doctrinales, de derecho comparado, laudos arbitrales y regulaciones internacionales que tratan el tema de la expropiación antijurídica de inversión, a fin de crear una teoría general unificada de ésta y sus subdivisiones.

Al sistematizar el conjunto heterogéneo de fuentes que tratan el tema de la protección a la inversión extranjera, se logró crear una teoría general de la expropiación antijurídica de inversión y sus distintas manifestaciones, las cuales se definen como:

- a. Expropiación indirecta: Se determinó que este tipo de expropiación antijurídica requiere de una toma efectiva o privación de los derechos fundamentales de la propiedad de una manera significativa, es decir, no efímera, sin cumplir con los elementos básicos de la expropiación explicados anteriormente. Esta definición se ha utilizado por los doctrinarios, árbitros, redactores de tratados y jueces internacionales como el nombre genérico para todos los tipos de expropiación antijurídica, sin embargo, se determinó que esto no es preciso.
- b. Medidas equivalentes a expropiación: A diferencia de la expropiación indirecta, se concluyó que este tipo de expropiación antijurídica no se configura a través de un proceso expropiatorio, ni de una disposición administrativa de privación de la propiedad privada; sino que la misma se compone de actos estatales que, aunque perfectamente lícitos, vacían de contenido la propiedad del inversionista. Es de suma importancia entonces analizar cada caso con especial cuidado. Aunque estas formas de expropiación no tienen una clara o inequívoca definición, es generalmente entendido que éstas se materializan a través de acciones o conductas, las cuales no expresan de manera explícita el propósito de la privación de derechos o bienes, pero que en la realidad poseen este efecto.

- c. Expropiación gradual: La expropiación gradual es una forma de expropiación antijurídica que se lleva a cabo de manera paulatina. Es fácilmente comparable con la figura anteriormente explicada sobre medidas equivalentes a expropiación, sin embargo ésta, a diferencia de la anterior, no se configura a través de una sola acción, omisión u orden que lleve a cabo la privación de la propiedad privada, sino que la misma se da paso a paso. Ninguna de estas acciones, omisiones, órdenes o medidas pueden ser calificadas como expropiatorias por sí mismas, sino que es la suma de cada una de estas acciones concatenadas las cuales llevan a la destrucción del valor de la inversión.
 - d. Violación de un contrato internacional por parte del Estado: Se determinó que no toda violación a un contrato internacional por parte de un Estado puede ser considerada como equivalente a una expropiación sino que existen únicamente ciertas circunstancias especiales que pueden llevar a asegurar que el Estado comete expropiaciones antijurídicas al incumplir un contrato. El elemento clave para discernir esta situación se encuentra en analizar cuál es la posición del Estado al realizar este incumplimiento. Cuando un Estado se aparta de su papel como parte contractual y utiliza sus poderes soberanos en forma abusiva con el fin de evadir obligaciones vitales dentro de la relación contractual, es cuando se considera que se encuentra en presencia de una expropiación antijurídica de inversión.
- iv. Analizar los límites de interés social a la propiedad privada Costa Rica en contraposición con la expropiación antijurídica de inversión, con el fin de comprobar su apego a las obligaciones internacionalmente adquiridas por el país.

Luego de un análisis a los límites a la propiedad privada contemplados en el artículo 45 de la Constitución Política, se concluyó que éstos, si son aplicados conforme a derecho, no pueden ser considerados como medidas equivalentes a expropiación y por ende no acarrearán responsabilidad internacional para nuestro país.

Con el fin de arribar a esta conclusión, se determinó en primer lugar que los límites a la propiedad privada no afectan el uso efectivo de la propiedad (ya sea en todo o en parte), cumpliendo el primer requisito para ser considerados como una regulación conforme a derecho y no una medida equivalente a expropiación. En segundo lugar, se determinó que la aplicación de estos límites cumple con el segundo requisito para ser considerados válidos y no expropiatorios, a saber, no ser discriminatorios ni individualizables en un único o un grupo de propietarios.

Un límite a la propiedad privada por causa de interés público, no discriminatorio y aprobado mediante una mayoría calificada legislativa es congruente con el derecho internacional y no acarrea responsabilidad para el Estado de Costa Rica. Es la omisión de cualquiera de estos requisitos los que haría al Estado responsable ante el derecho municipal y el internacional.

- v. Enumerar los instrumentos y obligaciones internacionales en general a las cuales nuestro país está sujeto en materia de protección a la inversión extranjera y así esclarecer las obligaciones específicas de Costa Rica en relación con la expropiación antijurídica de inversión extranjera.

Se determinó que a través de la historia, los extranjeros han sido sujetos de abuso por parte de los gobiernos de turno de los Estados donde se encuentran. Sin embargo, gracias a una corriente en el Derecho Internacional que ha abogado por los inversionistas extranjeros, se ha logrado una mayor protección a la inversión extranjera por medio de los siguientes principios e instrumentos:

- a. Principio de Trato Nacional: este principio del derecho internacional garantiza que a las inversiones extranjeras, una vez dentro del Estado receptor, se les brindará el mismo trato que a los nacionales en su territorio.
- b. Principio de Nación Más Favorecida: con este principio los Estados se obligan entre ellos a no establecer discriminaciones ya no entre nacionales y extranjeros, sino ahora entre sus diversos interlocutores comerciales. Esto permite que los Estados se obliguen con otros a que, en caso de aumentar el primero los

beneficios que concede a uno de sus interlocutores comerciales, tiene que dar ese mismo “mejor” trato al segundo Estado, de modo que todos sigan siendo los “más favorecidos”. De esta manera, si se concede a un Estado una ventaja especial, se tendrá que hacer de la misma manera con todos sus demás homólogos comerciales.

- c. Convenios internacionales tales como Tratados de Inversión Bilateral y Tratados de Libre Comercio: la mejor solución a la situación de inseguridad en cuanto a su propiedad que viven diariamente los inversionistas extranjeros se ha paliado grandemente a través de suscripciones de Tratados de Inversión Bilateral entre los Estados y en menor cantidad, con Tratados de Libre Comercio.

Con el fin de cumplir con el presente objetivo, se analizó de manera específica las obligaciones contempladas en materia de expropiación de inversión extranjera en uno de los Tratados de Libre Comercio que más polémica y reacciones ha causado en nuestro país, el Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centroamérica y los Estados Unidos (DR-CAFTA) y su antecesor inmediato, el Tratado de Libre Comercio entre México, Canadá y Estados Unidos (NAFTA). Debido al escaso desarrollo que existe a la fecha del DR-CAFTA, se analizaron los cuatro laudos arbitrales de mayor relevancia en esta materia en el NAFTA, los cuales llevaron a crear un marco regulatorio en relación con la expropiación antijurídica de inversión, específicamente las medidas equivalentes a expropiación, las cuales dieron pie a la creación del Anexo 10-C del DR-CAFTA y su contenido.

Por último, mediante un Anexo al presente Trabajo Final de Graduación, se enumeraron los distintos instrumentos internacionales a los cuales Costa Rica es parte, así como las obligaciones específicas de cada uno de ellos en materia de expropiación de la propiedad de extranjeros.

- vi. Plantear las consecuencias para Costa Rica derivadas del no cumplimiento de estas obligaciones e interpretaciones a nivel internacional y las posibles contingencias del Estado en sus actuaciones diarias.

Se concluyó que el principio de inviolabilidad de los contratos no prevalece sobre el derecho soberano de expropiar de un Estado, esto significa que los acuerdos de derecho internacional no hacen que Costa Rica pierda su derecho a expropiar ni a emitir regulaciones a la propiedad privada y las inversiones en general. Sin embargo, el país sí deberá seguir el debido proceso y los elementos a los cuales se ha obligado en los instrumentos internacionales con el fin de no incurrir en responsabilidad internacional. Es por esta razón que se concluye que, aún cuando Costa Rica debe cumplir con las estipulaciones acordadas previamente en los instrumentos internacionales, esto no significa que pierde su derecho a expropiar la propiedad o inversión de extranjeros, sino tan solo que, al hacerlo, debe apegarse a lo acordado previamente entre las partes.

Todas las obligaciones estudiadas en materia de protección a la inversión extranjera son aplicables para nuestro país como miembro de la comunidad internacional. Asimismo, los distintos instrumentos de derecho internacional suscritos por Costa Rica lo convierten en sujeto de responsabilidad en caso de incurrir en cualquiera de las manifestaciones de la expropiación antijurídica de inversión. Estas obligaciones y sus consecuencias deberán ser recordadas de manera constante por parte de las instituciones gubernamentales, tanto en sus actuaciones lícitas como ilícitas, ya que existe un marco regulatorio por medio del cual, los inversionistas extranjeros que consideren que sus derechos son menoscabados, pueden demandar al país y buscar compensación por estos actos. Las consecuencias de no tomar en consideración estas obligaciones pueden causar contingencias en demasía onerosas para nuestro país, ya que le acarrearían condenas por parte de los Tribunales Arbitrales similares a las recibidas por sus homólogos en los laudos y sentencias estudiados.

Costa Rica deberá tener especial cuidado en no incurrir en actuaciones en contra de los inversionistas extranjeros que hoy son comunes, tales como: exceso de prohibiciones al extranjero de manera discriminatoria, inmovilización de inversión (llámense propiedades, fondos, negocios) por tiempos mayores a los aceptados en el derecho internacional y sin

su debida compensación. Ya que todas estas actuaciones le podrían acarrear condenas en el derecho internacional.

BIBLIOGRAFÍA

Libros:

1. ALBALADEJO (Manuel). Derecho Civil III, Derecho de Bienes. Parte General y Derecho de Propiedad. Volumen I, octava edición, Barcelona, 1994.
2. BARRACHINA JUAN (Eduardo). Compendio de Derecho Administrativo. Tomo II, Barcelona, Promociones Publicaciones Universitarias S.A., primera edición, 1986.
3. BLACK (Henry Campbell). Black's Law Dictionary. Saint Paul, West Publishing Co., sexta edición, 1991.
4. BROWNLIE (Ian). Principles of Public International Law. Inglaterra, Oxford University Press, quinta edición, 1998.
5. CABANELLAS (Guillermo). Diccionario Jurídico Elemental. Buenos Aires, editorial Heliasta S.R.L, decimocuarta edición, 2000.
6. CAMERON (Maxwell A.) y TOMLIN (Brian W.). The Making of NAFTA: How the deal was done. Nueva York, Cornell University Press, 2000.
7. DE LAUBADERE (André). Traité Élémentaire de Droit Administratif. París, editorial L.G.D.J, quinta edición, 1970.
8. DOLZER (Rudolf) y STEVENS (Margrete). Bilateral Investment Treaties. Estados Unidos de América, Kluwer Academic Publishers Group, 1995.
9. DROMI (José Roberto). Manual de Derecho Administrativo. Tomo 2, Buenos Aires, editorial Astrea, primera edición, 1987.

10. FLORES-ESTRADA PIMENTEL (María) y HERNÁNDEZ NARANJO (Gerardo Enrique). TLC con Estados Unidos: contribuciones para el debate. ¿Debe Costa Rica aprobarlo? San José, Instituto de Investigaciones Sociales, Universidad de Costa Rica, primera edición, 2004.
11. GARCÍA DE ENTERRÍA (Eduardo). Curso de Derecho Administrativo. Buenos Aires, editorial La Ley, 1968.
12. GARCÍA DE ENTERRÍA (Eduardo) y FERNÁNDEZ (Tomás-Ramón). Curso de Derecho Administrativo, Tomo 2, Madrid, Editorial Civitas, segunda edición, 1988.
13. GARCIA OVIEDA (Carlos). Derecho Administrativo. Madrid, editorial E.I.S.A., octava edición, 1962.
14. GIANNINI (Massimo Severo). Diritto Amministrativo. Tomo 2, Milano, editorial Giuffrè, tercera edición, 1993.
15. GUERRERO PORTILLA (Ricardo). La Servidumbre de Paso. San José, Editorial Alma Mater, 1986.
16. HERNANDEZ VALLE (Rubén). El derecho de la Constitución. Volumen II, San José, Editorial Juricentro, primera edición, 1994.
17. NOVOA MONREAL (Eduardo). El derecho de la propiedad privada. Bogotá, Editorial Temis, 1979.
18. PAPAÑO (Ricardo José) et al. Derechos Reales. Tomo I, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1995.
19. PÉREZ VARGAS (Víctor). Derecho Privado. San José, editorial LIL, S.A., tercera edición, 1994.

20. RAMIREZ GRONDA (Juan). Diccionario Jurídico. Buenos Aires, Editorial Claridad, S.A., primera edición, 1965
21. RECASÉNS SICHES (Luis). Tratado General de Filosofía del Derecho. México D.F., Editorial Porrúa S.A., octava edición, 1983.
22. ROJINA VILLEGAS (Rafael). Compendio de Derecho Civil II, Bienes, Derechos Reales y Sucesiones. México D.F., Editorial Porrúa, S.A., novena edición, 1977.

Artículos de Revista

1. ARIAS (Fabio). Límites y Limitaciones a la Propiedad Inmobiliaria. Revista Ivstitia. San José, N° 97, año 9, 1995, pp. 11-26.
2. ASANTE (Samuel). International Law and Foreign Investment: a Reappraisal. International and Comparative Law Quarterly. Cambridge, Inglaterra, Volumen 37, 1988, pp. 588-628
3. AUTOR CORPORATIVO. CIADI: Guatemala se enfrentará con Ferrovías en tribunal internacional. International Center for Trade and Sustainable Development ICTSD. Ginebra, Suiza, Puentes Quincenal, Volumen 4, Número 15, 2007, pp. 5-6.
4. AUTOR CORPORATIVO. Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States. American Law Institute. Estados Unidos de América, Volume 2, 1986, pp. 196-200.
5. BORCHERDING (Thomas) y KNETSCH (Jack). Expropriation of Private Property and the Basis for Compensation. University of Toronto Law Journal. Toronto, N°29, 1979, pp.237-253

6. BRADLEY (Theresa). Oil companies struggle to react to Ecuador's decree slashing profits. Periódico Associated Press. Quito, Ecuador, publicación del día 8 de octubre de 2007.
7. BRING (Ove). Impact of Developing States on International Customary Law Concerning Protection of Foreign Property. Scandinavian Studies in Law. Suecia, Volumen 24, 1980, pp. 97-132.
8. BURKE-WHITE (William). The Argentine Financial Crisis: State Liability Under BITs and the Legitimacy of the ICSID System. University of Pennsylvania Law School. Pennsylvania, Paper 202, 2008, 1-31.
9. CHENG (Tai-Heng). Power, Authority and International Investment Law. American University International Law Review. Washington D.C., Volumen 20, 2005, pp. 465-520.
10. CHIEN YEN (GOH). The Sharp Edge of International Investment Agreements: Expropriation and Dispute Settlement. Third World Network. Revista periódica electrónica, 2006:
<http://209.85.215.104/search?q=cache:C4GQv2ZGDh0J:www.twinside.org.sg/title2/F-TAs/Singapore%2520Issues/Investment/The%2520Sharp%2520Edge%2520of%2520International%2520Investment%2520Agreements%2520GohChienYen.doc+the+sharp+edge+yen+site:www.twinside.org.sg&hl=es&ct=clnk&cd=1>.
11. CHRISTIE (G.C). What Constitutes a Taking Under International Law? British Yearbook of International Law. Inglaterra, N° 38, 1962, pp. 307-338.
12. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports. Ginebra, 1996, p. 226-267.

13. DE LOS MOZOS (José Luis). Teoría General de la Propiedad. La Propiedad: Ensayos. San José, Editorial Juricentro, 1983, pp. 19-57.
14. DOLZER (Rudolf). Expropriation and Nationalization. Encyclopedia of Public International Law. Holanda, Volumen 8, 1987, pp. 214-216.
15. EDSALL (Rachel). Indirect Expropriation under NAFTA and DR-CAFTA: Potential inconsistencies in the treatment of State public welfare regulations. Boston University Law Review. Massachusetts, Volumen 86, 2007, pp. 931-962.
16. GUDOFISKY (Jason). Shedding light on article 1110 of the North American Free Trade Agreement (NAFTA) concerning expropriations: An environmental case study. Northwestern Journal of International Law and Business. Estados Unidos de América, N° 21, 2000, pp. 243-255.
17. HOBÉR (Kaj). Investment Arbitration in Eastern Europe: Recent Cases on Expropriation. American Review of International Arbitration. Nueva York, N° 14, 2004, pp. 377-446.
18. KRAUL (Chris). Exxon scores win against Venezuelan oil company. Periódico Los Angeles Times. Los Ángeles, publicación del día 8 de febrero de 2008.
19. MARLLES (Justin). Public Purpose, Private Losses: Regulatory Expropriation and Environmental Regulation in International Investment Law. Journal of Transnational Law & Policy. Estados Unidos de América, Volumen 16:2, 2007, pp. 275-336.
20. MUÑOZ (Daniel). Editorial: NAFTA amarga las relaciones entre México y Estados Unidos. La Prensa San Diego. San Diego, California, publicación del 18 de enero de 2002.

21. NAVARRO FALLAS (Román). Derecho Constitucional de propiedad privada. Revista Ivstitia. San José, N° 171-172, año 15, 2001, pp. 19-30.
22. ORTIZ ORTIZ (Eduardo). Expropiación, limitación de interés social y sacrificio indemnizable de la propiedad privada. La Propiedad: Ensayos. San José, Editorial Juricentro, 1983, pp.377-420.
23. ORTIZ ORTIZ (Eduardo). Limitaciones expropiatorias y limitaciones de interés social. Revista Judicial. San José, N° 32, 1985, pp.13-52.
24. PRADA (Paulo). Bolivian Nationalizes the Oil and Gas Sector. Periódico New York Times. Nueva York, publicación del día 2 de mayo de 2006, p. A9.
25. REINISCH (August). Expropriation. Artículo a ser publicado por la Asociación de Derecho Internacional en el libro: Colective Publication of the Committee on the International Law on Foreign Investment. Reino Unido, 2005, versión pre-publicada disponible en la dirección: <http://www.ila-hq.org/pdf/Foreign%20Investment/ILA%20paper%20Reinisch.pdf>.
26. REISMAN (Michael) y STOANE (Robert). Indirect Expropriation and its Valuation in the BIT Generation. British Yearbook of International Law. Inglaterra, N° 74, 2003, pp. 115-150.
23. RODRÍGUEZ (Mario). El Ferrocarril en Guatemala: una historia de despojo. El último Capítulo: Railroad Development Corporation vrs Guatemala dentro del Capítulo X del CAFTA. Consejo de Investigaciones e Información en Desarrollo. Guatemala, 2007, documento publicado en: <http://www.ciid-gt.org/info/despojo.pdf>.
24. SANDRINO (Gloria L). NAFTA Investment Chapter and Foreign Direct Investment in Mexico: A Third World Perspective. Vanderbilt Journal of Transnational Law. Tennessee, Volume 27, 1994, pp. 259-317.

25. SCHREUER (Christoph). The concept of Expropriation under the ETC and other Investment Protection Treaties. Transnational Dispute Management. Estados Unidos de América, N° 2, 2005, pp.1-39.
26. STONE (Madeline). NAFTA Article 1110: Environmental friend or foe? Georgetown International Environmental Law Review. Washington D.C., N° 15, Summer 2003, pp. 763-789.
27. VIZCAÍNO (Irene). Persiste disputa por fallida concesión de cárcel en Pococí. Periódico La Nación. San José, Costa Rica, publicación del día 24 de enero de 2009.
28. WALLACH (Jason). Ex-USTR Negotiator Vargo Key in CAFTA Case. Revista electrónica Network in Solidarity with the People of Guatemala. Guatemala, publicación del veintiocho de marzo de 2007, http://www.nisgua.org/news_analysis/index.asp?id=2865.
29. WESTON (Burns). The Charter of Economic Rights and Duties of States and the Deprivation of Foreign-Owned Wealth. American Journal of International Law. Estados Unidos de América, Volumen 75, 1981, pp. 437-450
30. WONG (Jarrod). Umbrella clauses in Bilateral Investment Treaties: of breaches of contract, treaty violations, and the divide between developing and developed countries in Foreign Investment Disputes. George Mason Law Review. Virginia, Volumen 14:1, 2006, pp. 135-177.

Tesis de grado

1. ANGULO RUIZ (Carlos Darío). The investment rules under the U.S.-Central America Free Trade Agreement: A Comparative Overview. Suiza, Tesis para optar por el título de Máster en Derecho, Universidad de Loussane, 2004.

2. CASTRO VENTURA (Luis Manuel) y GUTIÉRREZ SWANSON (David). La expropiación desde la perspectiva del Derecho Internacional Público. San José, Tesis para optar por el título de Licenciados en Derecho, Universidad de Costa Rica, 1995.
3. CÉSPEDES VARGAS (Renzo Alexander). Incorporación de Costa Rica al GATT: Implicaciones jurídicas y económicas. San José, Tesis para optar por el título de Licenciado en Derecho, Universidad de Costa Rica, 1988.
4. MARÍN QUIRÓS (José Luis). Límites y limitaciones a la propiedad privada, según jurisprudencia de las Salas Primera y Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de los años 1990 a 1998. San José, Tesis para optar por el título de Licenciado en Derecho, Universidad de Costa Rica, 1999.
5. NYER (Damien). International Remedies for Breach of State Contract: Debunking the Myth of Concurrency. Montreal, Canadá, Tesis para optar por el título de Máster en Derecho, Universidad McGill, 2006.
6. RIVERA VALVERDE (Olman). La Retrocesión en la Expropiación Pública. San José, Tesis para optar por el título de Licenciado en Derecho, Universidad de Costa Rica, 1991.
7. SALAS VILLALOBOS (Mauricio) y SCHROEDER LEIVA (José A.). La Responsabilidad Internacional del Estado por Daños Ocasionados al Inversionista Extranjero. San José, Tesis para optar por el título de Licenciados en Derecho, Universidad de Costa Rica, 1994.
8. VAN BROWNE (Enrique Alberto) La Expropiación (en doctrina, legislación y jurisprudencia costarricenses). San José, Tesis para optar por el título de Licenciado en Derecho, Universidad de Costa Rica, 1970.

Legislación

1. Código Civil de la República de Costa Rica (Ley 63, del 28 de setiembre de 1887).
2. Constitución Política de la República de Costa Rica (ocho de noviembre de 1949).
3. Ley de Aprobación del Tratado entre Alemania y Costa Rica sobre Fomento y Recíproca Protección de Inversiones y su Protocolo (Ley 7695, publicada en la Gaceta 213 del 05 de noviembre de 1997).
4. Ley de Expropiaciones (Ley 7495, publicada en la Gaceta 110 del ocho de junio de 1995).
5. Tratado de Libre Comercio República Dominicana - Centroamérica - Estados Unidos (Ley 8622, publicada en la Gaceta 246 del veintiuno de noviembre de 2007).

Jurisprudencia nacional

1. CORTE PLENA. Sesión Extraordinaria del 25 de marzo de 1983.
2. CORTE PLENA. Sesión Extraordinaria del 16 de junio de 1983.
3. SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución N° 15 de las 16:45 horas del 5 de enero de 1990.
4. SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución N° 479 de las 16:00 del 11 de mayo de 1990.
5. SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución N° 546 de las 14:30 del 22 de mayo de 1990.

6. SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución N° 796 de las 15:10 del 26 de abril de 1991.
7. SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución N° 1739 de las 11:45 del 01 de julio de 1992.
8. SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución de las 14:06 horas del 19 de mayo de 1993.
9. SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución N° 5097 de las 10:24 del 15 de octubre de 1993.
10. SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución N° 565 de las 18:21 del 26 de enero de 1994.
11. SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución N° 3617 de las 15:45 del 19 de julio de 1994.
12. SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución N° 7346 de las 15:45 del 14 de diciembre de 1994.
13. SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución de las 17:15 horas del 22 de febrero de 1995.
14. SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución N° 2345 de las 9:24 del 17 de mayo de 1996.
15. SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución N° 4205 de las 14:33 del 20 de agosto de 1996.

16. SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución de las 15:39 horas del 13 de mayo de 1997.
17. SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución N° 2081 de las 17:48 del 25 de marzo de 1998.
18. SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución de las 10:48 horas del 31 de julio de 1998.
19. SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución N° 8667 de las 16:18 del 02 de diciembre de de 1998.
20. SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución N° 1307 de las 16:30 del 23 de febrero de 1999.
21. SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución N° 4878 de las 14:53 del 22 de mayo de 2002.
22. SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución N° 3656 de las 14:43 del 7 de mayo de 2003.
23. SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución N° 8015 de las 16:25 del 21 de julio de 2004.
24. SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución N° 10758 de las 18:55 del 29 de setiembre de 2004.
25. SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución N° 12137 de 12:43 horas del 29 de octubre de 2004.

26. SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución N° 1806 de las 14:55 horas del 15 de febrero de 2006.
27. SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución N° 3669 de las 15:00 horas del 15 de marzo de 2006.
28. SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución N° 11543 de las 15:11 horas del 9 de agosto de 2006.
29. SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución N° 10578 de las 16:40 horas del 25 de julio de 2007.
30. SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución N° 8770 del 27 mayo de 2008.
31. SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución N° 166 de las 16:20 horas del 18 de diciembre de 1992.
32. TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN II. Resolución N° 006 de las 10:15 horas del doce de enero de 2001.
33. TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y CIVIL DE HACIENDA, SECCIÓN II. Proceso pendiente con expediente número 05-000323-163-CA.

Jurisprudencia internacional y laudos arbitrales

1. AMERICAN-MEXICAN CLAIMS COMMISSION. Jalapa Railroad and Power Co. (Estados Unidos v. México) (1948)

2. CENTRO INTERNACIONAL PARA EL ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES. Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Egipto. Caso N° ARB/84/3 (1992).
3. CENTRO INTERNACIONAL PARA EL ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES. Goetz y Otros v. República de Burundi. Caso N° ARB/95/3 (1999).
4. CENTRO INTERNACIONAL PARA EL ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES. Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. v. Republica de Costa Rica. Caso N° ARB/96/1 (2000).
5. CENTRO INTERNACIONAL PARA EL ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES. Maffezini v. El Reino de España. Caso N° ARB/97/7 (2000).
6. CENTRO INTERNACIONAL PARA EL ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES. Metalclad Corporation v. Estados Unidos Mexicanos. Caso No. ARB(AF)/97/1 (2001).
7. CENTRO INTERNACIONAL PARA EL ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES. Loewen Group, Inc. y Raymond L. Loewen v. Estados Unidos de América. Caso N° ARB(AF)/98/3 (2001).
8. CENTRO INTERNACIONAL PARA EL ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES. Generation Ukraine Inc. v. Ucrania. Caso N° ARB/00/9 (2003).
9. CENTRO INTERNACIONAL PARA EL ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES. Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. contra los Estados Unidos Mexicanos. Caso N° ARB (AF)/00/2 (2004).

10. CENTRO INTERNACIONAL PARA EL ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES. Waste Management, Inc. v. Estados Unidos Mexicanos. Caso N° ARB(AF)/00/3 (2004).
11. CENTRO INTERNACIONAL PARA EL ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES. SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. República de Filipinas. Caso N° ARB/02/6 (2004).
12. CENTRO INTERNACIONAL PARA EL ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES. Tokios Tokelès v. Ucrania. Caso N° ARB/02/18 (2004).
13. CENTRO INTERNACIONAL PARA EL ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES. ADC Affiliate Limited and ADC & ADMC Management Limited v. República de Hungría. Caso N° ARB/03/16 (2006).
14. CENTRO INTERNACIONAL PARA EL ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES. Telenor Mobile Communications AS v. República de Hungría. Caso N° ARB/04/15 (2006).
15. CENTRO INTERNACIONAL PARA EL ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES. PSEG Global Inc y Konya Ilgin Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Sirketi v. República de Turquía. Caso N° ARB/02/5 (2007).
16. CENTRO INTERNACIONAL PARA EL ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES. Railroad Development Corporation v. Guatemala Laudo sobre Medidas Provisionales Caso N° ARB/07/23 (2008).
17. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Ivcher-Bronstein v. Perú. 2001.

18. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Chaparro-Alvarez v. Ecuador. 2007.
19. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. Case Concerning the Barcelona Traction Light and Power Company, Limited (Bélgica v. España). Sentencia de la Segunda Fase 5 de febrero de 1970.
20. IRÁN-US CLAIMS TRIBUNAL. Harza Engineering Company v. Irán. Laudo N° 19-98-2 (1982).
21. IRÁN-US CLAIMS TRIBUNAL. Starrett Housing Corporation v. Irán. Laudo N° 314-24-1 (1984).
22. IRÁN-US CLAIMS TRIBUNAL. Philips Petroleum Co. v. Irán. Laudo N° 425-39-2 (1989).
23. IRÁN-US CLAIMS TRIBUNAL. Tippetts, Abbett, McCarthy, Stratton v. TAMS-AFFA Consulting Engineers of Iran. Laudo N° 141-7-2 (1984).
24. IRÁN-US CLAIMS TRIBUNAL. Amoco International Finance Corp. v. Irán. Laudo N° 1803 (1987).
25. ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Caso Neer Claim. Reports of International Arbitral Awards (1926).
26. PERMANENT COURT OF INTERNATIONAL JUSTICE. Case Concerning the Factory at Chórzow (Alemania v. Polonia). Serie A N° 17 (1928).
27. TRIBUNAL ARBITRAL AD HOC. Kuwait v. American Independent Oil Company (AMINOIL). Final Award (1982).

28. TRIBUNAL ARBITRAL AD HOC NAFTA. Ethyl Corp. v. Canadá. Award on Jurisdiction (1998).
29. TRIBUNAL ARBITRAL AD HOC NAFTA. S.D. Myers Inc. v. Canadá. Partial Award (2000).
30. TRIBUNAL ARBITRAL AD HOC NAFTA. Pope & Talbot v. Canadá. Interim Award (2000).
31. TRIBUNAL ARBITRAL AD HOC NAFTA. Pope & Talbot v. Canadá. Award on the Merits, Phase II (2001).
32. TRIBUNAL ARBITRAL AD HOC NAFTA. Pope & Talbot v. Canadá. Final Award (2001).
33. TRIBUNAL ARBITRAL AD HOC NAFTA. S.D. Myers Inc. v. Canadá. Damages Award (2002).
34. TRIBUNAL ARBITRAL AD HOC NAFTA. Methanex Corporation v. Estados Unidos de América. Final Award (2005).
35. TRIBUNAL ARBITRAL AD HOC NAFTA. International Thunderbird Gaming Corporation v. Los Estados Unidos Mexicanos. Final Award (2006).
36. TRIBUNAL ARBITRAL UNCITRAL. Ronald S. Lauder v. República Checa. Final Award (2001).
37. TRIBUNAL ARBITRAL UNCITRAL. CME Czech Republic B.V. v. República Checa. Final Award (2003).

38. TRIBUNAL ARBITRAL UNCITRAL. Saluka Investments BV v. República Checa. Partial Award (2006).

Resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas:

1. A.G.O.N.U. Resolución número 1803. Soberanía permanente sobre los recursos naturales. (1962).
2. A.G.O.N.U. Resolución número 3171. Soberanía permanente sobre los recursos naturales. (1973).
3. A.G.O.N.U. Resolución número 3281. Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados. (1974).
4. A.G.O.N.U. Sesión número 56. Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts. (2001)

Sitios de Internet:

1. Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT de 1947): http://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/gatt47_01_s.htm. (Consulta: 02 de julio de 2008).
2. Agencia Nacional de Estadísticas de Canadá: Imports, exports and trade balance of goods on a balance-of-payments basis, by country or country grouping (2008): <http://www40.statcan.ca/l01/cst01/gblec02a.htm> (Consulta: 01 de octubre de 2008).
3. Artículo 5(3) del Tratado de Inversión Bilateral entre Austria y Georgia (2001): http://public.univie.ac.at/fileadmin/user_upload/legal_studies/Downloads/legality_of_expropriation.pdf (Consulta: 16 de junio de 2008).

4. Carta Encíclica Mater et Magistra. Papa Juan XXIII (1961): <http://rsta.pucmm.edu.do/biblioteca/enciclica/propiedad.htm> (Consulta: 17 de septiembre de 2008).
5. Centre for Research on Globalization: Canada: losing water through NAFTA (2007): <http://www.globalresearch.ca/index.php?context=va&aid=6859> (Consulta: 01 de octubre de 2008).
6. Cierre de Negociaciones, Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica y Estados Unidos, Ministerio de Comercio Exterior de Costa Rica: <http://www.comex.go.cr/negociaciones/usa2/cronologianegociacion/cierrenegociaciones/default.htm> (Consulta: 13 de noviembre de 2008)
7. Comunicado oficial de la compañía Railroad Development Corporation del día 15 de junio de 2007: http://www.rrdc.com/news_rdc_CAFTA_claim_06_15_2007.pdf (Consulta: 03 de septiembre de 2008).
8. Conferencia: Indirect expropriation: is the right to regulate at risk? Jan Paulsson, Presidente de la Corte Internacional de Arbitraje en Londres (2005): <http://www.oecd.org/dataoecd/5/52/36055332.pdf> (Consulta: 04 de junio de 2008).
9. Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo: http://www.unctadxi.org/templates/DocSearch___779.aspx. (Consulta: 18 de junio de 2008).
10. Comunicado de Prensa de la Oficina del Representante de Comercio de los Estados Unidos de América: United States and Central America Sign Historic Free Trade Agreement (2004): http://www.ustr.gov/Document_Library/Press_Releases/2004/May/United_States_Central_America_Sign_Historic_Free_Trade_Agreement.html (Consulta: 24 de septiembre de 2008).

11. Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, adoptada por la Asamblea Constituyente francesa del 20 al 26 de agosto de 1789, aceptada por el Rey de Francia el 5 de octubre de 1789. Página oficial de Université d'été des droits de l'homme de Genève: http://www.aidh.org/uni/Formation/01Home2_e.htm (Consulta: 07 de mayo de 2008).
12. Declaración final de la Conferencia del Hemisferio Occidental contra NAFTA y las privatizaciones, San Francisco, Estados Unidos de América (1997): <http://www.hartford-hwp.com/archives/40/037.html> (Consulta: 24 de setiembre de 2008).
13. Departamento de Asuntos Exteriores y Comercio Internacional de Canadá: Canada and the North American Free Trade Agreement: <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/nafta-alena/index.aspx> (Consulta: 01 de octubre de 2008).
14. Documento número A/51/394 de la Sesión número 51 de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (1996): <http://www.un.org/documents/ga/docs/51/plenary/a51-394.htm> (Consulta: 11 de junio de 2008).
15. Energy Charter Treaty (1998): www.ena.lt/pdfai/Treaty.pdf, (Consulta: 21 de mayo de 2008).
16. Enseñanzas de la encíclica Rerum Novarum y su desarrollo posterior en el magisterio de Pío XI y Pío XII. Página oficial de la Arquidiócesis de México: http://www.vicariadepastoral.org.mx/3_magisterio_pontificio/mater_et_magistra/mater_02.htm (Consulta: 17 de setiembre de 2008).

17. Entender la OMC: Los principios del sistema de comercio. Página oficial de la OMC: http://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/fact2_s.htm (Consulta: 14 de octubre de 2007).
18. Informe de la Novena Ronda de Negociación, Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica y Estados Unidos, Ministerio de Comercio Exterior de Costa Rica: <http://www.comex.go.cr/negociaciones/usa2/cronologianegociacion/rondas/IXronda/informe.pdf> (Consulta: 13 de noviembre de 2008).
19. Lineamientos para el Tratamiento a la Inversión Extranjera Directa del Banco Mundial (1992): <http://www.ita.law.uvic.ca/documents/WorldBank.pdf> (Consulta: 02 de julio de 2008).
20. North American Free Trade Agreement, U.S.-Mex.-Can. (1992): http://www.nafta-sec-alena.org/DefaultSite/index_e.aspx?DetailID=160#A1110 (Consulta : 27 de abril 2008).
21. Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo: http://www.unctadxi.org/templates/DocSearch_779.aspx. (Consulta: 18 de junio de 2008).
22. Protocol I of the European Convention on Human Rights (1952): <http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/D5CC24A7-DC13-4318-B457-5C9014916D7A/0/EnglishAnglais.pdf> (Consulta: 27 de abril 2008).
23. RDC plantea una demanda contra el estado de Guatemala con base en normas del CAFTA. Directorio Electrónico de Guatemala. (2007) http://www.deguate.com/artman/publish/politica_articulos/RDC_plantea_una_demanda_contra_el_estado_de_Guatem_6870.shtml (Consulta: 18 de noviembre de 2008).

24. República Dominicana se une a CAFTA, Oficina del Representante Comercial de Estados Unidos, Programas de Información Internacional, Gobierno de los Estados Unidos de América (2004): <http://usinfo.state.gov/esp/Archive/2004/Dec/29-113892.html> (Consulta: 14 de noviembre de 2008).
25. Resultados Definitivos del Escrutinio Referéndum 2007 a Nivel Nacional, Tribunal Supremo de Elecciones, República de Costa Rica (2007): www.tse.go.cr/ref/ref_def/pais.htm (Consulta: 14 de noviembre de 2008).
26. Secretaría de Integración Económica Centroamericana, Tratado de Libre Comercio CAFTA-DR, Antecedentes, Proceso de Negociación, Antecedentes (2008): <http://www.cafta.sieca.org.gt/VisorDocs.aspx?IDDOC=Cache/20990000000010/20990000000010.swf> (Consulta: 13 de noviembre de 2008).
27. Secretaría de Integración Económica Centroamericana, Tratado de Libre Comercio CAFTA-DR, Antecedentes, Proceso de Negociación, Estructura de las Negociaciones, Novena Ronda de Negociación (2008): <http://www.cafta.sieca.org.gt/VisorDocs.aspx?IDDOC=Cache/20990000000029/20990000000029.swf> (Consulta: 13 de noviembre de 2008).
28. Secretaría de Integración Económica Centroamericana, Tratado de Libre Comercio CAFTA-DR, Antecedentes, Proceso de Ratificación, Centroamérica: Resumen Cronológico del Proceso Legal (2008): <http://www.cafta.sieca.org.gt/Cache/20990000000009/20990000000009.swf> (Consulta: 13 de noviembre de 2008).
29. Sobre el TLC y la Expropiación: Cuatro Aclaraciones Fundamentales. Roberto Echandi: www.hacienda.go.cr/centro/datos/Articulo/SOBRE%20EL%20TLC%20Y%20LA%20EXPROPIACION.doc (Consulta: 04 de junio de 2008).

Entrevistas:

1. ANGULO RUIZ (Carlos Darío). (2008) Entrevista: Fundamentos constitucionales de la expropiación en Costa Rica. Abogado especialista en expropiación de la Universidad de Lausanne, Suiza. 20 de mayo de 2008.
2. ALVARADO QUESADA (Marco Vinicio). (2007) Ponencia: Distintas etapas de la concepción de la propiedad en la época moderna. Profesor universitario especialista en Derechos Reales. 15 de mayo de 2007.
3. RAMÍREZ (Carlos). (2008) Entrevista: Caso de la inversionista alemana Marion Unglaube. Asesor legal de la señora Marion Unglaube. 23 de junio de 2008.

Informes:

1. Ministerio de Comercio Exterior de Costa Rica (2008). Posición Nacional de cara a la II Ronda de Negociaciones del Acuerdo de Asociación entre Centroamérica y la Unión Europea. COMEX, San José, Costa Rica
2. Oficina del Representante de Comercio de los Estados Unidos de América (United States Trade Representative) (2003). Trade Fact Sheets “NAFTA at Ten: A Success Story”. Gobierno de los Estados Unidos de América.
3. Subsecretaría de Negociaciones Comerciales Internacionales (2006) La estrategia de negociaciones comerciales internacionales. Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos.

ANEXO: INSTRUMENTOS INTERNACIONALES SUSCRITOS POR COSTA RICA QUE REGULAN LAS DISTINTAS FORMAS DE EXPROPIACIÓN DE INVERSIÓN EXTRANJERA

A continuación, se enumeran los distintos instrumentos internacionales a los cuales Costa Rica es parte, así como las obligaciones específicas de cada uno de ellos en materia de expropiación de la propiedad de extranjeros y consecuencias de la expropiación antijurídica:

a. Tratados de Libre Comercio.

1. Tratado de Libre Comercio entre Canadá y Costa Rica. Aprobado por la ley 8300 del 10 de setiembre de 2002 y vigente a partir del 01 de noviembre de 2002:
 - a. **Artículo VIII.2:** Se aplicará lo estipulado en el Acuerdo Bilateral de Inversión entre Canadá y Costa Rica.

2. Tratado sobre Inversión y Comercio de Servicios entre Centroamérica. Aprobado de conformidad con el Tratado General de Integración Económica Centroamericana, ley 3150 del 29 de julio de 1963 y vigente a partir del 17 de noviembre de 1999:
 - a. **Artículo 3.11 Expropiación e indemnización:** “1. Ninguna Parte podrá nacionalizar ni expropiar, directa o indirectamente, una inversión de un inversionista de una Parte en su territorio, ni adoptar medida alguna equivalente a la expropiación o nacionalización de esa inversión, salvo que sea: a) por causa de utilidad pública conforme a lo dispuesto en el Anexo 3.11; b) sobre bases no discriminatorias; c) con apego al principio de legalidad; y d) mediante indemnización conforme a los párrafos 2 al 4. 2. La indemnización será equivalente al valor justo de mercado que tenga la inversión expropiada inmediatamente antes 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 haya conocido con

antelación a la fecha de expropiación. Los criterios de valuación incluirán 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. La cantidad pagada no será inferior a la cantidad equivalente que por indemnización se hubiera pagado en una divisa de libre convertibilidad en el mercado financiero internacional, en la fecha de expropiación, y esta divisa se hubiese convertido a la cotización de mercado vigente en la fecha de valuación, más los intereses que hubiese generado a una tasa bancaria o comercial hasta la fecha del día del pago.”

3. Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica y Chile. Aprobado por la ley 8055 del 04 de enero de 2001 y vigente a partir del 15 de febrero de 2002:

- a. **Artículo 10.01:** Se aplicará lo estipulado en el Acuerdo Bilateral de Inversión entre Chile y Costa Rica.

4. Tratado de Libre Comercio entre el Gobierno de la República de Costa Rica y el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos. Aprobado por la ley 7474 del 19 de diciembre de 1994 y vigente a partir del 01 de enero de 1995:

- a. **Artículo 13-10: Expropiación y compensación:** “1. Ninguna Parte podrá nacionalizar ni expropiar, directa o indirectamente, una inversión de un inversionista de otra Parte en su territorio, ni adoptar medida alguna 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 d) mediante indemnización conforme a los párrafos 2 a 4. 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 cambio alguno en el valor debido a que la intención de expropiar se haya conocido con antelación a la fecha de expropiación. Los criterios de valuación

incluirán 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. La cantidad pagada no será inferior a la cantidad equivalente que por indemnización se hubiere pagado en una divisa de libre convertibilidad en el mercado financiero internacional, en la fecha de expropiación, y esta divisa se hubiese convertido a la cotización de mercado vigente en la fecha de valuación, más los intereses que hubiese generado a una tasa comercial razonable para esa divisa, seleccionada por la Parte de acuerdo con los parámetros internacionales, hasta la fecha del día del pago.”

5. Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica y República Dominicana. Aprobado por la ley 7882 del 9 de junio de 1999 y vigente a partir del 07 de marzo de 2002:

- a. **Artículo 9.11. Expropiación e indemnización:** “1. Las inversiones de los inversionistas de una Parte en el territorio de otra Parte, no serán sometidas a nacionalización, expropiación o cualquier otra medida que tenga efectos equivalentes (en adelante "expropiación"), a menos que se cumplan las siguientes condiciones de acuerdo a su legislación nacional:
- a) las medidas sean adoptadas por razones de utilidad pública conforme a lo dispuesto en el anexo a este artículo;
 - b) las medidas no sean discriminatorias; y
 - c) las medidas vayan acompañadas de una indemnización pronta, adecuada y efectiva.
1. La indemnización será equivalente al justo precio que la inversión expropiada tenía inmediatamente antes de que la medida de expropiación se adoptara o antes de que la inminencia de la medida fuera de conocimiento público, lo que suceda primero. La indemnización incluirá el pago de intereses calculados desde el día de la desposesión del bien expropiado hasta el día del pago. Estos intereses serán calculados sobre la base de una tasa pasiva promedio del sistema bancario nacional de la Parte donde se efectúa la

expropiación. La indemnización se abonará sin demora en moneda convertible y será efectivamente realizable y libremente transferible. El monto de la indemnización se determinará de la siguiente manera: a) un dictamen pericial de acuerdo a la legislación interna de cada una de las Partes, que deberá incluir todos los datos necesarios para individualizar el bien que se valora; b) cuando se trate de inmuebles, el dictamen contendrá la valoración independientemente del terreno, los cultivos, las construcciones, los inquilinatos, los arrendamientos, los derechos comerciales, los yacimientos y cualesquiera otros bienes o derechos susceptibles de indemnización; c) cuando se trate de bienes muebles, cada uno se valorará separadamente y se indicarán las características que influyen en su valoración; d) los avalúos tomarán en cuenta sólo los daños reales permanentes. No se incluirán ni se tomarán en cuenta los hechos futuros ni las expectativas de derecho que afecten el bien. Tampoco podrán reconocerse plusvalías derivadas del proyecto que origina la expropiación; e) todo dictamen pericial deberá indicar, en forma amplia y detallada, los elementos de juicio en que se fundamenta el valor asignado al bien y la metodología empleada. 3. El inversionista afectado tendrá derecho, de conformidad con la legislación interna de la Parte que realiza la expropiación, a la pronta revisión, por parte de la autoridad judicial u otra autoridad competente e independiente de dicha Parte, de su caso para determinar si la expropiación y la valoración de su inversión se han adoptado de acuerdo con los principios establecidos en este artículo. 4. Nada de lo dispuesto en este artículo afectará la potestad del Gobierno de una Parte de decidir negociar o no con la otra Parte, o con terceros Estados, restricciones cuantitativas de sus exportaciones, ni su potestad de definir la asignación de las cuotas eventualmente negociadas a través de los mecanismos y criterios que estime pertinentes, de conformidad con las disciplinas multilaterales.”

6. Tratado de Libre Comercio entre Costa Rica y la Comunidad del Caribe (CARICOM). Aprobado por la ley 8455 del 19 de setiembre de 2005 y vigente a partir del 15 de noviembre de 2005:

- a. **Artículo X.06 Expropiación e Indemnización:** “1. Las inversiones de una Parte en el territorio de la otra Parte no serán sometidas a nacionalización, expropiación ni a cualquier otra medida de efectos equivalentes (en adelante "expropiación"), excepto que cualquiera de esas medidas se adopte por razones de interés público, conforme al debido proceso legal, de manera no discriminatoria y esté acompañada del pago de una indemnización pronta, adecuada y efectiva. 2. La indemnización será equivalente al valor de mercado que la inversión expropiada tenía inmediatamente antes de que la expropiación, o antes de que la inminencia de la medida fuera de conocimiento público, lo que suceda antes. La indemnización incluirá el pago de intereses calculados desde el día de desposesión del bien expropiado hasta el día del pago. Estos intereses serán calculados sobre la base del promedio de la tasa de depósito prevaeciente del sistema bancario nacional de la Parte donde se llevó a cabo la expropiación. La indemnización se pagará sin demora injustificada, en moneda convertible, y será efectivamente realizable y libremente transferible. 3. El inversionista afectado tendrá derecho, de conformidad con la ley de la Parte que realice la expropiación, a una pronta revisión, por parte de la autoridad judicial u otra autoridad independiente de dicha Parte, de su caso y de la valoración de su inversión, de acuerdo con los principios estipulados en este Artículo. 4. Nada de lo dispuesto en este Artículo afectará la potestad del gobierno de una Parte de decidir negociar con la otra Parte, o con países no Parte, restricciones cuantitativas de sus exportaciones, ni su potestad de definir la asignación de las cuotas negociadas a través de los mecanismos y criterios que estime pertinentes. Consecuentemente, cualquier disputa a este respecto se resolverá de acuerdo a los acuerdos comerciales aplicables entre las Partes. Así, nada de lo establecido en este Artículo será utilizado

como base para que un inversionista alegue que los efectos derivados de la distribución o administración de una cuota representan una expropiación indirecta.”

7. Tratado de Libre Comercio República Dominicana - Centroamérica - Estados Unidos. Aprobado por la ley 8622 del 21 de noviembre de 2007 (DR-CAFTA) vigente a partir del 01 de enero de 2009:

- a. **Artículo 10.7:**“Ninguna Parte expropiará ni nacionalizará una inversión cubierta, sea directa o indirectamente, mediante medidas equivalentes a la expropiación o nacionalización (“expropiación”), salvo que sea: (a) por causa de un propósito público; (b) de una manera no discriminatoria; (c) mediante el pago pronto, adecuado y efectivo de una indemnización de conformidad con los párrafos 2 al 4; y (d) con apego al principio del debido proceso y al Artículo 10.5.”
- b. **Anexo 10-C.**

b. Acuerdos Bilaterales de Inversión.

1. Tratado entre Alemania y Costa Rica sobre Fomento y Recíproca Protección de Inversiones y su Protocolo. Aprobado por la ley 7695 del 03 de octubre de 1997 y vigente a partir del 24 de noviembre de 1998:

- a. **Artículo 4:** “1. Las inversiones de nacionales o sociedades de una Parte Contratante gozarán de plena protección y seguridad en el territorio de la otra Parte Contratante. 2. Las inversiones de nacionales o sociedades de una Parte Contratante no podrán, en el territorio de la otra Parte Contratante, ser expropiadas, nacionalizadas, o sometidas a otras medidas que en sus repercusiones, equivalgan a expropiación o nacionalización, sino a favor del interés público, debiendo en tal caso ser indemnizadas. Estas medidas deberán ser autorizadas por ley.”

2. Acuerdo entre Argentina y Costa Rica para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones. Aprobado por la ley 8068 del 14 de febrero de 2001 y vigente a partir del 01 de mayo de 2001:

- a. **Artículo 5. Expropiaciones e indemnización:** “1. Ninguna de las Partes Contratantes tomará medidas de nacionalización o expropiación ni ninguna otra medida que tenga el mismo efecto (en adelante denominadas “expropiación”), contra inversiones que se encuentren en su territorio y que pertenezcan a inversores de la otra Parte Contratante, a menos que dichas medidas sean tomadas por razones de interés público, sobre una base no discriminatoria y bajo el debido proceso legal. Las medidas serán acompañadas de disposiciones para el pago de una indemnización pronta, adecuada y efectiva. El monto de dicha indemnización corresponderá al valor de mercado que la inversión expropiada tenía inmediatamente antes de la expropiación o antes de que la expropiación inminente se hiciera pública, cualquiera de estas circunstancias fuera anterior, comprenderá intereses desde la fecha de la desposesión a una tasa bancaria usual, será pagada sin demora en moneda convertible y será efectivamente realizable y libremente transferible. 2. El inversor afectado tendrá derecho, de conformidad con las leyes de la Parte Contratante que realice la expropiación, a la pronta revisión, por parte de una autoridad judicial u otra autoridad competente e independiente de dicha Parte Contratante, de su caso para determinar si la expropiación y la valoración de su inversión se han adoptado de acuerdo con los principios establecidos en el párrafo 1 de este artículo.”

3. Acuerdo entre Canadá y Costa Rica para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones. Aprobado por la ley 7870 del 05 de mayo de 1999 y vigente a partir del 29 de setiembre de 1999:

- a. **Artículo VIII. Expropiación:** “1. Las inversiones de inversionistas de cualquiera de las Partes Contratantes no serán nacionalizadas, expropiadas o sujetas a medidas que tengan un efecto equivalente a la nacionalización

o expropiación (en lo sucesivo denominadas "expropiación") en el territorio de la otra Parte Contratante, excepto por razones de interés público, bajo el debido proceso de la ley, de una manera no discriminatoria y contra indemnización pronta, adecuada y efectiva. Tal indemnización estará basada en el valor justo de mercado de la inversión expropiada inmediatamente antes de la expropiación o al momento en que la expropiación propuesta se hizo de conocimiento público, lo que ocurra primero. Esta indemnización será pagadera: a) en Canadá, a partir de la fecha de expropiación con intereses a la tasa de interés comercial normal; b) en Costa Rica, a partir de la fecha de desposesión de acuerdo con el Artículo 11 de la Ley de Expropiaciones N° 7495 de 3 de mayo de 1995 (en adelante denominada la "Ley de Expropiaciones"), con intereses al tipo de interés promedio para los depósitos, imperante en el sistema bancario nacional. Sin demora y será efectivamente realizable y, libremente transferible. El criterio de valoración para determinar el valor justo de mercado incluirá el valor de la empresa en pleno funcionamiento, el valor de los activos incluyendo el valor tributario declarado de la propiedad tangible y otros criterios según proceda, incluyendo en el caso de Costa Rica, el Artículo 22 de la Ley de Expropiaciones. 2. El inversionista afectado tendrá derecho, bajo la legislación de la Parte Contratante que realiza la expropiación, a una pronta revisión, por una autoridad judicial u otra autoridad independiente de esa Parte. de su caso y de la valoración de su inversión de acuerdo con los principios estipulados en este Artículo. 3. Las disposiciones de este Artículo serán aplicables a las medidas tributarias a menos que las autoridades fiscales de las Partes Contratantes, en un plazo que no exceda los seis meses después de haber recibido notificación por parte de un inversionista que impugna una medida tributaria, determinen conjuntamente que la medida en cuestión no constituye una expropiación.”

4. Acuerdo entre Chile y Costa Rica para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones. Aprobado por la ley 7748 del 23 de febrero de 1998 y vigente a partir del 23 de junio de 2000:

- a. **Artículo VI. Expropiación e indemnización:** “1. Ninguna de las Partes Contratantes adoptará medida alguna que tenga como efecto, directa o indirectamente, la nacionalización o la expropiación de las inversiones de los inversionistas de la otra Parte Contratante, ni cualquier otra medida que tenga efectos equivalentes, a menos que se cumplan las siguientes condiciones: a) Las medidas sean adoptadas por causa de utilidad pública o interés público y de conformidad con la ley. b) Las medidas no sean discriminatorias. c) Las medidas vayan acompañadas de disposiciones para el pago al inversionista o a su derechohabiente, de una indemnización pronta, adecuada y efectiva. 2. La indemnización se basará en el valor de mercado que la inversión expropiada tenía en el momento inmediatamente anterior a aquel en que la medida adoptada haya sido anunciada, publicada, o por cualquier medio haya llegado a conocimiento público. La indemnización incluirá el pago de intereses calculados desde el día de la desposesión del bien expropiado hasta el día del pago. Estos intereses serán calculados sobre la base de una tasa comercial establecida con base en el valor de mercado, se abonará en moneda convertible y será efectivamente realizable y libremente transferible. 3. De la legalidad de la nacionalización, expropiación o cualquiera otra medida que tenga un efecto equivalente y del monto de la indemnización se podrá recurrir ante los tribunales ordinarios de justicia de cada Parte Contratante.”

5. Acuerdo entre Corea y Costa Rica para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones. Aprobado por la ley 8217 del 08 de marzo de 2002 y vigente a partir del 26 de agosto de 2002:

- a. **Artículo 5. Expropiación:** “1. Las inversiones de inversionistas de una Parte Contratante no deberán ser nacionalizadas, expropiadas o de cualquier otra manera sujetas a medidas tengan un efecto equivalente a la

nacionalización o expropiación (en adelante referida como “expropiación”) en el territorio de la otra Parte Contratante excepto por motivo de interés público y contra indemnización pronta, adecuada y efectiva. La expropiación deberá efectuarse de manera no discriminatoria y de conformidad con el debido proceso. 2. Dicha indemnización será equivalente al valor justo de mercado de las inversiones expropiadas inmediatamente antes de que la expropiación tuviera lugar o antes de que la inminente expropiación fuera de conocimiento público, la que fuera primero. Deberá incluir intereses basados en la tasa comercial aplicable desde el día de la desposesión de la propiedad expropiada hasta la fecha de pago y deberá efectuarse sin demora, será efectivamente realizable y libremente transferible. Tanto en materia de expropiación como en indemnización, deberá otorgarse un trato no menos favorable que aquel que la Parte contratante conceda a sus propios inversionistas o a inversionistas de cualquier tercer Estado. 3. Inversionistas de una Parte Contratante que hayan sido afectados por la expropiación tendrán derecho a una pronta revisión de su caso y de la valuación de sus inversiones de conformidad con los principios establecidos en este Artículo por parte de una autoridad judicial u otra autoridad independiente de la otra Parte Contratante. 4. Cuando una Parte Contratante expropie los activos de una compañía que esté incorporada o constituida de conformidad con su legislación y en que inversionistas de la otra Parte Contratante participen o posean acciones u obligaciones, se aplicarán las disposiciones de este Artículo.”

6. Acuerdo entre España y Costa Rica para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones. Aprobado por la ley 7869 del 05 de mayo de 1999 y vigente a partir del 17 de julio de 1999:

- a. **Artículo V. Nacionalización y expropiación:** “1. Las inversiones o rentas de inversión de inversores de una Parte Contratante en el territorio de la otra Parte Contratante no serán sometidas a nacionalización, expropiación

ni a cualquier otra medida de efectos equivalentes (en adelante "expropiación") excepto que cualquiera de esas medidas se adopte por razones de utilidad pública o interés público, conforme a las disposiciones legales, de manera no discriminatoria y esté acompañada del pago de una indemnización pronta, adecuada y efectiva. 2. La indemnización será equivalente al valor justo de mercado que la inversión expropiada tenía inmediatamente antes de que se adopte la medida de expropiación o antes de que la inminencia de la misma sea de conocimiento público, lo que suceda primero (en adelante "fecha de valoración"). La indemnización se abonará sin demora, será efectivamente realizable y libremente transferible. 3. El valor justo de mercado se calculará en una moneda libremente convertible, al tipo de cambio vigente en el mercado para esa moneda en la fecha de valoración. La indemnización incluirá intereses a un tipo comercial fijado con arreglo a criterios de mercado para dicha moneda, hasta la fecha de pago. 4. El inversor afectado tendrá derecho, de conformidad con la ley de la Parte Contratante que realice la expropiación, a la pronta revisión, por parte de la autoridad judicial u otra autoridad competente e independiente de dicha Parte Contratante, de su caso para determinar si la expropiación y la valoración de su inversión se han adoptado de acuerdo con los principios establecidos en este artículo. 5. Si una Parte Contratante expropiara los activos de una empresa que esté constituida en su territorio de acuerdo con su legislación vigente y en la que exista participación de inversores de la otra Parte Contratante, la primera Parte Contratante deberá asegurar que las disposiciones del presente artículo se apliquen de manera que se garantice a dichos inversores una indemnización pronta, adecuada y efectiva.”

7. Convenio entre Francia y Costa Rica para el Fomento y Protección Recíproca de las Inversiones. Aprobado por la ley 7691 del 03 de octubre de 1997 y vigente a partir del 19 de junio de 1999:

- a. **Artículo 5:** “1. Las inversiones efectuadas por nacionales o sociedades de cualquiera de las Partes contratantes gozarán, en el territorio y en las zonas marítimas de la otra Parte Contratante, de una protección y de una seguridad absolutas. 2. Las Partes contratantes no tomarán medidas de expropiación o de nacionalización o cualquier otra medida cuyo efecto sea desposeer, directa o indirectamente a los nacionales y a las sociedades de la otra Parte, de las inversiones que le pertenezcan en su territorio y en sus zonas marítimas, a no ser que sea por razones de utilidad pública y siempre y cuando dichas medidas no sean discriminatorias ni contrarias a un compromiso específico. Las medidas de desposesión que pudieran tomarse deberán dar lugar a un pago de una indemnización pronta y adecuada cuyo importe calculado sobre el valor real de las inversiones correspondientes debe evaluarse con relación a una situación económica normal y anterior a cualquier amenaza de desposesión. Esta indemnización, su importe y sus modalidades de pago, se fijarán a más tardar en la fecha de la desposesión. Esta indemnización será efectivamente realizable, será pagada sin demora y será libremente transferible. Producirá hasta la fecha del pago intereses calculados según una tasa de interés admitida por las Partes contratantes. 3. Los inversionistas de una de las Partes contratantes cuyas inversiones hayan sufrido pérdidas debidas a la guerra o a cualquier otro conflicto armado, revolución, rebelión o estado de emergencia nacional sucedido en el territorio o en las zonas marítimas de la otra Parte contratante, gozarán, por parte de esta última, de un tratamiento no menos favorable que el otorgado a sus propios inversionistas.”

8. Acuerdo entre el Reino de los Países Bajos y Costa Rica para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones. Aprobado por la ley 8081 del 14 de febrero de 2001 y vigente a partir del 01 de junio de 2001:

- a. **Artículo 6:** “1. Ninguna de las Partes Contratantes tomará, directa o indirectamente, medidas para nacionalizar o expropiar, o cualquier otra

medida que tenga un efecto equivalente, contra las inversiones de inversionistas de la otra Parte Contratante, excepto en casos en que dichas medidas hayan sido adoptadas por interés público, de una manera no discriminatoria, siguiendo el debido proceso y contra una indemnización pronta, adecuada y efectiva. 2. La indemnización se pagará de una manera pronta, será equivalente al justo valor de mercado que la inversión expropiada tenía inmediatamente antes de que se adoptara la medida de expropiación o antes de que la inminencia de la medida fuera de conocimiento público, y deberá ser efectivamente realizable y libremente transferible. El monto de dicha indemnización deberá incluir intereses desde el día de la desposesión de la propiedad expropiada hasta el día de pago, de acuerdo a un tipo de cambio normal para la moneda en que se pagará la indemnización.”

9. Acuerdo entre Paraguay y Costa Rica para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones. Aprobado por la ley 8069 del 14 de febrero de 2001 y vigente a partir del 25 de mayo de 2001:

- a. **Artículo VII. Expropiación e Indemnización:** “1. Ninguna de las Partes Contratantes adoptará directa o indirectamente, medidas de expropiación, nacionalización o cualquier otra medida de la misma naturaleza o efecto contra inversiones de inversionistas de la otra Parte Contratante, en adelante “expropiación”, excepto por razones de interés o utilidad pública, incluyendo el interés social, de conformidad con las Constituciones Nacionales y ordenamientos jurídicos respectivos y a condición de que dichas medidas no sean discriminatorias y que den lugar al pago de una indemnización adecuada, pronta y efectiva conforme a las disposiciones legales vigentes. 2. La indemnización será equivalente al valor real que la inversión expropiada tenía inmediatamente antes de que se adoptara la medida de expropiación o antes de que la inminencia de la medida fuera de conocimiento público, lo que suceda antes. La indemnización comprenderá cuando corresponda, el pago de intereses calculados desde el

día de la desposesión del bien expropiado hasta el día del pago efectivo. Estos intereses serán calculados sobre la base de la tasa pasiva promedio del sistema bancario nacional de la Parte en donde se realizó la expropiación. La indemnización se abonará sin demora, en moneda convertible y será efectivamente realizable y libremente transferible. 3. El inversionista afectado tendrá derecho, de conformidad con la ley de la Parte Contratante que realice la expropiación, a la pronta revisión, por parte de la autoridad judicial competente de dicha Parte Contratante, de su caso y de la valoración, de acuerdo con los principios establecidos en este artículo.”

10. Acuerdo entre República Checa y Costa Rica para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones. Aprobado por la ley 8076 del 14 de febrero de 2001 y vigente a partir del 17 de abril de 2001:

- a. **Artículo 5. Expropiación:** “1. Las inversiones de inversionistas de una Parte Contratante en el territorio de la otra Parte Contratante no serán sometidas a nacionalización, expropiación ni a cualquier otra medida de efectos equivalentes a la nacionalización y expropiación (en adelante “expropiación”) excepto que cualquiera de esas medidas se adopten por razones de interés público. La expropiación deberá realizarse conforme a las disposiciones legales, de manera no discriminatoria y deberá estar acompañada del pago de una indemnización pronta, adecuada y efectiva. Esta compensación se basará en el valor justo que la inversión expropiada o la inversión a ser expropiada tenía en el momento inmediatamente anterior a aquel en que la medida adoptada haya sido de conocimiento público, incluirá el pago de intereses calculados sobre la tasa pasiva promedio prevaleciente en el sistema bancario nacional calculados desde el día de la desposesión, deberá realizarse sin demora en moneda convertible y será efectivamente realizable y libremente transferible. El valor justo será determinado de conformidad con las leyes y regulaciones de la Parte Contratante receptora de la inversión. 2. El inversionista

afectado tendrá derecho, a la pronta revisión, por parte de la autoridad judicial u otra autoridad independiente de la Parte Contratante, de su caso y de la valuación de su inversión de acuerdo a los principios establecidos en este Artículo. 3. Nada relacionado con el acceso de bienes producidos en el territorio de una de las Partes Contratantes a mercados extranjeros, incluyendo restricciones cuantitativas de sus exportaciones o las asignaciones de éstas, aplicadas de conformidad con las disposiciones contenidas en los Acuerdos concluidos dentro de la OMC, particularmente en el artículo XIII del GATT 1994, serán cubiertos por este Acuerdo.”

11. Acuerdo entre la Confederación Suiza y Costa Rica para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones. Aprobado por la ley 8218 del 08 de marzo de 2002 y vigente a partir del 19 de noviembre de 2002:

- a. **Artículo 5. Expropiación:** “1. Ninguna de las Partes Contratantes tomará, de manera directa o indirecta, medidas de expropiación, nacionalización ni cualquier otra medida de la misma naturaleza o de efectos equivalentes contra inversiones de inversionistas de la otra Parte Contratante, a menos que las medidas se adopten por razones de interés público, de manera no discriminatoria, conforme a un debido proceso legal y siempre que se tomen medidas para la pronta, adecuada y efectiva indemnización. Dicha indemnización será equivalente al valor de mercado que la inversión expropiada tenía inmediatamente antes o en el momento en que se adoptara la decisión de expropiación o que ésta fuera de conocimiento público, la que fuere primero. El monto de la indemnización deberá ser establecido en una moneda libremente convertible y pagado sin demora a la persona legitimada al efecto. 2. El inversionista afectado por la expropiación tendrá derecho, de conformidad con la legislación de la Parte Contratante que realice la expropiación, a la pronta revisión, por parte de la autoridad judicial u otra autoridad independiente de dicha Parte, de su caso y de la valoración de la inversión de conformidad con los principios establecidos en este Artículo. 3. Con el fin de evitar dudas, se confirma

que ninguna Parte Contratante será responsable en los términos de las disposiciones de este Artículo por un inversionista para los efectos de cualquier medida (por ejemplo la imposición de cuotas) que una Parte Contratante pueda tomar por el solo propósito de implementar una obligación conforme a un tratado internacional en el que ambos Estados sean parte (tales como los acuerdos de la OMC).”

12. Acuerdo entre Venezuela y Costa Rica para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones. Aprobado por la ley 8067 del 14 de febrero de 2001 y vigente a partir del 02 de mayo de 2001:

- a. **Artículo 5. Expropiación:** “1. Ninguna de las Partes Contratantes expropiará las inversiones de inversionistas de la otra Parte Contratante, ni les aplicará medidas equivalentes a la expropiación, a menos que sea por causa de interés público, de acuerdo con la ley, de manera no discriminatoria y mediante pronta, adecuada y efectiva indemnización. 2. La indemnización será equivalente al justo precio que la inversión expropiada tenía inmediatamente antes del momento en que la expropiación haya sido anunciada o fuera de conocimiento público, lo que suceda antes. La indemnización incluirá el pago de intereses hasta el día del pago calculados sobre la base de criterios comerciales usuales, se abonará sin demora, en moneda convertible y será efectivamente realizable y libremente transferible. 3. El inversionista afectado tendrá derecho, de acuerdo con la ley de la Parte Contratante que realice la expropiación, a la pronta revisión, por parte de la autoridad judicial u otra autoridad competente de dicha Parte Contratante, de su caso para determinar si la inversión expropiada y el monto de la indemnización se han adoptado de acuerdo con los principios establecidos en este Artículo.”

c. Acuerdos emanados de organismos internacionales a los cuales Costa Rica pertenece

1. A.G.O.N.U. Resolución número 3281. Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados. (1974).
 - a. **Artículo 2.2.c:** “Todo Estado tiene el derecho de: c) Nacionalizar, expropiar o transferir la propiedad de bienes extranjeros, en cuyo caso el estado que adopte esas medidas deberá pagar una compensación apropiada, teniendo en cuenta sus leyes y reglamentos aplicables y todas las circunstancias que el Estado considere pertinentes...”
2. A.G.O.N.U. Resolución número 3171. Soberanía permanente sobre los recursos naturales. (1973).
3. A.G.O.N.U. Resolución número 1803. Soberanía permanente sobre los recursos naturales. (1962).
4. Declaración Universal de los Derechos Humanos. Adoptada y proclamada por la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas número 217 A (iii) del 10 de diciembre de 1948:
 - a. **Artículo 17:** “1. Toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente. 2. Nadie será privado arbitrariamente de su propiedad.”

d. Obligaciones en materia de Derechos Humanos:

1. Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Pacto de San José). Aprobado por la ley 4534 del 23 de febrero de 1970 y vigente a partir del 23 de febrero de 1970:
 - a. **Artículo 21. Derecho a la Propiedad Privada:** “1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social. 2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas

por la ley. 3. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley.”