

Las indemnizaciones en el marco de los tratados de inversión: ¿qué problemas existen y qué se puede hacer al respecto?

Jonathan Bonnitcha
Sarah Brewin

diciembre 2020

Los tratados de inversión permiten que los inversionistas extranjeros que estén bajo su amparo presenten sus demandas ante arbitraje internacional cuando un Estado anfitrión haya quebrantado alguna de sus disposiciones. Si el tribunal arbitral constata que efectivamente se cometió una violación, le ordenará al Estado anfitrión que resarza al inversionista. Los principios jurídicos que rigen este tipo de indemnización —y la forma en la que los tribunales han interpretado y aplicado estos principios— determinan el importe que el Estado anfitrión debe abonar. De esta manera, los principios que rigen la compensación tienen implicaciones directas y prácticas para los Estados, los inversionistas y los demás participantes del régimen de tratados de inversión.

A pesar de su gran importancia práctica, es curioso que, hasta la fecha, no se le haya dado demasiada importancia a la cuestión de la indemnización (o “daños y perjuicios”) en virtud de los tratados de inversión. En la presente nota, se señalan los principales problemas que surgen del enfoque actual de los tribunales y se sugiere un abanico de reformas que los Estados podrían adoptar para hacer frente a estas preocupaciones.¹

¿Qué problemas existen?

1. Los montos de las indemnizaciones que se conceden son cuantiosos y cada vez más elevados

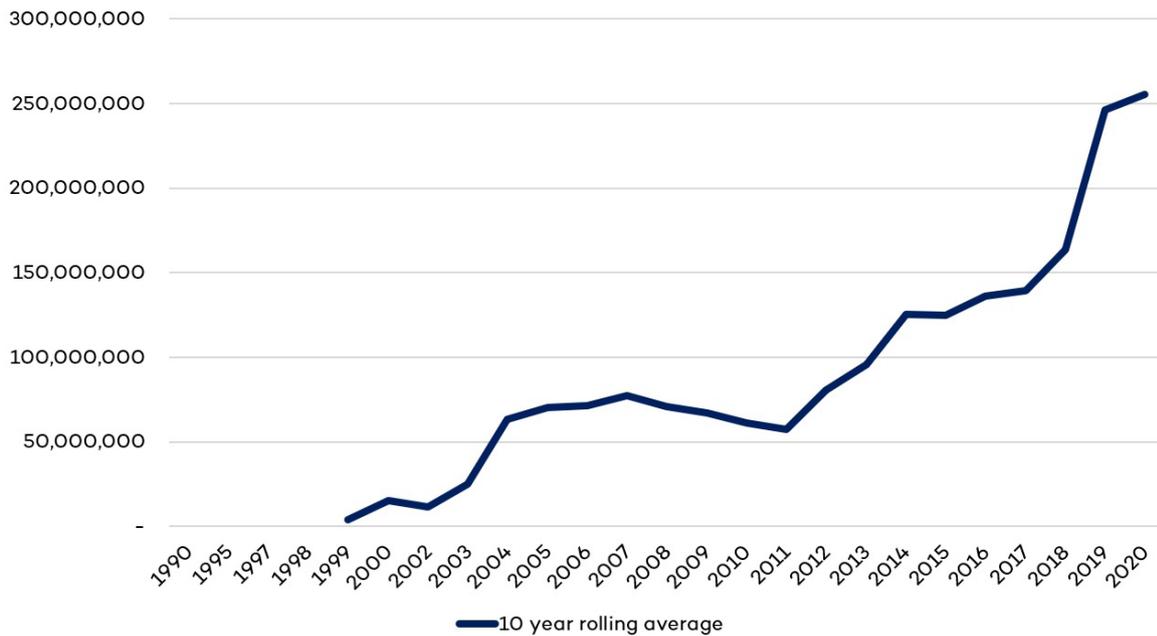
A principios de la primera década del siglo XXI, el importe de las indemnizaciones, que rondaban las decenas de millones de USD, se consideraba elevado. En retrospectiva, estas cifras parecen interesantes. Hasta el momento, el importe más elevado de una indemnización, que se demandó

¹ Los lectores que estén interesados en un análisis más profundo de estos problemas pueden consultar la publicación de los autores: Bonnitcha, J. y Brewin, S. (2020). *Las indemnizaciones en el marco de los tratados de inversión*. Serie del IISD sobre mejores prácticas. <https://www.iisd.org/publications/iisd-best-practices-series-compensation-under-investment-treaties>



en un arbitraje de tratados de inversión, fue los USD 40.000 millones del caso *Hulley vs. Rusia*. (Se trató de la mayor de una serie de demandas derivadas de la nacionalización de Yukos, donde se terminó asignando un total de USD 50.000 millones). En la actualidad, hay 50 casos conocidos en los que un tribunal ha exigido el pago de una indemnización superior a USD 100 millones; en ocho de ellos, el importe superó los USD 1000 millones.

Figura 1. Promedio de laudos arbitrales de 1990 a 2019 y promedio móvil de 10 años (expresados en USD)



Fuente de datos: UNCTAD e Italaw

2. Las indemnizaciones elevadas se fijan en el marco de conflictos normativos, incluso si la inversión sigue funcionando y obteniendo rédito

Las disposiciones de los tratados actuales relativas a las indemnizaciones datan de la época de la descolonización, es decir, de la década de los 60 y los 70. En ese momento, había un desacuerdo entre los países desarrollados y aquellos en desarrollo en cuanto a la norma que se debían aplicar para determinar la cuantía de las indemnizaciones por la expropiación de activos de propiedad extranjera. En última instancia, las disposiciones de los tratados de inversión sobre indemnizaciones por expropiación reflejaban la perspectiva de los países desarrollados: que la indemnización sea equivalente al valor normal de mercado que tenga el activo expropiado, independientemente de las circunstancias en las que este se haya adquirido o de la capacidad de pago del Estado anfitrión.² No obstante este desacuerdo significativo, tanto en los países desarrollados como en aquellos en desarrollo se presumía que los conflictos en torno a las inversiones, por lo general, tenían que ver con la confiscación de activos de propiedad extranjera por parte del Estado anfitrión.

² Bonnitca, J., Poulsen, L. N. S., y Waibel, M. (2017). *The political economy of the investment treaty regime*. Oxford University Press, 199.



Por el contrario, los conflictos más contemporáneos inversionista-Estado dimanaban de las interacciones normativas entre el Estado y el inversionista, antes que de la confiscación de activos. Un ejemplo de ello es la serie de arbitrajes contra España que acaecieron tras las modificaciones a los aranceles pagados a los productores de energía solar. No todos los casos tuvieron el mismo desenlace, ya que en un extremo de la balanza hubo situaciones en las que se desestimaron por completo las demandas de los inversionistas y, en el otro, se emitieron laudos a favor de cuantiosas indemnizaciones. Por ejemplo, en el caso *NextEra vs. España*, el tribunal ordenó que el inversionista recibiera la suma de USD 327 millones, sobre la base de que este tenía derecho a percibir la tasa de rentabilidad por encima del valor de mercado que habría obtenido si no se hubiese aplicado el cambio normativo.³

3. Se fijan indemnizaciones elevadas cuando se interfiere en las inversiones previstas que nunca se llegaron a desarrollar

Otro problema que existe en la práctica arbitral actual es que los tribunales tienden cada vez más a fijar montos elevados en las indemnizaciones cuando el Estado interfiere en las inversiones previstas que, en efecto, nunca se concretaron. En estos casos, puede existir una amplia diferencia entre el valor pecuniario de las inversiones reales y el importe que el inversionista obtiene por intermedio de la indemnización. En el caso *Tethyan Copper vs. Pakistán*, un inversionista fue resarcido con USD 4000 millones más intereses debido a la denegación de Pakistán de la aprobación necesaria para que el inversionista comenzara a construir las instalaciones y a explotar una mina, aunque el establecimiento minero jamás se llegó a asentar. Para determinar el valor de la indemnización, el tribunal se basó en la estimación de los ingresos que la inversión habría arrojado durante los 50 años de su ciclo activo si el proyecto de minería se hubiera ejecutado.⁴ Este laudo prácticamente equivale al rescate financiero del Fondo Monetario Internacional que se había acordado dos meses antes con la finalidad de evitar que la economía pakistaní colapsara.⁵

La posibilidad de fijar indemnizaciones de montos elevados, sobre todo, cuando se interfiere en las inversiones previstas que, en realidad, nunca se llegan a concretar, también podría fomentar que se cometan actos graves de corrupción.⁶ En concreto, el hecho de que se asignen indemnizaciones elevadas incrementa las probabilidades de que un inversionista inescrupuloso —con la intención de percibir una indemnización— celebre contratos de inversión de mala fe con un Estado anfitrión, incluso si el inversionista jamás pretendiera ejecutar el contrato.

³ *NextEra Energy Global Holdings B.V. y NextEra Energy Spain Holdings B.V. vs. Reino de España*, Caso CIADI No. ARB/14/11. Decision on Jurisdiction, Liability and Quantum Principles, párr. 651-666.

⁴ *Tethyan Copper Company Pty Limited vs. República Islámica de Pakistán*, Caso CIADI No. ARB/12/1, Laudo del 12 de julio de 2019, párr. 278.

⁵ Masood, S. (12 de mayo de 2019). *Pakistan to accept \$6 billion bailout from I.M.F.* The New York Times. <https://www.nytimes.com/2019/05/12/world/asia/pakistan-imf-bailout.html>

⁶ El laudo de USD 9600 millones en el caso *PE&ID vs. Nigeria* —aunque fue una demanda de solución de controversias inversionista-Estado (ISDS, por sus siglas en inglés) que se sustentaba en un contrato— es un ejemplo en el que se presume que hubo corrupción. Para más información, véase el artículo de Amin, K. (23 de octubre de 2020). *Did an alleged corrupt natural gas contract rob Nigeria of US\$9.6 billion?* Transparency International. <https://www.transparency.org/en/blog/did-an-alleged-corrupt-natural-gas-contract-rob-nigeria-of-9-6-billion>



4. La práctica de los tribunales se aparta de los principios del derecho internacional previamente aceptados y de la práctica de otros tribunales nacionales e internacionales

Existen varios factores que son responsables del aumento en el importe de las indemnizaciones que se conceden en los arbitrajes de tratados de inversión. Aunque quizás el factor más significativo sea el incremento en la tendencia de los tribunales a determinar este importe en función de las proyecciones de los ingresos futuros esperados de una inversión a lo largo de su ciclo de vida útil. Por este motivo, la técnica de valoración que más se utiliza para calcular el monto de las indemnizaciones es el método de flujo de caja descontado (FCD). En este sentido, la práctica de los tribunales se aparta de los principios del derecho internacional previamente aceptados,⁷ así como de las directrices del Banco Mundial sobre la valoración de las inversiones extranjeras.⁸

La práctica arbitral también difiere de las prácticas similares de otros tribunales internacionales. Es bien sabido que el sistema de solución de diferencias de la Organización Mundial del Comercio (OMC) normalmente no suele dar lugar a las indemnizaciones a favor de los demandantes vencedores. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) es un ejemplo de un régimen jurídico internacional que, al igual que el régimen de tratados de inversión, permite que los actores privados demanden a los Estados y perciban una indemnización pecuniaria. No obstante ello, las indemnizaciones acordadas en estos litigios son mucho más bajas que las que se determinan en virtud de los tratados de inversión.⁹

5. Los enfoques existentes son complejos y costosos

La complejidad de la jurisprudencia sobre indemnizaciones incrementa los costos y las desventajas para los países que carecen de las capacidades internas como para poder participar en alegaciones detalladas sobre las particularidades de los diferentes métodos de valoración. En especial, el método de FCD es complejo, ya que se basa en un conjunto enmarañado de supuestos y previsiones convergentes sobre el futuro de la inversión durante toda su vida útil. La mayoría de las veces, los inversionistas extranjeros preconizan el uso de este método, ya que suele favorecer la fijación de una indemnización más elevada. Los inversionistas demandantes, a menudo, recurren a consultoras financieras especializadas para que aporten la prueba pericial que sustente sus valoraciones propuestas. Por consiguiente, los Estados anfitriones deben contratar a sus propios expertos financieros para que refuten las pruebas de las valoraciones del inversionista. La complejidad del método de FCD y el hecho de que las partes deban ampararse en la declaración testimonial de expertos aumentan los costos judiciales. En el caso *Tethyan Copper vs. Pakistán*, el demandante destinó USD 4,5 millones a la contratación de expertos financieros y afrontó gastos de honorarios legales por USD 17,5 millones solamente durante la etapa de los procedimientos

⁷ Comisión de Derecho Internacional (CDI). (2001). *Texto del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos*. Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 2001, Volumen II (Segunda Parte). Publicación de las Naciones Unidas A/56/10, art. 36, com. 26

⁸ Consejero jurídico general del Grupo Banco Mundial. (1992). *Legal framework for the treatment of foreign investment: Volume II*. Banco Mundial, 26. <http://documents1.worldbank.org/curated/en/955221468766167766/pdf/multi-page.pdf>

⁹ Shelton, D. (2015). Remedies in international human rights law. Oxford University Press, 338; Allen, T. (2006). Compensation for property under the European Convention on Human Rights. *Michigan Journal of International Law*, 28(2), 330. <https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1176&context=mjil>



relativos a la indemnización.¹⁰ Por su parte, Pakistán gastó casi USD 10 millones en la defensa durante la etapa de fijación de la indemnización, lo que incluye los gastos en expertos financieros y honorarios legales.¹¹

6. La jurisprudencia arbitral es incoherente

La jurisprudencia arbitral en materia de indemnizaciones es incoherente, en especial, en lo que atañe a lo siguiente:

- Las circunstancias en las que se considera apropiado calcular la indemnización sobre la base del ingreso futuro previsto de una inversión.
- La calidad de las pruebas necesarias para respaldar las proyecciones que sustentan los cálculos de las indemnizaciones, que se basan en los ingresos futuros (como el FCD).
- La forma en la que los tribunales representan los riesgos a los que están expuestos los flujos de ingresos proyectados de una inversión durante todo su ciclo de vida útil.

Si bien estos debates son de carácter técnico, puede haber cientos de millones de USD en juego en la preferencia que tengan los tribunales por un método en vez de por otro. Por ejemplo, la elección de un método de evaluación en el caso *Bear Creek vs. Perú* marcó la diferencia entre los USD 500 millones que demandaba el inversionista y los USD 18 millones que determinó el tribunal.¹² En el caso *Tethyan Copper vs. Pakistán*, en esencia, el tribunal se enfrentó con la misma disyuntiva a la hora de escoger la técnica de valoración adecuada y favoreció al inversionista, lo que dio lugar a un laudo de USD 4000 millones más intereses, como se mencionó más arriba.

7. Los tribunales no tienen en cuenta los factores contextuales importantes

Los principios existentes sobre indemnizaciones en virtud de los tratados de inversión son “todo o nada” en su naturaleza. Si un tribunal concluye que las modificaciones que un Estado anfitrión hiciera en las disposiciones regulatorias que rigen las inversiones no representan una violación a un tratado de inversión determinado, el inversionista no recibe ninguna indemnización. En cambio, si el tribunal decide que sí constituye un quebrantamiento del tratado de inversión, el inversionista debe ser compensado en resarcimiento de las pérdidas que haya sufrido como producto del cambio normativo en virtud del principio de “reparación plena”. Si bien suele haber algunas excepciones, los factores contextuales no son relevantes a la hora de calcular la indemnización. Por ejemplo, los tribunales no contemplan lo siguiente:

- **La fuerza de las razones de interés público que justifican la intervención en la inversión.** Por ejemplo, en este momento, un inversionista alemán se está valiendo de un tratado de inversión para demandar a los Países Bajos por su decisión de cerrar todas las centrales de carbón antes de 2030 como parte del proceso de transición del país hacia la energía limpia.¹³ Si el tribunal dictara que el cierre constituyó una violación al tratado de

¹⁰ Nota al pie 4 de arriba.

¹¹ *ibidem*, párr. 1831.

¹² *Bear Creek Mining Corporation vs. República del Perú*, Caso CIADI No. ARB/14/21, Laudo del 30 de noviembre de 2017, párr. 596.

¹³ Charlotin, D. (12 de mayo de 2020). *The Netherlands is put on notice of a treaty-based dispute*. Investment Arbitration Reporter. <https://www.iareporter.com/articles/netherlands-put-on-notice-of-a-treaty-based-dispute/>



inversión, la justificación ambiental de la medida no se tendría en cuenta para determinar la indemnización en virtud de la jurisprudencia existente.

- **Las conductas indebidas por parte del inversionista, que están sujetas a escasas excepciones.** Un ejemplo de ello es lo observado en el caso *Unión Fenosa Gas vs. Egipto*. Aquí, el hecho de que el inversionista extranjero haya obtenido su contrato de suministro de gas por medio de la “influencia ejercida a funcionarios con poder decisorio que ocupaban cargos de alto rango en el Ministerio de Petróleo y en la EGPC (Egyptian General Petroleum Company)” no se tuvo en cuenta en el cálculo de la indemnización.¹⁴
- **La capacidad de pago del Estado anfitrión,** incluso cuando el pago del monto de la indemnización en cuestión le ocasionaría una carga muy onerosa.¹⁵

¿Qué se puede hacer al respecto?

En casi todos los tratados de inversión existentes se especifica que la indemnización por expropiación debe ser equivalente al valor normal de mercado que tenga la inversión expropiada. No obstante ello, los tratados de inversión no proponen la manera en que se debe determinar la indemnización en caso de violaciones de otras disposiciones del tratado. Ante la ausencia de orientación teórica, los tribunales arbitrales han aplicado el principio de “reparación plena” cuando se trata de otras violaciones al tratado. Por consiguiente, los tribunales arbitrales han tenido la libertad —amparados también en el hecho de que, en los tratados de los Estados, tampoco se ofrece orientación clara en este sentido— de elaborar su propia jurisprudencia sobre la base de la interpretación y aplicación de estos principios.

Los principios que determinan las indemnizaciones son demasiado importantes para que queden en manos de los árbitros. A menudo, están en juego cientos o miles de millones de USD. Los Estados deberían preguntarse si la jurisprudencia existente que rige las indemnizaciones refleja la manera en la que pretendieron que funcionara el sistema de tratados de inversión. En caso de que no lo haga, deberían buscar opciones para llevar a cabo una reforma.

Por lo menos, existen cuatro opciones de nuevos enfoques con respecto a las indemnizaciones que los Estados podrían considerar. En resumen, apuntan a lo siguiente:¹⁶

¹⁴ *Unión Fenosa Gas, S.A. vs. República Árabe de Egipto*, Caso CIADI No. ARB/14/4, Laudo del 31 de agosto de 2018, párr. 7.109.

¹⁵ En un artículo reciente de Paparinskis, se asevera que los Estados no deben ser obligados a pagar un monto en concepto de una indemnización que sea “excesivamente oneroso” para el Estado en cuestión. Paparinskis, M. (2020). A case against crippling compensation in international law of state responsibility. *Modern Law Review*, 83(6), p. 1251.

¹⁶ Cada una de las posibles opciones de reforma se explica en mayor profundidad en la referencia citada de Bonnitcha y Brewin (2020), en la nota al pie 1 de arriba, donde también se pueden encontrar propuestas de redacción para los tratados, que se podría utilizar para implementar las opciones, así como un análisis de los posibles instrumentos para llevar adelante la reforma.



1. **Exigir que la indemnización busque un equilibrio entre una serie de factores que intervienen en el proceso**, antes que únicamente se determine en función del valor de la pérdida del inversionista. Un ejemplo de este enfoque se puede encontrar en el modelo de tratados bilaterales de inversión de la Comunidad de Desarrollo de África Austral (SADC), el Acuerdo para la Zona Común de Inversión (CCIA) del Mercado Común de África Oriental y África Austral (COMESA) y el Código Panafricano de Inversiones (PAIC).¹⁷
2. **Limitar la indemnización al monto que el inversionista realmente invirtió** (y excluir, por ejemplo, el monto de las ganancias que el inversionista previó que generaría la inversión a lo largo de su vida útil).
3. **Solicitar a un tribunal que averigüe si el Estado anfitrión ha obtenido algún tipo de beneficio** cuando permitió que se prosiguiera con la inversión y luego incumplió con sus obligaciones en virtud del tratado de inversión. En caso afirmativo, la indemnización debería limitarse al monto que sea inferior entre la ganancia del Estado anfitrión y los gastos del inversionista cuando realizó la inversión. En caso negativo, no se debería abonar ninguna indemnización.
4. **Exigir al tribunal que determine el importe de la indemnización de acuerdo con las leyes del Estado anfitrión**, las que deben reflejar la perspectiva del Estado anfitrión sobre el equilibrio adecuado que se debe lograr entre los distintos intereses encontrados en la regulación de la propiedad privada con respecto a todos los inversionistas.

¿Por qué es importante que los Estados involucrados propongan y promuevan la reforma?

Las problemáticas de las indemnizaciones en el marco de los tratados de inversión no se van a solucionar por sí solas, sino que, por el contrario, se siguen agudizando conforme pasa el tiempo. En parte, esto se debe a que muchos de los actores que participan en el régimen de tratados de inversión —como los propios inversionistas, los árbitros designados por las partes que presiden las demandas que solo los inversionistas pueden iniciar, las consultoras financieras especializadas y terceros que proveen financiamiento— comparten el interés de mantener un sistema que genere pagos cuantiosos en concepto de indemnizaciones.

Muchos Estados consideran que la complejidad técnica de la jurisprudencia existente en relación con las indemnizaciones es abrumante. Aunque no es necesario comprender los detalles de cada análisis técnico que se desprenda de la jurisprudencia para evaluar si los resultados de las controversias en virtud de los tratados de inversión reflejan los objetivos de los Estados con respecto al funcionamiento del sistema de tratados de inversión. El enfoque de los tribunales en lo tocante a las indemnizaciones acarrea grandes implicancias prácticas para los Estados. Si el sistema de tratados de inversión no está funcionando como estaba previsto, los Estados deben dar prioridad a la reforma en el ámbito de las indemnizaciones.

¹⁷ Planilla modelo de TBI de la SADC (2012), art. 6.2.; PAIC (2016), art. 12(2); CCIA (2017), art. 20. En estos documentos se exige que la indemnización refleje:

Un equilibrio equitativo entre el interés público y los intereses de aquellos afectados, teniendo en cuenta todas las circunstancias relevantes, así como el uso actual y pasado de la propiedad, los antecedentes de su adquisición, el valor normal de mercado de la propiedad, el propósito de la expropiación, el volumen de ganancias que el inversor extranjero haya obtenido antes a través de la inversión y la duración de la inversión.

© 2020 The International Institute for Sustainable Development
Publicado por el Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible.

INSTITUTO INTERNACIONAL PARA EL DESARROLLO SOSTENIBLE

El Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible (IISD) es un centro de investigación independiente que aboga por soluciones sostenibles para problemas del siglo XXI. Nuestra misión es promover el desarrollo humano y la sostenibilidad del medioambiente. Llevamos a cabo esta labor mediante investigaciones, análisis y productos de conocimiento que apoyan la creación de políticas gubernamentales sólidas. Nuestra visión de conjunto nos permite abordar las causas primigenias de algunos de los mayores desafíos que enfrenta hoy nuestro planeta: la destrucción ecológica, la exclusión social, leyes y normas económicas injustas, y un clima cambiante. El personal de IISD, compuesto por más de 120 personas, así como más de 50 asociados y 100 consultores, proviene de diferentes lugares del mundo y de numerosas disciplinas. Nuestra labor repercute en la vida de las personas de casi 100 países. En parte científico y en parte estrategia, IISD proporciona el conocimiento para actuar.

El IISD está registrado como una organización benéfica en Canadá y goza del estatus 501(c)(3) en los Estados Unidos. El IISD recibe apoyo operativo esencial del Gobierno de Canadá, provisto a través del Centro Internacional de Investigaciones para el Desarrollo (IDRC, por sus siglas en inglés), y de la Provincia de Manitoba. El Instituto recibe financiación para proyectos por parte de numerosos Gobiernos dentro y fuera de Canadá, organismos de las Naciones Unidas, fundaciones, el sector privado, y personas físicas.

Head Office

111 Lombard Avenue, Suite 325
Winnipeg, Manitoba
Canada R3B 0T4

Tel: +1 (204) 958-7700

Website: www.iisd.org

Twitter: @IISD_news



iisd.org