

Expropiación indirecta en los Tratados Bilaterales de Inversión latinoamericanos: la caja de Pandora de las controversias neerlandesas en la región

Indirect expropriation in Latin-American Bilateral Investment Treaties: the Pandora's box of Dutch controversies in the region

TAHIMÍ SUÁREZ RODRÍGUEZ

Doctoranda en Derecho

Universidad de la Habana

ORCID: 0000-0003-3727-8607

Recibido:04.12.2022 / Aceptado:24.01.2022

DOI: 10.20318/cdt.2023.7565

Resumen: El trabajo analiza el pronunciamiento sobre expropiación indirecta en los Tratados bilaterales de inversión suscritos por los países latinoamericanos con Países Bajos, el cual ha constituido fundamento preponderante en las demandas Inversionista-Estado neerlandesas contra América Latina debido a las carencias de que adolecen las elaboraciones existentes bajo los Modelos neerlandeses de acuerdos de inversión anteriores. El requerimiento de una nueva formulación sobre expropiación indirecta en los APPRI's latinoamericanos con el país europeo que incorpore las realidades y experiencias de las naciones de la región, así como las provisiones del Modelo neerlandés de Acuerdo de Inversión de 2019 al respecto, muestra posibilidades de mitigar las demandas de este tipo.

Palabras clave: Expropiación indirecta; TBI latinoamericanos y neerlandeses; Derecho Internacional de Inversiones.

Abstract: This paper analyzes the pronouncement on indirect expropriation in the bilateral investment treaties signed by the Latin American countries with Netherlands, which has constituted a preponderant basis in the Dutch Investor-State claims against Latin America, due to the shortcomings of the existing wordings under the Dutch Models BIT previous. The requirement of a new formulation on indirect expropriation in Latin American APPRI's with the European country which incorporates the realities and experiences of the nations of region as well as the provisions of the Dutch BIT Model of 2019 in this regard, shows possibilities to mitigate the claims of this kind.

Keywords: Indirect Expropriation; Latin-American and Dutch BITS; International Investment Law.

Sumario: I. Aproximaciones generales. II. Expropiación indirecta en los APPRI's latinoamericanos con Países Bajos. III. El estándar dorado neerlandés de protección en sus modelos de Acuerdos de Inversión de 1997-2019 versus sus controversias en América Latina por expropiación indirecta. IV. Lecciones aprendidas. V. ALEA IACTA EST.

I. Aproximaciones generales

1. La sistemática invocación de la expropiación indirecta en los arbitrajes Inversionista-Estado mundialmente, se desarrolla desde el controversial concepto y tratamiento que se le brinda en la doctrina, jurisprudencia y textos convencionales a nivel internacional, lo que ha propiciado que ocupe lugar preeminente en el debate dentro de la agenda del Derecho Internacional de Inversiones y los APPRI'S en los últimos años.

2. Los Acuerdos de Promoción y Protección de Inversiones (APPRI's) latinoamericanos rubricados con Países Bajos, no ajenos a esta realidad, establecen la expropiación indirecta, sirviendo de instrumento y sustento legal en las controversias que los inversores neerlandeses han interpuesto contra los Estados latinoamericanos bajo la citada figura, las que constituyen el 30%¹ del total de demandas de ese país por arbitrajes Inversionista-Estado en la región. A la vez, conviene destacarse, que Países Bajos es considerado como el segundo país a nivel internacional con más demandas interpuestas de sus inversionistas a los Estados, soportadas la mayoría de ellas en posibles vulneraciones de las obligaciones establecidas en los Tratados de inversión que posee, y que alcanzan una cifra de ciento siete (107) APPRI's, de los cuales diecinueve (19) son con naciones latinoamericanas.

3. En los textos mencionados subyace el diseño tradicional de la cláusula de expropiación y el pronunciamiento de la expropiación indirecta, inclusive en concordancia con los Modelos de Acuerdos neerlandeses hasta el 2004, que ofrecían un abordaje de la expropiación indirecta en una redacción genérica circunscrita al mero reconocimiento a través de la expresión “medidas de privación indirectamente”, como lo muestra el último APPRI suscrito con República Dominicana por Países Bajos en el 2006. Sin embargo, el actual Modelo neerlandés de 2019 es mucho más minucioso y define a la expropiación indirecta y demás cuestiones alrededor de la figura, lo que ha hecho se le distinga entre los más avanzados a nivel internacional en relación con la materia y referente globalmente.

4. Por otra parte, al país europeo se le reconoce por exhibir el estándar dorado de protección a los inversionistas, lo que contempla el facilitarles y hacerle accesible la ruta para interponer demandas en el supuesto que se requiriese, incluyendo aquellas por expropiación indirecta en los APPRI's. Dicha figura ha sido reconocida tanto en los Modelos neerlandeses de inversiones en el transcurso del tiempo y hasta el presente con el vigente del 2019, como también en sus primeros APPRI's suscritos, aun con inexactitudes marcadas.

5. Paralelamente, salta a la vista que, la mayoría de las reclamaciones neerlandesas por expropiación indirecta contra Estados latinoamericanos provienen de empresas multinacionales, como Highbury International Avv o Rabobank, con una presencia importante en la región. Tales compañías han identificado la posibilidad de demandar a los Estados a través de los APPRI's y el pronunciamiento impreciso sobre expropiación indirecta contenido en ellos, cuando han percibido que sus intereses han sido perjudicados, posición que justifican y sostienen por la alta influencia que ejercen en buena parte de los países de América Latina, constituyéndose en un poder hegemónico en los países anfitriones donde realizan sus inversiones. Una ojeada a algunas de las reclamaciones Inversionista-Estado sobre expropiación indirecta y los elementos esgrimidos en las demandas contra los países de mayor incidencia en el ámbito latinoamericano sobre los cuales existen laudos públicos que resultaron a favor del inversor así lo constatan.

6. En el presente trabajo se examinarán los pronunciamientos sobre expropiación indirecta en las cláusulas de expropiación en los APPRI's latinoamericanos con Países Bajos identificando los aciertos y falencias que presentan, así como la convergencia o diferencia que se evidencian con los Modelos

¹ De las treinta (30) demandas de Países Bajos contra naciones latinoamericanas desde la primera en 1996 hasta el 2021, nueve (9) son por expropiación indirecta.

neerlandeses de inversión de 1997 y 2004 adoptados previamente al vigente de 2019, y el impacto que tales formulaciones han tenido como soporte en las controversias neerlandesas en la región. La necesidad de una reformulación de las disposiciones sobre expropiación indirecta en los Tratados de inversión de los países de América Latina con la nación neerlandesa desde una perspectiva auténtica y más garantista, considerando las experiencias, realidades y desafíos propios, constituye esencial, así como el modo eficaz de lograr la mayor protección posible frente a los reclamos de los inversionistas neerlandeses sobre este particular.

II. Expropiación indirecta en los APPRI's latinoamericanos con Países Bajos

7. Desde los 90 la realidad latinoamericana no ha registrado variaciones notables en relación con los APPRI's y la llegada del siglo XXI hasta la fecha. Durante la veintena de años transcurridos del 2000 al 2021 se han rubricado en la región una cifra de 223 APPRI's² sin variar redacción asumida desde sus inicios, excepto contados textos y países del área. Apenas unos pocos incluyen provisiones con una definición de la expropiación indirecta, presupuestos para su configuración, límites y excepción a la expropiación regulatoria. Una parte no despreciable de estos acuerdos suscritos y que entraron en vigor desde aquellos años fueron entre países del Sur con países desarrollados, en particular, con naciones europeas, tendencia que se mantiene hasta el presente³ y en la que se incluyen los APPRI's suscritos con Países Bajos.

8. América Latina firma su primer APPRI con Países Bajos en 1988 a través de Uruguay, país que fuese pionero en la rúbrica de este tipo de acuerdos en la región y que adicionaría su texto convencional a los veinticuatro (24) Tratados bilaterales de inversión que suscribiera en la década de los 80 la zona latinoamericana, para incrementar la lista de los ya existentes desde los años 60 y 70, y arribar a la expansión que se registraría de estos Acuerdos en los 90 y años sucesivos. Evidencia del comportamiento en dichos años lo constituyen los trece (13) APPRI's que Latinoamérica firmó en esa época con Países Bajos⁴, mostrándose en todos la presencia de la expropiación indirecta. Nótese, que los 90 poseen como referentes más cercanos a la figura los artículos 1605 y 1110 del Acuerdo de Libre Comercio entre Estados Unidos y Canadá⁵ y el Tratado de Libre Comercio de Norteamérica⁶ respectivamente, ambos desde una notable ambigüedad que ha favorecido hasta el día de hoy un escenario probable para reclamaciones de este tipo contra los Estados.

9. Posteriormente al APPRI de Uruguay en 1988 se signarían dieciocho (18) textos adicionales para conformar un total de diecinueve (19) Acuerdos firmados por Latinoamérica con el país de los tulipanes: (2) en 1991 con Venezuela y Jamaica; (3) en 1992 con Bolivia, Argentina y Paraguay; (1) en 1994 con Perú; (3) en 1998 con México, Brasil y Chile; (4) en 1999 con Costa Rica, Ecuador, El Salvador

² Conferencia de Naciones Unidas para el comercio y el desarrollo (UNCTAD), "Tabla Acuerdos Internacionales de Inversión más recientes", 2022. Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements>

³ La región latinoamericana concentró cerca del 40% de sus APPRI's con países de la Unión Europea en los años 90: México y Uruguay alcanzaron el 50% de sus APPRI's con los citados países europeos, Venezuela el 44,4%, Bolivia el 43,7%, Perú el 40%, Chile el 35,7%, Argentina el 30,9%, Paraguay el 28,5% y Ecuador el 23,5 %, entre otros. Países como Reino Unido y España suscribieron alrededor de 15 Acuerdos de este tipo con América Latina, de igual modo Alemania 13, Países Bajos 12, Francia 11 e Italia 8. En este porcentaje no se considera a Brasil, en tanto, aún cuando suscribió en esta época 14 Acuerdos de este tipo y 9 fueron con países de la Unión Europea, ninguno ha entrado en vigor, por lo que el texto del Tratado no puede ser invocado y por ende demandado el Estado por esta razón. *Vid.* UNCTAD, "Acuerdos Internacionales de Inversión", 2022, Disponible en: <http://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements>

⁴ UNCTAD, "Tabla Acuerdos Internacionales de Inversión Países Bajos", 2022. Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/countries/148/netherlands>

⁵ The Canada-US Free Trade Agreement (FTACUS) suscrito el 04/10/1988 y que entró en vigor el 01/01/1989, Artículo 1605, p. 236. Disponible en: http://international.gc.ca/trade-commerce/Trade-agreements-accords_commerciaux/agracc/united_states_etats_unis/fta_ale/background_contexte.aspx?lang=eng

⁶ North American Free Trade Agreement (NAFTA) suscrito el 17/12/1992 y que entró en vigor el 01/01/1994, Artículo 1110, p. 11-7. Disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/2412>

y Cuba; (2) en el 2000 con Panamá y Nicaragua; (2) en el 2001 con Guatemala y Honduras; (1) en el 2006 con República Dominicana.

10. De ellos, permanecen vigentes hasta la actualidad diecisiete (17), en tanto, fueron terminados los de Bolivia y Venezuela en 2007 y 2012 respectivamente, a partir de la decisión de ambos países de asumir el enfoque de retiro, sustentado en la denuncia de los acuerdos en vigor que el país posea y el retiro, de ser el caso, del Convenio de Washington sobre arreglos de diferencias relativos a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados (CW). Además, en el caso Venezolano a la fecha de terminación, el país mostraba treinta y tres (33) demandas Inversionista-Estado, de las cuales doce (12) se sostenían sobre el mencionado APPRI con el país europeo, a lo que puede adicionarse que hasta la fecha actual, se han sumado cinco (5) demandas más bajo este texto⁷. En similar situación se encontraba Bolivia que en 2009 mostraba en su haber cinco (5) reclamaciones de este tipo, siendo dos (2) de estas demandas sustentadas en este Acuerdo de inversión con Países Bajos⁸, aunque a diferencia de Venezuela, después de dar por terminado el Tratado no ha recibido reclamaciones bajo el mismo. Por tanto, en ambos países los Acuerdos de inversión con la nación neerlandesa constituían una herramienta de amenaza en manos de los inversionistas contra el Estado, por lo que de no renegociarse, la solución encontrada fue concluirlos y mitigar tal riesgo.

11. Solo en seis (6) de los Acuerdos mencionados se nominalizaron las cláusulas sobre expropiación, enfatizando en la referencia a indemnización o compensación, a excepción de los de Nicaragua y Guatemala, como modo de remarcar que ante una acción expropiatoria aparejadamente ha de producirse una indemnización al expropiado. En todos, se incorporó la expropiación indirecta bajo diversas redacciones pero con una carencia de una definición sobre la figura y solo haciendo una enunciación de la misma, constituyendo la más usual aquella que se refiere a la figura como “medidas de privación indirectamente” (Jamaica, Bolivia, Paraguay, Perú, México, Brasil, Chile, El Salvador, Cuba, Nicaragua, Guatemala, Honduras, República Dominicana)⁹ y que fue la adoptada por Países Bajos en sus Modelos de Acuerdos de inversión de 1997¹⁰ y 2004¹¹.

12. Sin embargo, países como Argentina, Costa Rica, Ecuador, Uruguay y Venezuela se desmarcan de dicha redacción. Argentina manifiesta la presencia de la figura como “cualquier medida indirecta de expropiación u otra medida de naturaleza similar o efecto similar”¹². Por su parte, los textos

⁷ Vid. UNCTAD, “Tabla de Disputas Venezuela”, 2022. Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/country/228/venezuela-bolivarian-republic-of>

⁸ Vid. UNCTAD, “Tabla de Disputas Bolivia”, 2022. Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/country/24/bolivia-plurinational-state-of>

⁹ Vid. UNCTAD, “Tabla Acuerdos Internacionales de Inversión Países Bajos”, ref.4

¹⁰ Artículo 6 del Modelo de Acuerdo de Inversión Neerlandés de 1997: *Neither Contracting Party shall take any measures depriving, directly or indirectly, nationals of the other Contracting Party of their investments unless the following conditions are complied with: a) the measures are taken in the public interest and under due process of law; b) the measures are not discriminatory or contrary to any undertaking which the Contracting Party which takes such measures may have given; c) the measures are taken against just compensation. Such compensation shall represent the genuine value of the investments affected, shall include interest at a normal commercial rate until the date of payment and shall, in order to be effective for the claimants, be paid and made transferable, without delay, to the country designated by the claimants concerned and in the currency of the country of which the claimants are nationals or in any freely convertible currency accepted by the claimants. Vid. Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/2857/download>*

¹¹ Artículo 6 del Modelo de Acuerdo de Inversión neerlandés de 2004: *Neither Contracting Party shall take any measures depriving, directly or indirectly, nationals of the other Contracting Party of their investments unless the following conditions are complied with: a) the measures are taken in the public interest and under due process of law; b) the measures are not discriminatory or contrary to any undertaking which the Contracting Party which takes such measures may have given; c) the measures are taken against just compensation. Such compensation shall represent the genuine value of the investments affected, shall include interest at a normal commercial rate until the date of payment and shall, in order to be effective for the claimants, be paid and made transferable, without delay, to the country designated by the claimants concerned and in the currency of the country of which the claimants are nationals or in any freely convertible currency accepted by the claimants. Vid. Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/2859/download>*

¹² Vid. Acuerdo sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre el Reino de los Países Bajos y la

costarricense y uruguayo se refieren a la figura doblemente en forma negativa, el primero enmarcando que: “Ninguna de las Partes Contratantes tomará (...) indirectamente, medidas para (...) expropiar, o cualquier otra medida que tenga un efecto equivalente”¹³; y el segundo que: “Ninguna de las Partes tomará (...) indirectamente medidas de expropiación (...) o de cualquier otro tipo que tenga un efecto equivalente (...) a la expropiación”¹⁴. Mientras el ecuatoriano dispone que se “tomará (...) cualesquiera otras medidas que tengan el efecto similar que priven (...) indirectamente”¹⁵. El rubricado con Venezuela la referencia la hace en negativo: “Ninguna de las Partes (...) tomará medidas que tuvieren un efecto equivalente a la nacionalización o expropiación (...)”¹⁶. Como se observa si la mayoría se enfoca en el hecho concerniente a la privación que sufre el inversionista de su inversión, estos cinco (5) textos se enfocan en el efecto que la medida expropiatoria produce de forma similar a una expropiación (directa), es decir el despojo de la propiedad.

13. A pesar que en los textos convencionales se manejan elementos de la definición de expropiación indirecta, en ninguno se conceptualiza en función de lograr una tipificación en líneas generales de la figura, que se identifique conforme la doctrina, la jurisprudencia y algunos textos convencionales más modernos, como aquélla que resulta cuando se ha privado de la propiedad de un bien al titular de aquel (inversionista), no formalmente como en la expropiación directa con el traspaso del título de dominio sino *de facto*, a través de interferencias o medidas adoptadas por el Estado, que si ciertamente no constituyen una toma flagrante de la propiedad, a través de los efectos que generan, afectan, anulan de manera efectiva, los atributos fundamentales de la propiedad, entre los que se incluyen los derechos de uso, disfrute y disposición del bien. Tales afectaciones provocan la incapacidad del inversionista de ejercer sus derechos sobre la inversión similares a como si hubiese ocurrido una expropiación directa, por lo que esta se convierte en inservible, inútil, inviable para el inversor.

14. Por otra parte, en la evolución de la figura se le han incorporado presupuestos que constatan su probable presencia en un caso particular como son el impacto económico, duración y carácter de la medida que se adopta por el Estado así como el grado de interferencia del Estado en las legítimas expectativas de inversor, ninguna de ellas tampoco tuvo eco en los APPRI’s neerlandeses con América Latina.

15. Al mismo tiempo, los citados APPRI’s solo operan desde su reconocimiento genérico a la expropiación indirecta y soslayan la expropiación indirecta progresiva o *creeping expropriation*, incorporada desde el FTACUS al tratamiento de la figura y que se constata cuando el Estado adopta varias medidas que individualmente no se consideran expropiatorias, pero combinadas con otras que se generan gradual y sucesivamente, se conforman como equivalentes a una expropiación.

16. Sobre las condiciones o prerequisites en los APPRI’s mencionados, bajo diferentes alusiones se establece que para que se reconozca la expropiación debe existir un interés, propósito público, nacional o social o utilidad y/o necesidad pública, así como existe consenso en cuanto a la necesidad que las medidas no sean discriminatorias y se produzcan bajo el debido proceso legal.

República Argentina, suscrito en fecha 20/10/1992 y que entró en vigor el 01/10/1994, Artículo 7, p.4. Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-file/107/download>

¹³ Vid. Acuerdo sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre el Reino de los Países Bajos y la República de Costa Rica, suscrito en fecha 21/05/1999 y que entró en vigor el 01/07/2001, Artículo 6, pp.9 y 10. Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-file/837/download>

¹⁴ Vid. Acuerdo sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre el Reino de los Países Bajos y la República Oriental del Uruguay, suscrito en fecha 22/09/1988 y que entró en vigor el 01/08/1991, Artículo 6, p.5. Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-file/3280/download>

¹⁵ Vid. Acuerdo sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre el Reino de los Países Bajos y la República de Ecuador, suscrito en fecha 27/06/1999 y que entró en vigor el 01/07/2001, Artículo 6, pp.4 y 5. Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-file/1056/download>

¹⁶ Vid. Convenio para el Estímulo y Protección Recíproca de Inversiones entre el Reino de los Países Bajos y la República de Venezuela, suscrito en fecha 22/10/1991 y que entró en vigor el 01/11/1991, Artículo 6, p.4. Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-file/2095/download>

17. En cuanto a la compensación, solo Costa Rica, Cuba, y Honduras asumieron la Fórmula Hull de forma expresa. Sin embargo, en los casos de Cuba y Honduras con leves modificaciones, el primero al referirse al valor genuino en vez del valor justo de mercado y el segundo al reconocer este, pero disponiendo que ante su ausencia entonces aplicaría como en el de Cuba el valor genuino. En el caso del Salvador, bajo similar sistemática que el de Honduras, lo hace desde una concepción diferente a adecuada de la Fórmula Hull: desde justa compensación, cual difiere de aquella. Sobre la afiliación a la Fórmula Hull también se destacan Jamaica, México y Argentina desde la descripción de los elementos de la fórmula sin su nominación expresa. Sin embargo, en el caso de Argentina la adecuada compensación se aplicará no al valor justo de mercado sino al valor genuino. El resto de los países utiliza el término justa compensación desde el valor genuino, redacción neerlandesa establecida en sus Modelos de 1997 y 2004, excepto Uruguay y Venezuela, que si mantuvieron la concepción del valor real el primero, y valor justo de mercado el segundo, aunque con la nominalización similar de justa para la compensación, por lo que en el caso venezolano asume bajo descripción, el contenido adjudicado para adecuada.

18. Ha de destacarse que el pronunciamiento sobre la expropiación indirecta en los APPRI's latinoamericanos con Países Bajos no difiere de la arraigada formulación comúnmente utilizada por la región en la mayoría de los Acuerdos de inversión hasta la actualidad. La mayoría incorporó las elaboraciones de los Modelos neerlandeses en el transcurso del tiempo¹⁷, incluso aquellos cuatro (4) países que al momento de rubricarlos poseían Modelos de inversión de referencia, a saber: Jamaica, Bolivia, Chile y Guatemala¹⁸, y en los que se reconocía de igual modo a la indirecta, en tres (3) de ellos bajo la teoría del *sole effects*¹⁹. No obstante, en contraposición a los Modelos propios, estos países abrazaron el texto de la nación europea a semejanza del Modelo de 1997. Apenas seis (6) de los diecinueve (19) textos suscritos fueron firmados antes del Modelo de inversión neerlandés de 1997, y sujetos entonces a los Modelos neerlandeses de 1987 (1) y 1993 (5) sin embargo, llama la atención, que excepto los de Argentina y Venezuela, los otros tres (3) tuvieron una elaboración similar al mencionado Modelo de 1997 lo que hace pensar que le sirvieron de base. Por dichas razones, de un modo u otro las provisiones sobre expropiación indirecta resultaron con similares ambigüedades que en la generalidad de los Tratados de inversión bilaterales latinoamericanos, que son pretexto suficiente para invocar expropiación indirecta por cualquier inversionista y los neerlandeses no serán la excepción, pues en dichos textos se constata que:

- a) destinan una cláusula a la expropiación con un pronunciamiento genérico sobre la indirecta desde dos (2) redacciones: privación indirectamente o tomar medidas que tengan un efecto equivalente o similar naturaleza a la expropiación o nacionalización, sin incluir ninguna otra distinción.
- b) ausencia de presupuestos para su configuración así como de excepción a la expropiación indirecta regulatoria y de otras protecciones relacionadas con la figura
- c) trece (13) textos en el tópico sobre compensación, acogen que esta sea justa, argumento desde el Sur con fundamento en las Resoluciones No. 1803 de 1962 y No. 3171 y 3281 de la Asamblea General de la ONU en 1974 y lo que dispusieron al respecto. La primera que: “(...) se pagará al dueño la indemnización correspondiente (*appropriate compensation*), con arreglo a las normas en vigor en el Estado que adopte estas medidas en ejercicio de su soberanía y en conformidad con el derecho internacional”²⁰, mientras que la segunda estableció “que cada Estado tiene derecho a determinar el monto de la posible indemnización y

¹⁷ Once (11) bajo la impronta del Modelo de 1997 y uno (1) bajo el del 2004, pero que en materia de expropiación indirecta es copia exacta y literal del de 1997.

¹⁸ *Vid.* UNCTAD, “Modelos de APPRI en el mundo”, 2022. Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/model-agreements>

¹⁹ Se focaliza en los resultados que provoca la aplicación de la medida o medidas adoptadas por el Estado para el inversionista, privación del uso, disfrute y disposición de su inversión.

²⁰ Resolución No.1803 (XVII) de la Asamblea General de Naciones Unidas (AGNU) de 14 de diciembre de 1962 relativa a la soberanía permanente sobre los recursos naturales, numeral 4, p.2. Disponible en: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/naturalresources.aspx#:~:text=1.,del%20pueblo%20del20respectivo%20Estado>

*las modalidades de pago (...)*²¹. Posición esta última ratificada por la Resolución No. 3281 conocida como Carta de los Derechos y Deberes Económicos de los Estados que dispuso que al producirse una expropiación todo Estado deberá “*pagar una compensación apropiada teniendo en cuenta sus leyes y reglamentos aplicables y todas las circunstancias que el estado considere pertinentes(.)*”²². Tal postura aseguraría un reconocimiento a las realidades y situación financiera que usualmente presentan los países subdesarrollados sino le acompañaran otros vocablos como sin demora, valor genuino de mercado y otras acotaciones que entonces limitan lo establecido y defendido desde las citadas resoluciones.

19. La realidad muestra las falencias y disfuncionalidades en los textos y sus disposiciones sobre la expropiación indirecta, en los que no se provee una definición así como tampoco presupuestos para su configuración, excepción a la expropiación indirecta regulatoria u otras protecciones relacionadas con la figura, propiciando terreno fértil para las demandas. Soporte legal no soslayado por los inversionistas neerlandeses que la han convertido en la caja de pandora de sus controversias Inversionista-Estado contra América Latina.-

III. El estándar dorado neerlandés de protección en sus modelos de Acuerdos de Inversión de 1997-2019 versus sus controversias en América Latina por expropiación indirecta

20. Países Bajos con 17.193.499 de habitantes y una superficie 41.500 km², constituye la economía décimo séptima (17) por volumen del PIB a nivel mundial. A su vez, ocupa el puesto décimo (10) en el ranking per cápita de PIB de ciento noventa y seis (196) países en el planeta²³. Además, en cuanto a la plataforma Doing Business se encuentra en el número treinta y seis (36) de ciento noventa (190) países y posee el puerto y complejo industrial más grande de Europa con más de 40 km de longitud, situado en Rotterdam²⁴. De similar modo, muestra las primeras posiciones en diversos rankings internacionales económicos y de desarrollo.

21. En consecuencia, ello contribuye a que en su territorio se asienten empresas, entidades y multinacionales importantes bajo la protección peculiar que el Estado neerlandés brinda a los inversionistas, particularmente desde fuertes incentivos fiscales de distintos órdenes como por participaciones en compañías subsidiarias, por ahorro energético, por inversiones protectoras del medio ambiente, etc, que le ha conferido al país el reconocimiento como poseedor del estándar dorado de protección a los inversionistas a nivel mundial, basado en su postura de atracción de inversiones a suelo neerlandés por años. En el 2016, ocupaba el primer lugar como el país de mayor cantidad de inversores mundialmente en términos de flujos de inversión, destacándose que ha liderado los rankings globales de inversión en la última década como resultado de las vastas cantidades de capital fluyendo a través de los llamados vehículos propósitos y compañías de cartera²⁵.

²¹ Resolución No. 3171 (XXVIII) de la AGNU de 5 de febrero de 1974, numeral 3, p.58. Disponible en: [https://undocs.org/pdf?symbol=es/A/RES/3171\(XXVIII\)](https://undocs.org/pdf?symbol=es/A/RES/3171(XXVIII))

²² Resolución 3281 (XXIX) de 12 de diciembre de 1974, (Carta de los Derechos y Deberes Económicos de los Estados), UN Doc A/ RES/3281(XXIX), Artículo 2.2 inciso c), p. 56. Disponible en: <https://www.dipublico.org/3978/resolucion-xxxix-de-la-asamblea-general-de-las-naciones-unidas-carta-de-derechos-y-deberes-economicos-de-los-estados/>

²³ OFICINA DE INFORMACIÓN DIPLOMÁTICA DEL MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES, UNIÓN EUROPEA Y COOPERACIÓN DEL REINO DE ESPAÑA, “Perfil país Países Bajos”, Junio 2022, pp. 1-10. Disponible en: https://www.google.com/url?sa=t&source=web&rct=j&url=https://www.Exteriores.Gob.Es/documents/fichaspais/paisesbajos_ficha%2520p_s.Pdf&ved=2ahukewio4rxlpnz7ahxprzabhfg1ds0qfnoecawqbg&usq=aovvaw12azdwo5hhnilledmwmqy

²⁴ BANCO EXTERIOR DE VENEZUELA, “Perfil país Reino de los Países Bajos, Ficha Técnica”, 2022, pp. 1-15. Disponible en: <https://www.bancoex.gob.ve/wp-content/uploads/2022/07/Perfil-Paises-Bajos-2022.pdf>

²⁵ R. VAN OS, “Dutch Investment Treaties: Socialising Losses, Privatising Gains”, K. Singh and B. Ilge (Coord), Rethinking bilateral investment treaties: critical issues and policy choices, Editado por Both Ends, Madhyam y Somo, 2016, pp.171-187

22. Basta mencionar litigio generado por sede principal de la transnacional UNILEVER en Rotterdam en el año 2020, debido a la habitual estructura que la multinacional ha defendido de tener dos (2) oficinas matrices: una en Londres y otra en Rotterdam. Controversia ganada a favor de Países Bajos, que logró que la compañía mantuviera su sede principal dentro de territorio neerlandés bajo elevadas presiones fiscales, en las que Unilever debería pagar 11 000 millones de euros por multa fiscal por traslado de casa matriz para otro país que no grava los dividendos²⁶. Victoria al fin, muestra el modo rudo de negociar y lograr la garantía de sus intereses con los inversionistas e inversión neerlandesas. Nótese que la compañía aporta al fisco neerlandés alrededor de 200 millones de euros anuales, botín que el país de los tulipanes no está dispuesto a perder.

23. Bajo este velo, de protección a intereses neerlandeses, Países Bajos garantiza a sus inversionistas extranjeros una cartera de incentivos y protecciones, que se extienden a sus inversiones en los países anfitriones donde establecen las mismas. No es casual que algunas compañías muden su nacionalidad hacia Países Bajos con el propósito de beneficiarse de los BITS neerlandeses en determinada región y naciones, en tanto, el país muestra una cobertura de ciento siete (107) APPRI's suscritos, el primero firmado con Tunisia en 1963. De ellos, setenta y cinco (75) en vigor y veintisiete (27) terminados²⁷. Unido a ello posee novena y cuatro (94) tratados para evitar la doble imposición internacional, lo que convierte al país en muy atractivo para los inversores, particularmente para multinacionales, lo que incluye sus subsidiarias.

24. En este escenario favorable, Países Bajos, fue de los primeros países europeos en suscribir Acuerdos bilaterales de inversión con América Latina, región con la que firmó en la década de los 90's doce (12) APPRI's. El primero fue el rubricado con Uruguay en 1988, al que le sucederían, aquellos ya mencionados en los 90's y otros en los 2000's hasta llegar a la cifra de diecinueve (19) textos convencionales de este tipo con América Latina, los que han sido el fundamento en sus demandas Inversionista-Estado contra los Estados latinoamericanos.

25. En 1996 se conoció la primera demanda por inversiones de Países Bajos contra un país de la región hasta ascender en el 2021 a una cifra de treinta (30)²⁸, invocándose en nueve (9) de ellas expropiación indirecta, implicados seis (6) países y seis (6) APPRI's. Entre los laudos disponibles pueden citarse a modo de ejemplo el de Álvarez y Marín Corporación S.A., Bartus Van Noordenne, Cornelis Willem Van Noordenne, Estudios Tributarios Ap S.A., Stichting Administratiekantoor Anbadi vs Panamá y el de Highbury International Avv y Ramstein Trading INC. vs Venezuela, los cuales ofrecen una aproximación sobre la invocación a la figura a partir de su sustento legal en los APPRI's involucrados.

1. Laudo CIADI Caso No. ARB/15/14 Álvarez y Marín Corporación S.A., Bartus Van Noordenne, Cornelis Willem Van Noordenne, Estudios Tributarios Ap S.A., Stichting Administratiekantoor Anbadi vs Panamá²⁹.

26. La controversia surge asociada a las medidas implementadas por el Estado panameño que, según alegaron los inversionistas, afectaron el desarrollo de su inversión en la República de Panamá,

²⁶ Vid. M.J. DE LA MERCED, "The Unilever building in London, in 2018. For nine decades, the company has had headquarters in Britain and the Netherlands", New York Times, Junio 2020. Disponible en: <http://www.nytimes.com/2020/06/11/business/unilever-headquarters.html>

²⁷ UNCTAD, "Tabla Acuerdos Internacionales de Inversión Países Bajos", 2022, ref. 4

²⁸ UNCTAD, "Tabla Disputas de Inversión Países Bajos", 2022. Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/country/148/netherlands/investor>

²⁹ Laudo del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a inversiones de 12 de octubre de 2018, Álvarez y Marín Corporación S.A., Bartus Van Noordenne, Cornelis Willem Van Noordenne, Estudios Tributarios Ap S.A., Stichting Administratiekantoor Anbadi vs Panamá, Caso CIADI No. ARB/15/14, 2018, pp. 1-103. Disponible en: <https://www.italw.com/cases/3989>

consistente en un proyecto ecoturístico a través de la adquisición de cuatro fincas rústicas, ubicadas en la costa caribeña de la Comarca Ngöbe-Buglé – una división política especial creada en 1997 con el objetivo de proteger y promover el bienestar de las comunidades indígenas, conocida como la “Comarca”.

27. La mencionada zona está declarada protegida por el Estado panameño por la virginidad que contempla su paisaje natural, y en ella se restringe la adquisición de la propiedad privada, excepto la existente ante la ley panameña de 1997 “Ley de la Comarca”, por lo que al tiempo de aprobada la inversión, la prensa panameña se cuestionó la adquisición de las fincas y se desencadenaron investigaciones en el orden penal y administrativo al respecto. A la vez, ello incidió en que la Autoridad Nacional de Administración de Tierras, considerara que dos fincas estaban fuera de la Comarca y por ende implicaran la reubicación a un lugar distinta.

28. Ante tal decisión, unida a la ocupación forzosa de las fincas por la población como reacción al rechazo al informe filtrado de la referida Autoridad Nacional de administración de Tierras (ANATI), las demandantes alegaron destrucción del valor de su inversión, en tanto, se disminuye la superficie concebida para el desarrollo conjunto de cuatro fincas y no dos en la Comarca, además de no serle posible disponer de ellas.

29. Los inversionistas invocaron expropiación indirecta conforme los artículos 10.11 y 10.06 del Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica y Panamá de 2002 (el ‘TLC’) y 6 y 3(1) del APPRI entre la República de Panamá y el Reino de los Países Bajos de 2000. Las Demandantes sostienen que Panamá expropió indirectamente su inversión al reubicar las fincas comarcales por medio del informe de la autoridad panameña correspondiente y permitir las invasiones de la población que las despojaron de la posesión de las referidas fincas. El Estado panameño refiere haber actuado bajo los poderes de policía y por ende no constituirse un acto expropiatorio y tampoco el deber de compensar.

30. De la referencia del citado APPRI entre la República de Panamá y el Reino de los Países Bajos, sobresale la redacción escueta que exhibe y que no aporta elementos de calificación sobre la expropiación indirecta al establecer: “*Ninguna Parte Contratante tomara medidas de privación (...) indirectamente en la Otra Parte contratante de sus inversiones (...)*”³⁰. Tal disposición significa que cualquier medida que prive indirectamente a los inversores de su inversión puede ser considerada como tal, pues adolece de conceptualización y delimitación sobre la figura, exclusión de los presupuestos para su configuración, así como de la *creeping expropriation* y de la excepción a la expropiación indirecta regulatoria.

31. En efecto, la excepción a la expropiación indirecta se constituye en elemento esencial para el Estado panameño que incluso, en este caso, contrapuso sus poderes de policía para la defensa de las medidas adoptadas contra el inversor como parte de sus facultades regulatorias: de haber estado concebida, hubiese sido suficiente con invocarla para este particular bajo protección del bienestar público y no materialización de compensación.

32. Por su parte, el APPRI panameño concibió en cuanto a este tópico una justa compensación, representada por el valor genuino de las inversiones afectadas incluyéndole un interés normal comercial. Aunque con la referencia a justa intentó un acercamiento a posiciones más del Sur, posteriormente incorpora los elementos de compensación de la Fórmula Hull³¹ al referirse a realizarse sin demora y en

³⁰ *Vid.* Acuerdo sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre el Reino de los Países Bajos y la República de Panamá, suscrito en fecha 28/08/2000 y que entró en vigor el 01/09/2001, Artículo 6, pp.4 y 5. Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-file/2070/download>

³¹ Nombre reconocido para la fórmula creada por el Secretario de Estado norteamericano Cordell Hull con respecto a la compensación debida a los inversores por nacionalización y que la definió como: adecuada cuando se basa en el valor justo del mercado, efectiva cuando se paga en moneda libremente convertible y pronta cuando es pagada sin demoras o en circunstancias excepcionales la pagada en parcialidades en un plazo lo más corto posible.

moneda de libre convertibilidad aceptada por las partes. En síntesis, el texto muestra, como la mayoría de los APPRI's latinoamericanos una elevada ambigüedad y con ello una exposición fundamental de los Estados ante los inversionistas en general, y específicamente con los neerlandeses acostumbrados a gozar de un régimen de inversiones favorecedor a sus intereses y que llevan a la práctica en su actuar cotidiano en los territorios donde realizan sus inversiones.

33. Dicha redacción, cual se constituye en *lex specialis* no encuentra adicionalmente complemento en la Constitución panameña excepto desde un pronunciamiento general referido a la posibilidad de expropiación con la correspondiente indemnización, lo que incluye una mención reiterada de la figura en varios artículos en acotación ante determinados bienes y situaciones. A la vez, dispone que la indemnización ha de ser adecuada sin delimitar el contenido, entrando en confrontación con el calificativo de justa establecido en el APPRI, en tanto, uno y otro no son sinónimos³².

34. Por su parte, la Ley No. 54, ley especial sobre inversión extranjera del país en el artículo 21 reconoce a la expropiación indirecta en el mismo sentido que en el APPRI citado, bajo la redacción genérica en negativo de que “*El Estado no tomará medidas (...) indirectas de expropiación o de nacionalización, ni ninguna otra medida similar, incluyendo la modificación o derogación de leyes que tengan el mismo efecto (...)*”³³. Paralelamente, dispone indemnización adecuada y no provee una definición que permita una identificación precisa de la expropiación indirecta con elementos que la tipifiquen, abriendo una brecha para la posibilidad de convocar una expropiación indirecta desde la generalidad de cualquier medida adoptada por el Estado de forma indirecta que perciba el inversionista como equivalente a una expropiación directa. Al mismo tiempo, la Ley especial establece utilizar en primer término para calcular la indemnización el valor comercial a diferencia del APPRI que dispuso valor genuino, no obstante, no es *numerus clausus*, pues la Ley expone que en el supuesto de ser compleja la valuación por este método se utilicen los principios de valuación generalmente aceptados y considerando una serie de elementos. Tales inexactitudes, son las que coadyuvan a la invocación sistemática de la figura en laudos como el referido en líneas *ut supra* contra Panamá y a la exposición frecuente del Estado panameño ante litigios de este tipo.

2. Laudo CIADI Caso No. ARB/11/1 Highbury International Avv y Ramstein Trading INC. vs Venezuela³⁴

35. La controversia surge según exponen los inversores, en febrero de 2002 a partir de que la empresa estatal Electricidad del Caroní (“Edelca”), con el apoyo de las fuerzas militares venezolanas, tomó posesión de las zonas atribuidas a las Concesiones Alfa y Delta para ser utilizadas en la ejecución de un proyecto hidroeléctrico en el río Caroní (“Proyecto Tocoma”), impidiendo el acceso a la explotación de las áreas mineras en concesión así como denegación del acceso para retirar sus equipos de trabajo, documentos e incluso bienes personales de sus trabajadores. Conforme alegaron los inversionistas estas medidas afectaron el desarrollo de su inversión en la República de Venezuela, consistente en concesiones de explotación de oro y diamantes en la zona del río Bajo Caroní, denominadas ALFA 1, 2 y 3 (“Concesiones Alfa”) y DELTA A, B, C y D (“Concesiones Delta”).

³² Vid. Constitución Política de la República de Panamá de 11 de octubre de 1972 reformada el 8 de noviembre de 2004, Gaceta Oficial de la República de Panamá No. 25176 de 15 de noviembre de 2004, artículos 48, 51, 85 y 286, pp.1-136. Disponible en: <https://www.google.com/search?q=constitucion+paname%C3%B1a+vigente+2022&oq=&aqs=chrome.1.35i39i362l5...5.-1j0j7&client=ms-android-xiaomi-rvo3&sourceid=chrome-mobile&ie=UTF-8>

³³ Ley 54/1998, de 22 de julio de 1998, de Estabilidad Jurídica de las Inversiones, Gaceta Oficial de la República de Panamá No. 23593 de 24 de julio de 1998, pp. 1-12. Disponible en: <https://www.google.com/url?sa=t&source=web&rct=j&url=https://toroperezballadares.com/wp-content/uploads/2018/08/Ley-54-de-22-de-julio-de-1998.pdf&ved=2ahUKEwiMuvDWhN77AhU9QjABHRBQAI8QFnoECB4QAQ&usq=AOvVaw0Yo7D4Y-F1DwZ6wcZAS3G2>

³⁴ Laudo del Centro Internacional de Arreglo de diferencias relativas a inversiones de 26 de septiembre de 2013, Highbury International Avv y Ramstein Trading INC. vs Venezuela, Caso CIADI No. ARB/11/1, 2013, pp. 1-76. Disponible en: <https://www.italw.com/cases/2558>

36. Los inversionistas invocaron expropiación indirecta conforme el artículo 6 del APPRI entre la República de Venezuela y el Reino de los Países Bajos de 1991. Las Demandantes sostienen que Venezuela expropió indirectamente su inversión al obviar las concesiones otorgadas y permitir la posesión de las áreas mineras donde se ubicaban los yacimientos auríferos y diamantíferos. El Estado venezolano refiere que los inversores fueron notificados de la improcedencia de sus concesiones en esa área y solo después de ello es que Edelca operó amparada en leyes y regulaciones venezolanas. Además, se expone no haberse producido tal irrupción, invasión de Edelca en las concesiones de los inversores, y que esta solo utilizó una parte del área 1 de la Concesión Alfa, a la vez que señala que después de febrero del 2002 los inversores continuaron utilizando las concesiones.

37. No obstante, lo cierto es que bajo la referencia del mencionado APPRI entre la República de Venezuela y el Reino de los Países Bajos, en un reconocimiento a la expropiación indirecta con la redacción en negativo de que: “*Ninguna de las Partes Contratantes (...) ni tomará medidas que tuvieren un efecto equivalente a la nacionalización o expropiación en relación a tales inversiones (...)*”³⁵ sin conceptualizarla ni delimitarla, con exclusión de los presupuestos para su configuración así como de la *creeping expropriation* y la excepción a la expropiación indirecta regulatoria, por lo que cualquier acto del Estado venezolano puede considerársele como tal expropiatorio de modo indirecto.

38. El texto, semejante a la habitual redacción de los APPRI’s de los 90, concibió una justa compensación, aunque posteriormente incorpora los elementos de compensación de la Fórmula Hull³⁶ al referirse a realizarse sin demora indebida y en moneda de libre convertibilidad (efectiva). Este Acuerdo constituye el primero y más invocado de los APPRI’s latinoamericanos por los inversionistas neerlandeses en sus demandas, sin embargo, se ha de apuntar que los países de la región sostienen similar sistemática.

39. Los inversionistas también se sustentan en la omisa referencia a la expropiación indirecta en la legislación venezolana que les favorece al solo invocarla mediante el texto convencional, que por demás no es preciso. La Constitución enuncia solo que la propiedad podrá ser sometida a restricciones, cual se entiende incluye en este supuesto a la expropiación al implicar una limitación a los derechos fundamentales de la propiedad, cuando además en última línea del artículo establece que: “*podrá ser declarada la expropiación de cualquier clase de bienes*”³⁷, pero sin otra distinción adicional en el resto del texto de la Carta Magna. Sin embargo, a diferencia de Panamá, si dispone justa compensación como en el APPRI, aunque difiere en cuanto a uno de los elementos de la Fórmula Hull que aquel acoge, pues en vez de esbozar pago sin demora, dispone pago oportuno, cual no implica similitud de significado y contenido técnico. En cuanto, a su ley especial, Ley Constitucional de Inversión Extranjera Productiva (2017) no existe pronunciamiento.

40. Conviene subrayar, que aun cuando no se encuentran disponibles los pagos derivados de las demandas *ut supra* citadas, cualquiera haya sido su modo de resolución, lo cierto es que constituyeron gastos considerables para dichos Estados, en tanto, en la de Álvarez Marín vs Panamá los inversionistas interpusieron su reclamación por 100.00 mln USD³⁸ y en la demanda contra Venezuela la cifra solicitada

³⁵ Convenio para el Estímulo y Protección Recíproca de Inversiones entre el Reino de los Países Bajos y la República de Venezuela, ref.16

³⁶ Nombre reconocido para la fórmula creada por el Secretario de Estado norteamericano Cordell Hull con respecto a la compensación debida a los inversores por nacionalización y que la definió como: adecuada cuando se basa en el valor justo del mercado, efectiva cuando se paga en moneda libremente convertible y pronta cuando es pagada sin demoras o en circunstancias excepcionales la pagada en parcialidades en un plazo lo más corto posible.

³⁷ *Vid.* Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999 de 17 de noviembre de 1999, Gaceta Oficial de la República de Venezuela No. 36860 de 30 de diciembre de 1999, artículo 115, pp. 312.178 1-201. Disponible en: https://www.Google.Com/url?Sa=t&source=web&rc=j&url=http://www.Minci.Gob.Ve/wp-content/uploads/2011/04/constitucion.Pdf&ved=2ahukewjzv6h_937ahxkszabhvpsc4qqfnoeckqqaq&usq=aovvaw1sysh6lanwzcl1oku11om

³⁸ *Vid.* Cifra solicitada por el demandante. Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/cases/619/-lvarez-y-mar-n-corporaci-n-and-others-v-panama>

a pagar fue de \$209.7 mln USD³⁹ por la expropiación indirecta de concesiones mineras. Aun cuando sea probable que no se pagasen las cantidades inicialmente solicitadas, los costos en el ámbito financiero para países latinoamericanos no se puede soslayar, considerando que son países subdesarrollados con situaciones económicas complejas cíclicamente, a los que el desembolso de cifras como las que comúnmente conllevan las demandas de este tipo implica un perjuicio para los Estados elevado junto al daño reputacional a los mismos.

41. Como expone el informe del Instituto Transnacional (TNI) sobre Impactos de las demandas de arbitraje de inversores contra Estados de América Latina y el Caribe, incluidas las neerlandesas: “(...) en el sistema de arbitraje internacional, los Estados siempre pierden, ya que las demandas les cuestan millones de dólares en gastos de defensa y de proceso. Aun en casos donde los tribunales de arbitraje no fallan contra el Estado, la propia demanda implica un gasto excesivo en contratación de firmas de abogados que pueden cobrar hasta USD 1000 la hora de asesoramiento (...)”⁴⁰. En efecto, sobresale que en la mayoría de los casos de las demandas por expropiación indirecta de los países latinoamericanos con Países Bajos, correspondieron a Empresas multinacionales neerlandesas como Rabobank⁴¹ o subsidiarias basificadas en ese territorio como Bureau Veritas Inspection, Valuation, Assessmant and Control, BIVAC B.V, Conocophillips Hamaca B.V., Conocophillips Gulf Of Paria B.V. , Shell Brands International⁴², entre otras, con recursos financieros suficientes para librar una cruzada de tales magnitudes en el arbitraje de inversiones.

42. A la acotación anterior se suma, como fenómeno de generalidad con Países Bajos, que las compañías neerlandesas demandantes poseen el denominado planeamiento de la nacionalidad para beneficiarse de los BIT’S neerlandeses, los cuales las colocan en posiciones más ventajosas para arremeter contra América Latina, a partir, de beneficiarse del conocido “estándar dorado a los inversionistas” que propugna el país de los tulipanes. Como refiriera el informe del *Centre for Research on Multinational Corporations* (SOMO) de “(...) las empresas transnacionales y otros inversores que utilizan a los Países Bajos como su sede central (...) Sólo el 13 por ciento (...) son, de hecho, holandeses: el 84 por ciento de las demandas provienen de empresas no holandesas y el 3 por ciento tienen origen desconocido. El 77 por ciento de todas las demandas supuestamente holandesas son iniciadas por empresas fantasma, sin presencia comercial u operativa sustancial en los Países Bajos (...)”⁴³.

43. Nótese, además, que los APPRI’s utilizados en tales demandas, son aquellos suscritos en los años 90’s, basados en los primeros modelos de inversión neerlandeses y con diferencias visibles con el vigente Modelo de 2019. No es casual que en los últimos años, varios países expresaron su disconformidad con el enfoque holandés después de enfrentar una o más demandas de ISDS iniciadas bajo los tratados holandeses. Bolivia, Ecuador, India, Indonesia, Sudáfrica, Uganda y Venezuela incluso decidieron cancelar unilateralmente sus TBI’s con los Países Bajos⁴⁴.

³⁹ *Vid.* Cifra solicitada por el demandante. Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/cases/596/highbury-v-venezuela>

⁴⁰ C. OLIVET/ B. MÜLLER/L. GHIOTTO, “Impactos de las demandas de arbitraje de inversores contra Estados de América Latina y el Caribe”, Transnational Institute Amsterdam, Diciembre 2017, p.4. Disponible en: ISDS Impactos. Casos ISDS América Latina, <http://isds-americalatina.org/en-numeros/>

⁴¹ Rabobank Group, fundado hace 110 años, es un grupo financiero, que se encuentra entre las 30 más grandes instituciones financieras del mundo, cuenta con 55 000 empleados, alrededor de 10 000 000 de clientes y presencia en 40 países. *Vid.* Disponible en: <http://www.rabobank.com/en/locate-us/europe/netherlands.html>

⁴² Inspection, Valuation, Assessmant and Control, BIVAC B.V, subsidiaria de Bureau Veritas, el lider en prueba, inspección y certificación de servicios TIC; Conocophillips Hamaca B.V., Conocophillips Gulf Of Paria B.V subsidiarias de Conoco Phillips en Países Bajos, multinacional norteamericana de hidrocarburos y explotación y producción de gas y Shell Brands International, es una subsidiaria de Shell Plc multinacional anglo holandesa y una de las cuatro más grandes del sector petrolífero mundial.

⁴³ B.J. VERBEEK/R. KNOTTNERUS, “El borrador del Modelo de TBI Holandés de 2018: una evaluación crítica”, Investment Treaty News IISD, boletín en línea sobre derecho y políticas de inversión desde una perspectiva del desarrollo sostenible, Número 2. tomo 9. Julio 2018, p.3. Disponible en: <https://www.iisd.org/publications/newsletter/investment-treaty-news-in-volume-9-issue-2-july-2018>

⁴⁴ A.ARCURI/B.J.VERBEEK, “The New Dutch Model Investment Agreement: On the Road to Sustainability or Keeping up

44. Como se aprecia, los seis(6) APPRI's vinculados a demandas neerlandesas contra Estados latinoamericanos se caracterizan por el reconocimiento de la expropiación indirecta a través de la frase en negativo: de no tomar medidas de privación indirectamente, con apenas algunas diferencias sobre nominación al artículo o sustitución de inversores por nacionales en el TBI panameño o causa pública por interés público en el mexicano junto al tópico sobre la compensación, en la que México tiene una historia amplia en materia de expropiación. Excepto los TBI's con Argentina y Venezuela que preexistieron antes del Modelo neerlandés de 1997 y se enfocan en el efecto de las medidas, en el supuesto, que sean, equivalentes, el resto de las formulaciones se centra en la naturaleza de las medidas, al disponer que deben englobar un acto de privación en este caso indirecto. A pesar de los puntos de convergencia, todos muestran:

- a) mero reconocimiento a la expropiación indirecta sin definir los elementos que la conforman y bajo los cuales se pueda determinar su presencia. Solo alusión en unos casos a medidas de privación y otras a medidas de efecto equivalente a la expropiación.
- b) carencia de presupuestos para su configuración a modo de tipificarla
- c) ausencia de excepción a la expropiación indirecta, por lo que las facultades regulatorias del Estado sean cual fuere no constituirán argumento para no compensar bajo acto expropiatorio.
- d) Calificación de la compensación como justa, como un distanciamiento de la Fórmula Hull, sin embargo, mantienen el contenido de pronta y efectiva de aquella. Una nota diferente con respecto a los otros cinco (5) la marca México que sustituye el vocablo compensación por indemnización, razón que no es meramente semántica, sino que tiene un significado técnico importante en tanto, se está de oficio reconociendo que la expropiación no fue legal y por ende requiere indemnizarse.

45. Los textos *ut supra* tuvieron la influencia de los Modelos TBI's neerlandeses de 1993 y 1997 como documento base del país europeo y aun cuando de los seis (6) textos que sustentan dichas demandas solo tres (3) de ellos fueron suscritos posteriormente a la entrada en vigor del Modelo neerlandés de Tratado de inversión de 1997, todos establecen similar redacción en la cláusula de expropiación y pronunciamiento sobre la indirecta, vinculados al modo en que fueron dispuestos en los mencionados Modelos, en el que no intentaron una redacción más precisa sobre el contenido de la figura sino apenas un reconocimiento de ella. En cuanto a la indemnización la mayoría abraza la Fórmula Hull desde una diversidad de construcciones. Ninguno incluyó una definición de la expropiación indirecta, presupuestos para su configuración, límites y excepción a la expropiación regulatoria como lo estableciera el más reciente Modelo neerlandés de 2019.

46. Sin embargo, tal minuciosidad del reciente Modelo no solo se debe a la decisión particular del Gobierno neerlandés de perfeccionar el documento base para la negociación de sus Acuerdos Internacionales de Inversión (AII) sino al hecho de ser el Modelo que el país adoptó posterior a la política trazada por la Unión Europea (UE) a partir del 2009 sobre las inversiones, marcada por la entrada en vigor del Tratado de Lisboa en ese propio año. Dicho Tratado dispuso el traslado de la competencia para celebrar acuerdos internacionales en materia de inversión extranjera de los Estados miembros de la Unión Europea (UE) al ente regional⁴⁵, a la vez que se trazaron las pautas sobre el contenido que debían incorporar los países miembros en los AII bajo la denominada Plataforma Mínima de la Unión Europea sobre inversiones.

47. Al mismo tiempo, después del 2012 la Comisión de la Unión Europea consideró que los principios de los TLC también debían inspirarse en una nueva política sobre inversiones de la Unión,

Appearances?", *Erasmus Law Review*, No.4, 2019, pp. 37-49. Disponible en: <https://www.erasmuslawreview.nl/tijdschrift/ELR/2019/4/ELR-D-19-00026>

⁴⁵ C.TITI, "International Investment Law and the European Union: Towards a New Generation of International Investment Agreements", Oxford University Press, *European Journal of International Law*, Vol. 26(3), 2015, pp.639-661. Disponible en: https://scholar.google.com/scholar_url?url=https://academic.oup.com/egil/article-pdf/26/3/639/8066366/chv040.pdf&hl=es&sa=T&oi=ucasa&cts=ufr&ei=S4zbYeeMOJiTy9YPIJ6_8A4&scisig=AAGBfm18-HpKi2IXyfGaMxvLqOMB8M3FRQ

conocida como “las mejores prácticas”(referencias sobre negociaciones de la UE en dicha materia como las Directivas para la negociación de la Asociación Transatlántica de Comercio e Inversiones entre la UE y EEUU⁴⁶), y que incluyeron la protección de las inversiones, el derecho a regular, el desarrollo sostenible y los derechos humanos. Adoptadas como guía las cláusulas dispuestas de forma sistemática en los Acuerdos de inversión de los Estados miembros de la Unión se convirtieron en un Modelo *de facto* del bloque regional a través del documento de la UE denominado Política europea de inversiones internacionales, que estableció estándares que los países debían incorporar en sus Acuerdos, colocándose en el de protección, el mandato de la definición de la expropiación indirecta, el balance entre el bienestar público y los intereses privados, y la adecuada compensación ante la ocurrencia de daños. Se pronunció además sobre el derecho a regular de las partes en determinadas áreas al margen de la protección, lo cual se asocia a la excepción de la expropiación indirecta regulatoria⁴⁷.

48. En consecuencia, Países Bajos incorporó las directrices recomendadas por la Unión Europea en su Modelo de APPRI de 2019 desmarcándose de los Modelos anteriores de 1997 y 2004, bajo los cuales se suscribieron los APPRI’s latinoamericanos y que en materia de expropiación indirecta no introdujeron modificaciones de uno a otro texto. En ambos, se dispuso como referencia a la figura solo que: “*Ninguna parte tomaría cualesquiera medidas de privación (...) indirectamente (...)*”⁴⁸, sin adicionar otra distinción para identificarla. De modo que, bajo la expresión de una medida de privación indirecta, se abría un abanico de actuaciones posibles del Estado en que puede privar indirectamente al inversionista, debiendo proceder en tal caso bajo determinadas condiciones: por un interés público, con un debido proceso, no ser su actuación discriminatoria y con una compensación justa considerando el valor genuino de la inversión afectada, sin demora y en moneda libremente convertible.

49. Por el contrario, el texto del 2019 hizo un viraje hacia mayores precisiones, y en el artículo 12 en un primer numeral sostuvo similar sistemática de referencia a la indirecta, como los dos (2) Modelos que le precedieron, sin embargo, incorporó el término nacionalizar, cual no encontró eco en aquellos. Por otra parte, el Modelo Neerlandés de 2019 no le bastó la mera alusión a la expropiación indirecta a través del numeral 1 del artículo citado como “*medidas de privación indirectamente*”, sino que en el numeral 3 brinda una definición sobre esta, diferenciándola de la directa, a la cual también conceptualiza en numeral 2. En relación con la indirecta dispone que: “*ocurre si una medida o una serie de medidas de una Parte Contratante tiene un efecto equivalente a la expropiación directa, en que sustancialmente se prive al inversor de los atributos fundamentales de la propiedad en su inversión, incluyendo el derecho de uso, disfrute y disposición de su inversión sin la transferencia formal del título o la toma completa*”⁴⁹.

⁴⁶ Documento No. 11103/13 del Consejo de la Unión Europea, de 9 de octubre de 2014, sobre las Directivas para la negociación de la Asociación Transatlántica de Comercio e Inversiones entre la UE y US, 2014, p.9. Disponible en: <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-11103-2013-DCL-1/en/pdf>

⁴⁷ Resolución No. (2010/2203(INI) del Parlamento Europeo de 6 de abril de 2011, sobre el futuro de la política de inversión internacional europea, numerales 19 viñeta 3ra y 25, p.5. Disponible en: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-7-2011-0141_EN.html

⁴⁸ Vid. Artículos 6 de los Modelos de Acuerdo de Inversión Neerlandeses de 1997 y 2004 respectivamente, ref. 10 y ref 11.

⁴⁹ Artículo 12 del Modelo de Acuerdo de Inversión Neerlandés de 2019: *1. Neither Contracting Party shall nationalize or take any other measures depriving, directly or indirectly, the investors of the other Contracting Party of their investments, unless the following conditions are complied with: a) the measure is taken in the public interest; b) the measure is taken under due process of law; c) the measure is taken in a non-discriminatory manner; and d) the measure is taken against prompt, adequate and effective compensation. (...)*

3. Indirect expropriation occurs if a measure or a series of measures of a Contracting Party has an effect equivalent to direct expropriation, in that it substantially deprives the investor of the fundamental attributes of property in its investment, including the right to use, enjoy and dispose of its investment, without formal transfer of title or outright seizure.

4. The determination of whether a measure or a series of measures by a Contracting Party, in a specific factual situation, constitutes an indirect expropriation requires a case-by-case, fact-based inquiry that considers, amongst other factors:

a) the economic impact of the measure or series of measures, although the sole fact that a measure or a series of measures of a Contracting Party has an adverse effect on the economic value of an investment does not establish that an indirect expropriation has occurred;

b) the duration of the measure or series of measures by a Contracting Party; and

c) the character of the measure or series of measures, notably their object and context. (...)

En otras palabras, no se circunscribe la identificación de la figura a una medida de privación como en los anteriores modelos, sino que se le puede reconocer por:

- a) ser una medida o serie de medidas, con lo cual incorpora la expropiación indirecta progresiva o *creeping expropriation*;
- b) tener un efecto equivalente a la expropiación directa, lo que significa: desposesión al titular de su bien, privación y ocupación permanente del bien por el Estado bajo fundamento de utilidad pública y realizar el pago correspondiente para compensar (indemnizar en la indirecta). Solo se marca una diferencia: el traspaso del dominio sobre los bienes que en la indirecta se produce *de facto*, pues el titular posee la titularidad, pero en la práctica no la detenta porque no la puede ejercer, tal y como si hubiese sido despojado de su título.
- c) privar al inversor de modo sustancial, significativo sobre los atributos fundamentales de su propiedad;
- d) que entre los atributos fundamentales estén incluidos los derechos de uso, disfrute y disposición sobre los que se debe constatar por tanto incapacidad para que el inversor los ejercite; y
- e) que ocurra sin transferencia del título formal de propiedad o la toma completa.

50. Como se observa, el acierto de las precisiones del Modelo de 2019 en la definición de la expropiación indirecta es alto, razón por lo que junto a otras cuestiones se le considera en los actuales momentos como uno de los más avanzados mundialmente. A ello adiciona, en el numeral 4 del propio artículo 12 los presupuestos para la configuración de la expropiación indirecta después que ha sido evidenciada su presencia debido a la intromisión del Estado, y al respecto se refiere a: impacto económico, duración y carácter de la medida, destacando en el primero que no es suficiente que se constate impacto económico adverso, sino que habrá de existir una afectación sobre el valor de la inversión. En el caso del último señala que ha de considerarse el objeto y el contexto en que se adoptó la medida para incorporar al análisis particular de dicho presupuesto.

51. Por otra parte, los numerales 5 y 6 en vinculación con el inciso d) del numeral 1 se desmarca de la compensación que fue establecida en los Modelos anteriores al abrazarse en este la Fórmula Hull expresamente, lo que tiene implicaciones para los países del Sur, particularmente para los latinoamericanos como lo han demostrado las costosas cifras millonarias que han debido pagar. Tómese de referencia aquellos que han registrado la mayor cantidad de demandas contra sus Estados a nivel internacional y por invocación de expropiación indirecta como Argentina, Venezuela, México, Bolivia, Ecuador, Perú, Colombia u otros y los números lo mostrarán por sí solos⁵⁰.

52. En cuanto a la incidencia de tal posición para la indirecta, el análisis discurre por el hecho de que debiera concebirse un procedimiento peculiar para ella, considerando que más que una compensación se produce bajo sus características una indemnización. Unido a ello, que el modo de incluso tratar la fecha en que se considerara para la compensación o indemnización es diferente a aquella que se considera para la directa. En esta es habitualmente la fecha en que se hizo pública la expropiación, sin embargo, para la indirecta se reconoce como tal la fecha del comienzo de la privación de la inversión, de la interferencia del Estado o fecha en que se emite el laudo. Al mismo tiempo, el Modelo Neerlandés

8. *Except in the rare circumstance when the impact of a measure or series of measures is so severe in light of its purpose that it appears manifestly excessive, non-discriminatory measures of a Contracting Party that are designed and applied in good faith to protect legitimate public interests, such as the protection of public health, safety, environment or public morals, social or consumer protection or promotion and protection of cultural diversity, do not constitute indirect expropriations(...). Vid.* Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5832/download>

⁵⁰ Montos otorgados por el Tribunal a favor del inversor: Técnicas Medioambientales TECMED S.A. vs Los Estados Unidos Mexicanos US\$ 5.50 mln; García Armas y García Gruber vs República Bolivariana de Venezuela US\$214.30 mln; Abengoa, S.A. y Cofides, S.A. vs Estados Unidos Mexicanos US\$ 40.30 mln; Copper Mesa Mining Corporation vs Ecuador el Estado ecuatoriano US\$ 19.40 mln; Occidental Petroleum Corporation, Occidental Exploration y Production Company vs Ecuador US\$ 1.769 mln. y Quiborax S.A. and Non Metallic Minerals S.A. vs El Estado Plurinacional de Bolivia US\$ 48,60 mln. *Vid.* UNCTAD, “Tabla de Disputas de Inversión por países”, 2022. Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/nvestment-dispute-settlement>

del 2019 en relación con los métodos de valuación de la compensación dispone los referidos al valor, valor del activo que comprende el valor fiscal declarado de la propiedad de bienes tangibles, así como el criterio de apropiada.

53. Otra cuestión fundamental incorporada al citado Modelo de 2019 con incidencia en la expropiación indirecta lo constituye el numeral 8 del artículo 12 destinado a la excepción a la expropiación indirecta y donde se destaca entre todos los textos mundialmente por las acotaciones que realiza con un margen mayor para las facultades regulatorias intrínsecas del Estado. Así pues, a las áreas habitualmente reconocidas bajo la égida de la protección a la seguridad, salud y moral y añaden otras como la protección social, al consumidor y a la diversidad cultural y su promoción. Pronunciamiento este no concebido en los anteriores Modelos.

54. Unido a las precisiones comentadas en los numerales 7 y 9, se suman la posibilidad de revisión del acto expropiatorio por autoridades del país y la extensión del análisis de expropiación para lo referente a la propiedad intelectual. Ambos también sin dudas acotaciones necesarias y novedosas, no existentes en los Modelos de 1997 y 2004 analizados.

55. Observando, las inexactitudes de los Modelos de 1997 y 2004, es posible hallar parte de las razones por las que fueron probables las demandas de inversores de Países Bajos contra América Latina, en tanto, la cláusula, le proveyó de imprecisiones a su favor y de ese modo vacíos para los Estados latinoamericanos para defenderse y contrarrestar la embestida que se desencadenaba contra ellos. No encontraron en los textos convencionales suscritos con el país europeo elementos que por ingeniería inversa les permitiesen demostrar que no se había configurado la expropiación indirecta, cual sería posible descubrir y evidenciar en APPRI's bajo la impronta del Modelo neerlandés de 2019, debido a su elaboración más acertada. A pesar de ello, bajo la mirada del Modelo Neerlandés del 2019 es nula su expresión en los APPRI's latinoamericanos y del mundo en general, pues posterior a su adopción y hasta el presente⁵¹ no se han suscrito por este país nuevos acuerdos bilaterales de inversión.

56. Con solo echar un vistazo a los seis (6) textos de los APPRI's que se invocan en las nueve (9) demandas por expropiación indirecta de inversionistas neerlandeses contra Estados latinoamericanos, se muestra que presentan sistemática similar a la que sostiene el país europeo con el resto del mundo, sin una elaboración avanzada y con disfuncionalidades marcadas para los Estados especialmente. Sin embargo, la diferencia con otras naciones radica en el modo en que estos seis (6) países reconocen la expropiación indirecta desde un pronunciamiento general en la Constitución y sus leyes de inversión extranjera y expropiación para después completarla con lo dispuesto en los APPRI's, que implica se modele un peligro potencial y permanente de los Estados latinoamericanos frente a los inversionistas neerlandeses. El marco legal de estos países en cuestión, que abordan la figura de modo más o menos preciso así como el funcionamiento interno de las diversas instancias del Estado sin coordinación, actuando en compartimentos estancos, ineficaz e incoherentemente ha sido constatado con las demandas interpuestas en América Latina bajo el sustento legal de la cláusula de expropiación de los BIT'S suscritos y en vigor con el mencionado país europeo, por lo que es visible la necesidad de la búsqueda de una precisión sobre la figura y perfeccionamiento de los textos

57. Las demandas, son sólo una señal de una arremetida contra los países por parte de los inversionistas extranjeros que consideran factible interponer probables reclamaciones debido a la ilimitada incertidumbre en los citados APPRI's, por lo que el intento de una minuciosidad en la formulación de la expropiación indirecta sería lo más conveniente. Como expresa Fernández Masía: "(...). *Una clara mejora en la definición y redacción de los estándares de protección, eliminando ambigüedades, restringiendo las posibilidades de amplias interpretaciones, ejemplificando mediante listas de conductas, incorporando la opción de interpretaciones auténticas de los términos por las partes contratantes, son*

⁵¹ Vid. UNCTAD, "Tabla Acuerdos Internacionales de Inversión Países Bajos", 2022, ref. 4

mecanismos que han de ser ponderados por parte de los negociadores de los Acuerdos para su inclusión en los textos finales de éstos con el fin de dar respuesta a la extendida idea de la existencia de un desequilibrio entre inversor y Estado. Al fin y al cabo, son los Estados los que tienen exclusivamente en sus manos decidir el contenido de la protección sustancial que debe concederse a los inversores extranjeros, de plasmar dicha protección en sus Acuerdos y en sus legislaciones internas, y han de ser ellos, por lo tanto, los que si no están conformes con el resultado, han de cambiar las reglas”⁵².

IV. Lecciones aprendidas

58. En efecto, el panorama actual se muestra sin variaciones significativas en el ámbito de las demandas Inversionista-Estado, registrándose Países Bajos hasta el 2022 como el segundo estado de origen de los inversionistas, después de los Estados Unidos, en las demandas de ISDS⁵³ a nivel global, de las que el 70% son por expropiación indirecta⁵⁴. Por otra parte, los inversionistas de la mencionada nación europea ocupan el tercer lugar como los que mayor cantidad de veces han demandado a países latinoamericanos con treinta (30) disputas en su haber, solo superados por los de EEUU con ciento uno (101) y España con cincuenta y cinco (55) en su haber⁵⁵.

59. Al mismo tiempo, más del 10% de las reclamaciones conocidas por Tratados de inversiones se le atribuyen a Países Bajos a través de sus APPRI’s⁵⁶, lo que demuestra que los textos convencionales neerlandeses al día de hoy sostienen la litigiosidad que en materia de arbitraje de inversiones muestra dicho país y que en el ámbito de las provisiones sobre expropiación indirecta en los APPRI’s latinoamericanos constituye evidencia fehaciente de ello. El comportamiento que la figura ha mostrado en estos años en las demandas contra Estados latinoamericanos así lo revelan y modelan el escenario actual al respecto de América Latina que se caracteriza por:

- a) ocupar la región latinoamericana el 24% de los arbitrajes neerlandeses inversionista-Estado y dentro de ellos el 30% corresponder a demandas por expropiación indirecta.
- b) exhibir los inversionistas de Países Bajos una elevada litigiosidad, sustentada legalmente en los diecinueve (19) APPRI’s rubricados por el país europeo con países latinoamericanos;
- c) sostenerse las demandas contra la región de América Latina en APPRI’s suscritos bajo la impronta de la década de los 90 y el Modelo de Acuerdo de inversión neerlandés de 1997 particularmente, por lo que se corresponden con la primera generación de AII bilaterales y las carencias que les acompañan;
- d) circunscribirse el pronunciamiento sobre la expropiación indirecta en dichos textos convencionales a un reconocimiento escueto sin proveer una definición, presupuestos para su configuración y excepción a la expropiación indirecta
- e) ausencia de legislaciones nacionales que complementen el tratamiento de la figura de conjunto con el ámbito convencional;
- f) no incorporación de la minuciosidad del Modelo neerlandés de acuerdo de inversión de 2019 a ningún Acuerdo de inversión vigente, sistemática que de haberse sostenido las demandas neerlandesas podrían haberse dibujado sobre una figura diferente a la expropiación indirecta;
- g) generarse las demandas en inversiones en su mayoría en los sectores energéticos, de hidrocarburos y minería y en que la contraparte neerlandesa son multinacionales con presencia importante en la región; y

⁵² E. FERNÁNDEZ MASÍA, “Hacia la creación de un Tribunal Internacional de Inversiones”, Diario La Ley, No. 8650, 2015, p. 11. Disponible en: <https://dialnet.unirioj.es/servlet/articulo?codigo=5252822>

⁵³ UNCTAD, “Tabla Disputas de Inversión Países Bajos”, 2022, ref. 27

⁵⁴ UNCTAD, “International Investment Agreements Reform Accelerator”, 2020, pp.1-32. Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/publications/1236/international-investment-agreements-reform-accelerator>

⁵⁵ Vid. UNCTAD, “Tabla de Disputas de Inversión por Países”, <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement>

⁵⁶ R. VAN OS, “Dutch Investment Treaties: Socialising Losses, Privatising Gains”, ref. 25.

- h) concentración de sus demandas por expropiación indirecta en seis (6) países y sus APPRI's, a saber: México, Panamá, Nicaragua, Argentina, Paraguay y Venezuela, siendo esta última la nación más demandada.

60. Sin embargo, tal situación no pareciera ser exclusiva de la Region latinoamericana cuando Roos van Os expresase que: “(...)La creciente controversia alrededor de los APPRI's y en particular, la montaña de críticas a los APPRI's holandeses con su excesiva posición amistosa hacia los inversores en detrimento del espacio de los poderes de policía de los países subdesarrollados ha llevado a las autoridades holandesas a anunciar una revisión de los APPRI's holandeses con los países subdesarrollados(.)”⁵⁷. Si bien, aun la realidad descrita no ha variado, el hecho que se constate la posibilidad de análisis sobre el asunto es una buena señal. De todos modos, para América Latina y sus inversiones con Países Bajos si constituye prioridad por el embate que ha recibido por demandas bajo los APPRI's en materia de expropiación indirecta, por lo que a futuro deberán considerar:

- a) iniciar renegociación de los pronunciamientos de expropiación indirecta en sus APPRI's, teniendo como referentes las sugerencias de reformas de la UNCTAD a los AII, los Modelos más avanzados mundialmente, entre los que se incluye el neerlandés de 2019 así como incorporando las cuestiones que considere la región como necesarias en dicho tópico a partir de las experiencias que posee, extraídas de sus demandas por invocación de la figura, en tanto, no se puede soslayar que constituye el área geográfica más demandada mundialmente en arbitrajes Inversionista-Estado;
- b) incorporar en los APPRI's la excepción a la expropiación indirecta y reforzar las facultades regulatorias del estado en relación con los ámbitos económico y financiero, de impacto alto para los países del Sur y especialmente para América Latina. No obviar además el amplio diapazón de áreas a introducirse bajo la égida de dichas facultades como lo exhibe el Modelo neerlandés de 2019;
- c) introducir un tratamiento particular para la expropiación indirecta en cuanto a la compensación, circunscribiéndolo más a indemnización, y que difiera del concebido para la directa fundamentado en las diferencias que sostienen, incluyendo en tópico tan controversial como el de la compensación, pero sobre el que América exhibe experiencia suficiente como en el caso de México y el manejo que realizó durante las nacionalizaciones de los años 30 del pasado siglo; y
- d) delimitar el alcance de la inversión desde sus diversas aristas.
- e) Analizar posibilidades de conceptuar la expropiación indirecta en las legislaciones nacionales de los países latinoamericanos o de excluirla expresamente como opera Brazil desde sus Acuerdos de Cooperación y facilitación de las inversiones (ACFI);

61. Como se aprecia, el escenario es desafiante por la diversidad de cuestiones a examinar y dar soluciones, pero a la vez reconfortante por lo mucho que permite de búsqueda, aprendizaje y aplicación certera de experiencias regionales y a nivel global que coadyuven a un Derecho de Inversiones. Un traje a la medida latinoamericana, auténtico y bajo las complejidades y realidades de la geografía, puede intentar que el saldo para América Latina de la implementación de los APPRI's y los pronunciamientos sobre la expropiación indirecta no constituya asunto de elevada negatividad como lo es en la actualidad.

V. Alea iacta est

62. Los Países Bajos, considerado como el país que provee el estándar dorado para la protección de la inversión extranjera desde la perspectiva de los inversores, muestra en su elevado número de demandas interpuestas contra los países, los argumentos de los contenidos que defiende en su texto, al

⁵⁷ IBIDEM, p. 171,

posicionarse como el segundo país que más reclamaciones Inversionista-Estado interpone después de Estados Unidos. Si bien los Modelos neerlandeses antes de 2019 mantuvieron un pronunciamiento general sobre la expropiación indirecta bajo el enfoque tradicional, el Modelo de 2019 hace un viraje y se ubica entre los más avanzados mundialmente y ofrece unido a unos pocos países una moderna definición de expropiación indirecta a la vez que impone límites para su invocación, a través de la excepción a esta, disposición amplia que introduce elementos tomados del CETA en una búsqueda por reforzar el espacio regulatorio. No es casual que como Estado demandado apenas exhiba dos (2) demandas en 2021⁵⁸ en contraposición al número que invocan sus inversionistas contra otros Estados, no obstante, todas estas demandas se amparan en los Acuerdos de Inversión bajo anteriores Modelos, pues desde la adopción del último no se ha suscrito AII alguno.

63. Ejemplo de los textos convencionales bajo las formulaciones anteriores lo constituyen los APPRI's latinoamericanos rubricados con Países Bajos, los que han proporcionado herramientas a los inversionistas neerlandeses para demandar a los países bajo las imprecisiones que las disposiciones sobre expropiación indirecta exhiben. Las controversias neerlandesas bajo la invocación de la figura, han constituido la caja de pandora de sus demandas Inversionista-Estado contra América Latina. Pronunciamiento ambiguo y escueto desde el ámbito convencional y sin soporte en la legislación nacional de los países viabiliza la interposición de las reclamaciones de los inversionistas neerlandeses contra los Estados latinoamericanos, en tanto, solo deberán demostrar que determinadas medidas estatales indirectamente atentaron contra su inversión y por ende contra el estándar dorado construido para ellos por Países Bajos e invocar la expropiación indirecta. Iniciará entonces una fase extensa y compleja para demostrar los hechos, a la vez, que las inversiones y los Estados sufrirán los embates económicos de las tensiones en las relaciones entre los inversionistas y el Estado anfitrión, en la mayoría de las ocasiones sin saldo positivo que aludir y al margen de los gastos financieros propios del arbitraje

64. No es casual que varios países latinoamericanos hayan terminado sus APPRI's con Países Bajos como Bolivia (2007), Venezuela (2012), a modo de mitigar este tipo de demandas sustentadas primordialmente en este tipo de Acuerdos y figura, que exponen marcadamente las diferencias entre Norte y Sur y el modo de comportamiento de sus relaciones en el ámbito económico y en detrimento de estos últimos.

65. En síntesis, el Derecho Internacional de Inversiones coloca en la actualidad a la expropiación indirecta en la mira de su análisis debido a su frecuente invocación por inversores, y la necesidad de los Estados de protegerse, lo que advierte la relevancia y necesidad de tratarla desde las dimensiones teórica y práctica, en la búsqueda de un equilibrio en su abordaje a modo de salvaguardar los intereses de inversionistas y Estados y el caso de los APPRI's latinoamericanos con Países Bajos no son la excepción. Asumir con intencionalidad una estrategia para lograrlo será el mejor resultado para las inversiones del país europeo en América Latina en el presente y el futuro.

⁵⁸ UNCTAD, "Tabla Disputas de Inversión Países Bajos", 2022, ref. 27