

## INDEMNIZACIÓN

Herfried Wöss\*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Estándares*. III. *La determinación del monto de la indemnización*. IV. *Conclusiones*.

### I. INTRODUCCIÓN

La cuestión del monto de la indemnización pagadera a causa de la violación —por parte de un Estado— de una obligación es una de las más controversiales en el derecho internacional público.<sup>1</sup> El mismo debate tiene lugar en el derecho internacional de protección de inversiones.<sup>2</sup>

Como regla general, es la obligación de un Estado resarcir un daño a través de la reparación del daño y, si eso no es posible, el pago de una indemnización monetaria por las pérdidas sufridas.<sup>3</sup>

\* Doctor en Derecho económico internacional de la Universidad Kepler de Linz, Austria; maestro en Derecho de negocios internacionales, Universidad de Exeter, Inglaterra; licenciado en Derecho, UNAM; árbitro internacional.

<sup>1</sup> Schachter, Oscar, “Compensation for Expropriation”, *AJIL*, núm. 78, 1984, p. 121.

<sup>2</sup> Lowenfeld, Andreas F., *International Economic Law*, Oxford, Oxford University Press, 2003, p. 469.

<sup>3</sup> Caso relacionado con la Fábrica de Charzow (Alemania vs. Polonia), PCIJ, Rep Series A No. 17, 47; Comisión de Derecho Internacional, Artículos Provisionales sobre la Responsabilidad del Estado por Actos Ilegales (2001), Artículos 34-36.

Para obtener la indemnización se requiere una expropiación o una violación a una obligación de un Estado bajo el derecho internacional público. La expropiación es permitida siempre y cuando se realice a cambio de una adecuada compensación.<sup>4</sup>

En lo que se refiere a la expropiación, existen más de 100 años de antecedentes. En caso de otras violaciones del derecho internacional público como son los APPRIS, muchas veces no hay referencia expresa a las consecuencias de tales violaciones; sin embargo, se reconoce el derecho a la indemnización. Al respecto hay que mencionar que, en ciertos casos, violaciones a términos contractuales puedan considerarse como violaciones a los APPRIS bajo el concepto de las llamadas “cláusulas paraguas”.<sup>5</sup>

Además es necesario que exista una relación de causalidad entre el acto y el perjuicio. De acuerdo con la International Law Commission: “[The State] is under an obligation to make full reparation for the injury caused by the internationally wrongful act. Full reparation includes an obligation to compensate for the damage caused thereby, insofar as such damage is not made good by restitution”.<sup>6</sup>

A continuación, sigue una breve reseña sobre los estándares y métodos más importantes para la determinación de la indemnización en el derecho internacional de protección de inversiones que no pretende ser exhaustivo, sino más bien una guía con referencias para su mayor profundización.<sup>7</sup>

<sup>4</sup> Seidl-Hohenveldern, Ignaz, *International Economic Law*, 3a. ed., Kluwer Law International, Dordrecht-Boston-Norwell, 1999, p. 143.

<sup>5</sup> *SGS Société Générale de Surveillance S.A. vs. Republic of the Philippines (Jurisdiction)* 8 ICSID Rep 515 (ICSID, 2004).

<sup>6</sup> International Law Commission’s Draft Articles on State Responsibility: “Text of the Draft Articles with Commentaries thereto”, *Report of the International Law Commission on its Fifty-third Session (23 April-1 June and 2 July-10 August 2001)*, Official Records of the General Assembly Fifty-sixth Session, Supplement No. 10, UN Doc A/56/10, article 31(1) and article 36(1).

<sup>7</sup> Para profundizar este tema véase Campbell McLachlan *et al.*, *International Investment Arbitration, Substantive Principles*, Oxford, 2007, cap. 9; Kantor, Mark, *Valuation for Arbitration*, Wolters Kluwer Law & Business, 2008.

## II. ESTÁNDARES

En el derecho internacional consuetudinario el debate versa sobre: a) el estándar apropiado de la indemnización por expropiación y b) la compensación por perjuicios, en particular, la aplicación del método de flujo de efectivo descontado.<sup>8</sup>

De acuerdo con la “fórmula Hull” de 1938, ideada por el entonces secretario de Estado de los Estados Unidos, Cordell Hull, cualquier expropiación debe ser a cambio de una pronta, adecuada y efectiva indemnización. Según la doctrina Calvo,<sup>9</sup> Estados extranjeros y sus nacionales deben someterse a la jurisdicción de tribunales locales sin utilizar la presión diplomática y militar.

La resolución de la Asamblea General sobre la Soberanía Permanente sobre los Recursos Naturales<sup>10</sup> y la Carta de Derechos y Deberes Económicos de Estados<sup>11</sup> establecen el derecho a una “indemnización apropiada” en caso de expropiación.

Los artículos provisionales sobre la responsabilidad de los Estados de la Comisión de Derecho Internacional prevé la plena reparación del daño causado por un acto violatorio del derecho internacional público a través de: a) *restitutio in integrum*, o b) el pago de una indemnización si la restitución no es posible. Sin embargo, en materia de protección a las inversiones, es rara la remediación del daño a través de la restitución<sup>12</sup> (por ejemplo, la eliminación de un cierto impuesto con efectos expropiatorios) y en caso del CIADI y muchos APPRIS solamente se prevé el pago de la indemnización.

<sup>8</sup> “Discounted Cash Flow Method, DCF”.

<sup>9</sup> Derecho Internacional Teórico y Práctico de Europa y América (1868).

<sup>10</sup> Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre la Soberanía Permanente sobre Recursos Naturales (1962).

<sup>11</sup> Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados (1974) GA Res 3281.

<sup>12</sup> *Goetz & ors vs. Republic of Burundi* (Award Part 1) 6 ICSID, Rep. 3 (ICSID, 1998).

A su vez, los lineamientos del Banco Mundial sobre el Tratamiento de Inversiones Extranjeras Directas,<sup>13</sup> requieren de una “indemnización apropiada”, misma que debe ser adecuada, efectiva y pronta. De acuerdo con dichos lineamientos, se entiende por indemnización “adecuada” la que se basa en el valor justo del mercado inmediatamente antes de la expropiación o inmediatamente antes de que se haga pública la decisión de expropiación.

La determinación del *valor de mercado justo* será aceptable si se realiza de acuerdo con un método acordado por el Estado y el inversionista extranjero o por un tribunal o cualquier otra institución designada por las partes.

Se entiende por “efectiva” la indemnización que se paga en moneda libremente convertible, y “pronta” la pagada sin demora o, en circunstancias excepcionales, la pagada en parcialidades en un plazo lo más corto posible.

Los Acuerdos sobre la Promisión y Protección Recíproca de las Inversiones (“APPRIS”) requieren la indemnización adecuada y efectiva al valor genuino, valor de mercado<sup>14</sup> o valor justo de mercado.<sup>15</sup> Sin embargo, la uniformidad terminológica no resuelve la tarea de determinar el monto de la indemnización.

### III. LA DETERMINACIÓN DEL MONTO DE LA INDEMNIZACIÓN

Los Lineamientos del Banco Mundial, aunque no son de ninguna manera obligatorios, establecen algunos criterios para poder

<sup>13</sup> World Bank, “Report to the Development Committee and Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment”, *ILM*, vol. 31, 1992, p. 1366.

<sup>14</sup> Ejemplo, artículo VS. 2 del Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre los Estados Unidos Mexicanos y el Reino de España, *D.O.F.* 19 de marzo de 1997 y 19 de mayo de 2008.

<sup>15</sup> Ejemplo, artículo 1110, párrafo 2, del TLCAN, *D.O.F.* 20 de diciembre de 1993; Artículo 7, párrafo 2 (b) del Acuerdo entre los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de Australia para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, *D.O.F.* 12 de junio de 2007.

determinar el valor justo del mercado. Tales métodos son los siguientes:

- a) Valor de liquidación: Este valor se basa en los montos a los que los activos individuales se hubieran vendido. De acuerdo con el Banco Mundial, este monto es apropiado para una empresa o para los activos de una empresa que no demuestre utilidades.<sup>16</sup>
- b) Valor de sustitución: El valor de sustitución se refiere al monto necesario para reemplazar los activos individuales de la empresa en el Estado en que se encuentren al momento de la expropiación. Sin embargo, en la práctica es muy difícil determinarlo.
- c) Valor en libros: Es la diferencia entre los activos y pasivos de una empresa tal y como se encuentra en sus estados financieros y en el balance. Dicho valor no toma en cuenta ningún tipo de perjuicios y es criticado por no corresponder al valor real de una empresa. Tampoco toma en cuenta la capacidad de generar ganancias ni el valor de sus derechos contractuales, del *know how* y de su reputación mercantil.
- d) Otros métodos: Existen otros métodos como el valor de operaciones comparables o el valor actual de inversiones que se pueden aplicar en su caso.
- e) Método de Flujo de Efectivo Descontado (FCD): Este método también se llama “Discounted cash flow” (DCF) y significa la ganancia en efectivo que se espera para cada año de vida económica menos los gastos en efectivo, después de descontar el flujo neto en efectivo de cada año con un factor que refleja el valor del dinero en el tiempo, la inflación esperada y el riesgo asociado con tal flujo de efectivo bajo circunstancias realistas.

<sup>16</sup> World Bank, “Report to the Development Committee and Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment”, *ILM*, vol. 31, 1992, p. 1366.

De acuerdo con los lineamientos del Banco Mundial, el FCD es un método razonable para determinar el valor de una empresa en operación con ganancias probadas. Este método se utiliza de manera universal para valorar los activos productivos de una empresa y el flujo que se espera que el activo produzca en el futuro.<sup>17</sup>

### 1. Ejemplo

Se espera que una planta produzca un flujo anual de US 1'000,000.00 (un millón de dólares de los Estados Unidos de América 00/100) por los siguientes diez años.

Se asume que la inflación sea del 6% anual.

¿Cuál será el valor de la inversión?

Respuesta: El valor de cualquier inversión es el valor presente de los futuros flujos que generará.

La fórmula que se aplica es la siguiente:

$$PV = \frac{FV_1}{(1+i_1)} + \frac{FV_2}{(1+i_2)} + \dots + \frac{FV_n}{(1+i_n)}$$

$$FV = \text{US\$}1'000,000.00$$

$$i = 6\%$$

$$n = 10 \text{ años}$$

PV = valor presente

VF = valor futuro

i = tasa de descuento aplicable (inflación, interés, etcétera)

n = vida de la inversión

Aplicando la fórmula anterior, el valor presente es de US\$7'362,302.42.

<sup>17</sup> Lieblich, W. C. "Determinations by International Tribunals of Economic Value of Expropriated Enterprises", *Arb.*, vol. 7, núm. 37, 1999, p. 38.

## 2. Casos

Uno de los primeros casos que ha aplicado el método FCD es el de la sentencia de la Corte Permanente de Justicia Internacional en el caso relacionado con una fábrica en Chorzow.<sup>18</sup> Se trata de un reclamo por parte de Alemania en contra de Polonia bajo la Convención de 1922 sobre Alta Silesia por la compensación por la expropiación de una fábrica que pertenecía a ciudadanos alemanes.

En dicho caso, la Corte subrayó que cualquier incumplimiento de obligaciones por parte de un Estado da derecho al afectado a que se borren todas las consecuencias del acto ilegítimo y restablecer la situación que imperaría de no haberse cometido dicho acto.

En particular, la Corte instruyó a un experto valuador para calcular las futuras ganancias de la fábrica, adicionalmente al valor de los activos.<sup>19</sup>

Tal caso ha sido analizado en muchas decisiones del Iran-US Claims como es el caso *Starrett Housing International, Inc. vs. Iran*.<sup>20</sup> Se trataba de la expropiación por parte del gobierno de Irán de los derechos de construcción de departamentos cerca de Teherán.

En el caso *Phillips Petroleum Co. Iran vs. Iran*,<sup>21</sup> que versa sobre la expropiación de los derechos de exploración petrolera en un *joint venture*, el Tribunal consideró que una determinación del valor justo de mercado debe basarse en el método FCD. El Tribunal tomó una postura más diferenciada en el caso *Amoco International Finance Corp. vs. Iran*,<sup>22</sup> donde interpretó el caso *Charzow*

<sup>18</sup> *Case Concerning the Factory at Chorzow* (Germany vs. Poland), PCIJ Rep Series A No. 17.

<sup>19</sup> *Ibidem*, p. 52.

<sup>20</sup> *Starrett Housing Corp & anor vs. República Islámica de Irán* (1987) 16 Iran-USCTR 112.

<sup>21</sup> *Phillips Petroleum Co Iran vs. República Islámica de Irán, National Iranian Oil Co* (1989) 21 Iran-USCTR 79.

<sup>22</sup> *Amoco International Finance Corp. vs. República Islámica de Irán et al.* (1987) 15 Iran-USCTR 189.

como si separara el valor de los activos (*damnum emergens*) de los perjuicios (*lucrum cessans*).

El método FCD ha sido utilizado en una serie de casos del CIADI, como el *Amco Asia Corp. vs. Republic of Indonesia*<sup>23</sup> que se refiere a un Contrato de Arrendamiento por 30 años de un hotel en Indonesia que ha sido expropiado después de 11 años. El Tribunal determinó que Amco tenía el derecho a la indemnización por la pérdida del control del hotel. El Tribunal aplicó derecho de Indonesia y derecho internacional público para determinar el monto de la compensación. El Tribunal determinó que el método DCF no es especulativo, pero sí lo suficientemente flexible para tomar en cuenta todos los factores relevantes.

En el caso *SOABI vs. Senegal* (1988)<sup>24</sup> y *LETSCO vs. Liberia* (1986)<sup>25</sup> se aplicó el derecho de Senegal y no el derecho internacional público. No se acreditó la rentabilidad de la empresa, sin embargo, se utilizó el método FCD.

El caso *CMS Gas Transmission Co. vs. Argentina* (2005)<sup>26</sup> tenía como objeto la violación del principio de trato justo y equitativo de un tratado de protección de inversiones. El Tribunal decidió la aplicación del método FCD debido a las importantes pérdidas a largo plazo, la existencia de una compañía en operación y la aplicación universal del método FCD.

En el caso *CME Czech Republic BV vs. Czech Republic*<sup>27</sup> la República Checa revocó una licencia de televisión. El artículo 5% del Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de las In-

<sup>23</sup> *Amco Asia Corp. et al. vs. República de Indonesia* 1 ICSID Rep 377, (ICSID, 1990).

<sup>24</sup> *Société Quest Africaine des Bétons Industriels vs. Estado de Senegal* (Laudo) 2 ICSID Rep 164, (ICSID, 1988).

<sup>25</sup> *Liberian Eastern Timber Corp vs. Gobierno de la República de Liberia* (Laudo) 2 ICSID Rep. 343, (ICSID, 1986).

<sup>26</sup> *CMS Gas Transmission Co vs. República Argentina* (Laudo) (2005) 44 ILM 1205 (ICSID, 2005).

<sup>27</sup> *CMS Czech Republic BV* (Holanda) vs. República Checa (Final Laudo) 9 ICSID Rep 264 (UNCITRAL, 2003).



versiones (APPRI) con los Países Bajos establece una indemnización justa por el valor genuino de la inversión. El tribunal invocó la fórmula Hull y los precedentes del estándar de indemnización en el derecho internacional público, pero llegó a la conclusión de que se creó un régimen particular a través de más de 2,200 APPRIS que parecen establecer un régimen común. Finalmente, el Tribunal calculó el monto de la compensación con referencia a una operación anterior entre la actora y un tercero, incluyendo las determinaciones de los expertos basados en el método FCD.

La violación de los principios de trato justo y equitativo, no discriminación y trato mínimo (artículos 1102 y 1105 TLCAN) fue objeto del caso *SD Myers, Inc. vs. Canadá*.<sup>28</sup> Se reclamó el pago por las ganancias perdidas durante el cierre de la frontera entre Canadá y Estados Unidos. No se otorgó indemnización por la pérdida de la oportunidad de negocios por ser demasiado “especulativa”.

En el caso *Pope & Talbot, Inc. vs. Canadá*,<sup>29</sup> el laudo condenó al pago de ciertos gastos del inversionista, pero rechazó tomar en cuenta el valor del tiempo empleado y las ganancias perdidas derivadas del cierre de una planta con base en pruebas de que el cierre no generó pérdidas.

*Maffezini vs. España*<sup>30</sup> se refirió a un arbitraje ICSID derivado de un APPRI. El Tribunal rechazó la demanda de daños y perjuicios por información equivocada en un estudio de factibilidad económica emitido por una autoridad española y determinó que los APPRIS no son seguros contra decisiones de negocios equivocadas.

<sup>28</sup> 8 ICSID Rep 3 (NAFTA, 2002).

<sup>29</sup> 7 ICSID Rep 43 (NAFTA/UNCITRAL 2002).

<sup>30</sup> Emilio Agustín Maffezini vs. Reino de España, 5 ICSID Rep 387 (ICSID, 2000).

f) *Casos en los cuales no se aplicó el FCD*

El laudo CIADI Southern Pacific Properties (Middle East) Ltd. vs. Arab Republic of Egypt<sup>31</sup> versa sobre la expropiación por utilidad pública y valor histórico de terrenos para un desarrollo turístico bajo un contrato de *joint venture* en Egipto, y la indemnización por violación de una obligación contractual del Ministerio de Turismo de obtener las autorizaciones necesarias para la explotación turística de dichos terrenos. Para la determinación del monto de la indemnización, la actora solicitó el método FCD. A través de tal método se calcularon los ingresos netos que hubieran sido generados por el periodo inicial de 18 años de desarrollo turístico. A continuación se actualizaron los ingresos netos a su valor presente para cuantificar el valor de los derechos de Southern Pacific en la fecha en que se canceló el proyecto.

El Tribunal rechazó el método FCD por considerar que el proyecto estaba en “su infancia” y que había pocos antecedentes para proyectar las utilidades futuras. En particular, el Tribunal citó el caso Amoco, según el cual “una de las reglas mejor establecidas del derecho sobre la responsabilidad de los Estados es la de no reparación de daños especulativos e inciertos”.<sup>32</sup>

En el caso Técnicas Medioambientales Tecmed vs. Estados Unidos Mexicanos<sup>33</sup> no se cumplió con el requisito de una compañía con probadas ganancias. El caso se derivó de la expropiación de un confinamiento de desechos peligrosos bajo el APPRI entre México y España. La demandante reclamó el monto de 52 millones de dólares, comparado con una inversión de solamente 4 millones de dólares. La demandada insistió en una indemnización sustentada

<sup>31</sup> YCA 1994 51, ICSID Rev.-FILJ 1993, 328.

<sup>32</sup> *Ibidem*, párrafo 238: “One of the best settled rules of the law on international responsibility of States is that no reparation for speculative or uncertain damages be awarded”; véase también Fábrica en Charzow, *op. cit.*, nota 3, p. 51.

<sup>33</sup> Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. vs. Estados Unidos Mexicanos (2004) 43 ILM 133 (ICSID (AF) 2003); [www.economia.gob.mx/pics/pages/5500\\_base/Tecmed-laudo20080604.pdf](http://www.economia.gob.mx/pics/pages/5500_base/Tecmed-laudo20080604.pdf).

en la inversión realizada y cuestionó el cálculo del flujo efectivo de caja descontado.<sup>34</sup> Al respecto, el Tribunal declaró:

La escasa relevancia histórica de la breve operación del confinamiento por Cyrtar —poco más de dos años— y la dificultad para ubicar datos objetivos que permitan efectuar un cálculo de flujo en efectivo descontado a partir de proyecciones que se extienden a lo largo de un futuro prolongado, de no menos de 15 años, unidos a la circunstancia de que ese flujo futuro también depende de inversiones por realizarse —la construcción de siete celdas adicionales— durante un largo periodo de tiempo, inducen al Tribunal Arbitral a apartarse de esa metodología para establecer el resarcimiento debido a la demandante.<sup>35</sup>

El Tribunal arbitral, tomando en cuenta la subasta del confinamiento, declaró:

Sobre la base de su propia estimación, luego de tener en cuenta el valor del mercado del confinamiento de 4,028,788 millones de dólares al momento de su adquisición, y de agregarle inversiones adicionales realizadas después de ese momento en relación con el confinamiento según los balances de Cyrtar para los años 1996 a 1998; y de adicionar la utilidad por dos años de operación luego de la fecha de la Resolución, el Tribunal Arbitral concluye que dicho valor era igual a 5,553,017.12.

Razonamientos similares han sido utilizados por tribunales arbitrales en los casos de *Metalclad Corporation vs. United Mexican Status*,<sup>36</sup> *Wena Hotels vs. Egypt*<sup>37</sup> y *Biloune vs. Ghana Investments Centre*,<sup>38</sup> en los que se tomó como base la indemnización

<sup>34</sup> *Ibidem*, párrafo 185.

<sup>35</sup> *Ibidem*, párrafo 186.

<sup>36</sup> 5 ICSID Rep 209 (NAFTA/ICSID (AF), 2000).

<sup>37</sup> 6 ICSID Rep 67 (ICSID, 2000).

<sup>38</sup> *Biloune and Marine Drive Complex Ltd vs. Ghana Investments Centre* y el Gobierno de Ghana (Laudo en Daños y Perjuicios (1990) 95 ILR 183.

razonable y equitativa o la compensación basada en expectativas legítimas.<sup>39</sup>

#### IV. CONCLUSIONES

Como se desprende de esa breve reseña, los estándares modernos para la determinación de una indemnización en caso de expropiación u otras violaciones al derecho internacional público son relativamente uniformes y se refieren a la pronta, adecuada y efectiva compensación.

La determinación del monto de compensación se realiza a través de diferentes métodos, tales como el valor de liquidación, el valor de sustitución, el valor en libros, el valor basado en transacciones comparables o el método de flujo de efectivo descontado. Los tribunales arbitrales muestran una cierta preferencia al método de flujo de efectivo descontado en caso de pruebas de ganancias.

La *restitutio in integrum* es la excepción en el derecho internacional de inversiones. La regla es la indemnización que procede en caso de expropiación y cualquier otra violación del derecho internacional público, siempre y cuando haya causalidad entre el acto o la omisión del Estado y la pérdida del inversionista.

<sup>39</sup> Gobierno del Estado de Kuwait vs. The American Independent Oil Co. (AMINOIL) (Laudo Final) (1982) 21 ILM 976.