

LATIN AMERICA INVESTMENT & ARBITRATION LAW

BI- MONTHLY

By Ignacio Gómez-Palacio

Consulting Editor: Prof. Garrett Epps

Research Assistant: Monica Perzabal

(Versión en idioma español en pág. 2)

TODAY'S PREDOMINANT FORM OF EXPROPRIATION: INDIRECT EXPROPRIATION

This month's issue of Latin America Investment and Arbitration Law Bi-Monthly offers a bird's eye view of indirect expropriation and several samples of government acts and omissions, that international tribunals have considered as such. This may very well be considered one of the most relevant developments in the protection of foreign investment and in State responsibility. Therefore it is a matter to be closely supervised and scrutinized by governments and foreign investors alike.

Direct government seizure of foreign investors' property lacks sophistication and is largely a thing of the past. Slow and incremental encroachment on the foreign investor's rights, diminishing its investment value, has been identified as "constructive" or "creeping" expropriation. Isolated acts or omissions that, taken singly, seem not to constitute expropriation, may in the aggregate be construed as embodying a plan intended to render a foreign investment untenable. Such conduct has been considered as "indirect expropriation."¹

Free trade agreements and bilateral investment treaties generally include terminology that subject nationalization and expropriation (through compensation), to certain conditions (such as "public purpose" and "non-discrimination"). Such treaties expand protection, when considering that the foreign investor is also entitled to compensation against measures considered "tantamount" or "having equivalent effect" as nationalization or expropriation.²

Following are samples, among others, of acts or omissions that international arbitral tribunals have considered "indirect expropriation":

1. Declaration of the land where the investment was to take place as an area for the protection of a rare cactus, coupled with the denial of a construction permit (Metalclad Corp. v. Mexico, ARB(AF)/97.1, NAFTA, 2001).

2. Interference by a government regulatory authority (Media Council), enabling the domestic investor to terminate a contract, basic to carrying out the investment, by the foreign investor (CME v. The Czech Republic, UNCITRAL Arbitral Tribunal, Partial Award, 2001).

3. Revocation of an operating license of a landfill (Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. Mexico ARB(AF)/00/2, 2003).

4. Excessive or arbitrary taxation, making the investment economically unsustainable (Revere Copper and Brass Inc. v. Overseas Private Investment Corporation, 1978).

5. Revocation of a free-trade zone certificate causing import prohibition (Goetz and Others v. Republic of Burundi, ICSID, 1998).

6. Imposition of managers designated by the host government (Starrett Housing Corp. v. Government of the Islamic Republic of Iran, Iran. US Claims tribunal, 1983).

While practice has provided with other samples, the foregoing are considered sufficient to make the point. Both governments and foreign investors must be attentive, the former to avoid the risk of being sued and

¹ See: UNCTAD, Taking of Property 2 (2000); and Reisman/Sloane, Indirect Expropriation and its Valuation in the BIT Generation, The British Year Book of International Law, (2003).

² Samples: NAFTA, Art. 1110. Draft Multilateral Agreement on Investment, Text 6, April 22, 1998.

the later to broaden its vision and be aware that government acts, like those above, can be used as a basis for a successful claim.

This article is provided as a service to clients and friends of Gomez-Palacio y Asociados. It is not intended as legal advice on any matter.

NEWS. Please take note of my new data:

GOMEZ-PALACIO Y ASOCIADOS

Alcazar de Toledo No. 260-2
Lomas de Chapultepec
11000 Mexico, D.F.
Tel. +52 55 5245-2094
igp@g-pasoc.com

www.g-pasoc.com
(website as of 30 August 2006)

For more information on matters affecting global foreign investment and arbitration, contact Ignacio Gomez-Palacio, telephone at (52) (55) 5245-2094 or e-mail always to both these addresses: igp@g-pasoc.com and ignaciogomezpalacio@gmail.com

LA FORMA MODERNA DE EXPROPIAR: EXPROPIACIÓN INDIRECTA

La edición de este mes de Latin America Investment and Arbitration Law Bi-Monthly hace referencia, a vuelo de pájaro, a la expropiación indirecta, señalando varios ejemplos de actos y omisiones de gobiernos, que los tribunales internacionales han considerado como tal. Este tema, bien puede ser considerado como uno de los desarrollos más relevantes relacionados con la protección de la inversión extranjera y la responsabilidad del Estado. En consecuencia, se trata de una conducta a ser supervisada y analizada cuidadosamente, lo mismo por gobiernos que por inversionistas extranjeros.

Los tiempos de gobiernos autoritarios que desposeían a inversionistas extranjeros de su propiedad, pertenecen al pasado. Hoy en día carecen de sofisticación. La realización lenta e incremental de actos tendientes a disminuir los derechos del inversionista extranjero y en consecuencia reducir el valor de su inversión, han sido denominados expropiación “constructiva” o “creeping” (sigilosa). La realización de actos aislados u omisiones, que tomados en lo individual no constituyen expropiación, pueden en su conjunto ser considerados parte de un objetivo, cuyo propósito sea lograr que la inversión extranjera resulte insostenible.³

Los tratados de libre comercio y de inversión, en general incluyen terminología que sujeta a la nacionalización y expropiación (con indemnización) al cumplimiento de ciertas condiciones (como lo son “causa de utilidad pública” y “bases no discriminatorias”).⁴

A continuación se señalan ejemplos, entre otros, que constituyen actos u omisiones que han sido considerados “expropiación indirecta”, por tribunales arbitrales internacionales:

“expropiación indirecta”, por tribunales arbitrales internacionales:

1. Declaración de zona protegida para la conservación de una especie de cactus, unida al no otorgamiento de permiso de construcción, en el lugar en donde se llevaría a cabo la inversión (Metalclad Corp. v. México, ARB(AF)/97.1, TLCAN, 2001).
2. Interferencia de una autoridad regulatoria gubernamental (Consejo de Medios), a efecto de permitir que el inversionista doméstico dé por terminado un contrato, que fue básico para que el inversionista extranjero realizara su inversión (CME v. La República Checa, UNCITRAL Tribunal Arbitral, Laudo Parcial, 2001).
3. Revocación de una licencia de funcionamiento de un depósito de desechos tóxicos (Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. México ARB(AF)/00/2, 2003).

³ Ver: UNCTAD, Taking of Property 2 (2000); y Reisman/Sloane, Indirect Expropriation and its Valuation in the BIT Generation, The British Year Book of International Law, (2003).

⁴ Ejemplos: TLCAN, Art. 1110. Proyecto del MIA (Acuerdo Multilateral de Inversión), Texto de 6, abril 22, 1998.

4. Imposición de tributos excesivos o arbitrarios, que acarrearán la consecuencia de hacer económicamente insostenible la inversión (Revere Copper and Brass Inc. v. Overseas Private Investment Corporation, 1978).

5. Revocación de certificado de zona de libre comercio acarreado la consecuencia de prohibir la importación (Goetz and Others v. República de Burundi, ICSID, 1998).

6. Imposición de administradores designados por el Estado anfitrión (Starrett Housing Corp. v. Government of the Islamic Republic of Iran, Tribunal de Reclamaciones Irán-US, 1983).

Si bien, la práctica arroja una lista mayor de ejemplos, los anteriores son suficientes para ilustrar el tema. En consecuencia, tanto los gobiernos como los inversionistas extranjeros deben permanecer atentos, los primeros para evitar el riesgo a ser demandados y los segundos para ampliar su visión y analizar la posibilidad de que actos aislados, como los señalados anteriormente, pueden ser utilizados para llevar a cabo una reclamación exitosa.

Este artículo es proporcionado como un servicio a clientes y amigos de Gómez-Palacio y Asociados. No constituye asesoría u opinión legal.

Para mayor información sobre arbitraje y actos que afectan o están relacionados con inversión extranjera, contactar al Lic. Ignacio Gómez-Palacio al teléfono (52) (55) 5245-2094 o enviar correo electrónico a ambas de las siguientes direcciones: igp@g-pasoc.com e ignaciogomezpalacio@gmail.com

NOTICIA. Agradeceré tomar nota de mi cambio de domicilio a:

GÓMEZ-PALACIO Y ASOCIADOS

Alcazar de Toledo No. 260-2

Lomas de Chapultepec

11000 Mexico, D.F.

Tel. +52 55 5245-2094

igp@g-pasoc.com

www.g-pasoc.com

(web a partir del 30. Agosto. 2006)