

**UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE CIENCIAS JURÍDICAS
SEMINARIO DE GRADUACIÓN EN CIENCIAS JURÍDICAS AÑO 2010
PLAN DE ESTUDIO 1993**



LA EXPROPIACIÓN CONFORME AL ARTÍCULO 106 DE LA
CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA Y LA JURISPRUDENCIA
INTERNACIONAL.

TRABAJO DE INVESTIGACIÓN PARA OBTENER EL GRADO DE:
LICENCIADO (A) EN CIENCIAS JURÍDICAS

PRESENTAN:

YESENIA GUADALUPE MORALES CLEMENTE

JULIO CESAR PONCE SÁNCHEZ

TATIANA MARÍA SIBRIÁN SERRANO

LIC. NELSON ARMANDO VAQUERANO GUTIÉRREZ
DOCENTE DIRECTOR DE SEMINARIO

CIUDAD UNIVERSITARIA, SAN SALVADOR, JUNIO DE 2011.

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

INGENIERO RUFINO ANTONIO QUEZADA SANCHEZ

RECTOR

ARQUITECTO MIGUEL ANGEL PEREZ RAMOS

VICERRECTOR ACADÉMICO

LICENCIADO OSCAR NOÉ NAVARRETE ROMERO

VICERRECTOR ADMINISTRATIVO

LICENCIADO DOUGLAS VLADIMIR ALFARO CHÁVEZ

SECRETARÍA GENERAL

DOCTO RENÉ MADECADEL PERLA JIMÉNEZ

FISCAL GENERAL

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

DOCTOR JOSÉ HUMBERTO MORALES

DECANO

LICENCIADO OSCAR MAURICIO DUARTE GRANADOS

VICEDECANO

LICENCIADO FRANCISCO ALBERTO GRANADOS

SECRETARIO

DOCTOR JULIO ALFREDO OLIVO GRANADINO

DIRECTOR ESCUELA DE CIENCIAS JURÍDICAS

LICENCIADO NELSON ARMANDO VAQUERANO GUTIÉRREZ

DOCENTE DIRECTOR DE SEMINARIO

AGRADECIMIENTOS

A Monseñor Oscar Arnulfo Romero quien ha sido la guía espiritual y a quien nos hemos aferrado desde siempre mi familia y yo.

A mi tía Ana Elizabeth Nolasco, conocida como “Catalina”, por haber sido muchas veces la inspiración para plantarme posiciones justas.

A mi madre y padre por haberme brindado el apoyo incondicional en todas las etapas de mi vida, fomentar en mí la necesidad de saber cada día aun más y haberme enseñado desde pequeña los valores de justicia y solidaridad.

A mi niña bella, Frida, por darme tanta alegría y la fortaleza para ser un ejemplo que podas seguir.

Y en general, a todas los y las ciudadanas que con el pago de sus impuestos han asegurado que yo haya podido acceder a educación superior de calidad a un costo realmente bajo.

Tatiana María Sibrián Serrano.

AGRADECIMIENTOS.

A mi padre que sin su valioso apoyo no hubiese sido posible alcanzar la una de las metas más importantes de mi vida y que este triunfo lo vea reflejado como la culminación de su esfuerzo y sacrificio desde la distancia.

A mi madre que siempre estuvo presente para brindarme su amor y darme una palabra de apoyo llena de una gran comprensión y sabiduría en toda esta etapa de mi vida.

A mi hermana Gabriela que siempre estuvo conmigo y desde la distancia la hago participe de este triunfo en mi vida.

A mis suegros (Doña Zonia Y Don Alonso) por haberme apoyado y haber estado siempre pendientes de mi en todos estos años.

A Fridita por ser una luz en mi camino que me llena de alegría todos los días y me impulsa a seguir adelante.

A Tatiana por haberme enseñado mucho en todo este tiempo y por compartir este momento tan especial en mi vida.

A mis compañero con mucho cariño.

Julio César Ponce Sánchez.

DEDICATORIA

- **“A DIOS”** Por su infinita bondad, por estar a mi lado y facilitarme las condiciones de superación, iluminando mi mente para poder obtener este triunfo, ya que sin El nada soy pues solo El es Perfecto.
- **“A MIS PADRES”** Miguel Angel Morales Monge y Marta Cecilia Clemente de Morales, quienes con su ayuda económica y sobre todo y lo más importante con su amor, cariño, con su buen ejemplo y buenos consejos me guiaron por el camino correcto y me apoyaron en todo este recorrido, a pesar de las adversidades me impulsaron a seguir adelante y por ello pude alcanzar el triunfo obtenido.
- **“A MI ESPOSO”** Néstor Alexander Martínez Portillo, por su comprensión, amor, paciencia, por impulsarme a seguir adelante, por su apoyo incondicional tanto moral como económico, este triunfo profesional también se lo dedico a él.
- **“A MI HIJO”** Edison Alexander Martínez Portillo, con todo mi amor porque ha sido mi mayor inspiración y de donde surgen las diferentes emociones que me dan fuerza para seguir adelante y poder alcanzar mis propósitos.

YESENIA GUADALUPE MORALES CLEMENTE

AGRADECIMIENTOS

Agradezco grandemente a todas las personas que de una forma u otra contribuyeron con su apoyo económico, moral y material que de no haber sido así, no hubiese sido posible llegar a la culminación de este estudio y de hecho a la conclusión de este trabajo.

A las Autoridades Universitarias de la Universidad de El Salvador que tomaron a bien crear esta oportunidad de estudio, para personas que se desenvuelven en el campo del ejercicio jurídico.

A los catedráticos que con fe en la Institución y alumnado sacrificaron su tiempo libre y su familia para instruirnos y hacernos mejores profesionales, para que en el futuro se pueda servir a la familia y a la patria.

Al Asesor Licenciado Nelson Vaquerano por orientarme de la mejor manera para el desarrollo adecuado de esta tesis.

A los familiares por brindarnos su ayuda y comprensión, lo cual hizo más fácil alcanzar la meta propuesta.

A mis compañeros de tesis por esos momentos que aunque algunas veces se tornaron difíciles pudimos encontrar siempre la salida y el verdadero compañerismo.

Sincera y atentamente, afectísimo:

YESENIA GUADALUPE MORALES CLEMENTE

ÍNDICE

PÁGINA

ABREVIATURAS

INTRODUCCION i

CAPITULO I: EVOLUCION HISTORICA DE LA EXPROPIACION 1

 1.1 *Introducción*..... 1

 1.2 *El Derecho a la propiedad y el reconocimiento de la Expropiación*. 1

 1.3 *Expropiación en la legislación nacional*. 6

CAPITULO II: DE LA EXPROPIACION 7

 2.1 *Introducción*..... 7

 2.2 *Conceptos*. 8

 2.2.1 *La Confiscación*. 8

 2.2.2 *La Nacionalización*. 14

 2.2.3 *La Expropiación*. 18

 2.3 *Clasificación de la expropiación*. 21

 2.3.1 *Expropiación Directa* 21

 2.4 *Elementos de la Expropiación*..... 22

 2.4.1 *Calificación de utilidad pública* 22

 2.4.2 *Sujeto expropiante*..... 23

 2.4.3 *El sujeto expropiado*..... 24

 2.4.4 *El objeto expropiado*. 24

 2.4.5 *La indemnización*..... 26

 2.5 *Naturaleza de la Indemnización* 30

 2.6 *Clases de expropiación directa*. 32

 2.6.1 *Expropiación Administrativa*..... 32

 2.6.2 *Expropiación Judicial*. 33

 2.6.3 *La retrocesión de la expropiación*. 33

 2.6.4 *La expropiación Irregular*..... 35

 2.7 *Análisis del derecho comparado de la Expropiación*. 36

 2.7.1 *En el derecho mexicano*. 36

 2.7.2 *En el derecho argentino*. 38

 2.7.3 *Derecho Español*. 43

 2.7.4 *Derecho de Costa Rica*..... 46

 2.7.5 *Derecho Salvadoreño*. 48

CAPÍTULO III TRIBUNALES ARBITRALES 53

 3.1 *Introducción*..... 53

3.2 Disputas.....	54
3.3 Orígenes del Arbitraje.....	58
3.4 Definición de Arbitraje.....	59
3.5 Tribunales Arbitrales	63
3.5.1 La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI).....	63
3.5.2 La Cámara de Comercio de Estocolmo (CCE)	64
3.5.3 Cámara de Comercio Internacional (CCI)	64
3.5.5 Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI). 65	
3.6 Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones.....	68
3.6.1 Características del CIADI	72
3.6.2 Disputas sujetas a la jurisdicción del CIADI.	74
3.7 La expropiación ante el CIADI.....	74
3.7.1 Generalidades.....	74
3.7.2 Conceptualización.	76
3.8 Orígenes y Desarrollo de la Expropiación Indirecta en las Inversiones.....	81
3.9 Determinación de expropiación o manifestación de autorregulación	88
3.10 Determinación de la compensación	93
CAPITULO IV: LA EXPROPIACIÓN EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL Y LA JURISPRUDENCIA.....	101
4.1 Introducción.....	101
4.2 Regulación de la expropiación en la legislación nacional.	102
4.2.1 Código de Minería	102
4.2.2 Ley de Expropiación y de Ocupación de Bienes por el Estado.	106
4.2.3 Ley de Desarrollo y Ordenamiento Territorial del Área Metropolitana de San Salvador y de los Municipios Aledaños.....	110
4.2.4 Ley Especial de Protección al Patrimonio Cultural de El Salvador	113
4.2.5 Ley de la Administración Nacional de Acueductos y Alcantarillados. (ANDA).....	115
4.2.6 Ley Especial para la Afectación y Destino de las Tierras Rústicas Excedentes de las 245 Hectáreas	116
4.2.7 Ley Básica De La Reforma Agraria	119
4.2.8 Ley del ISTA.....	121
4.2.9 Ley de La Comisión Ejecutiva Hidroeléctrica del Río Lempa	123
4.2.10 Código Municipal	124
4.2.11 Ley De Inversiones	125
4.3 Generalidades de la Expropiación en el ámbito jurídico nacional.	126
4.3.1 Objeto de la expropiación	126
4.3.2 Status del expropiado.....	127
4.3.3 Sujetos expropiados	127
Consecuentemente, la calidad de arrendatario no es óbice para que el sujeto se considere expropiado, cuando ha introducido mejoras en un inmueble que ha sido de expropiación.	128

4.3.4 Indemnización	128
4.3.5 Integralidad	130
4.3.6 Expropiación por ministerio de ley	131
4.4 <i>La Competencia</i>	133
4.5 <i>Fases Del Proceso Expropiatorio</i>	133
4.6 <i>Modos De Terminar El Proceso Expropiatorio</i>	134
4.7 <i>Semejanzas y Diferencias entre la Ley de Expropiación y de Ocupación de Bienes por el Estado (Ley General) y las otras Figuras Jurídicas</i>	134
4.7.1 Diferencia en relación al procedimiento	134
4.7.2 Diferencia en relación a la clase de juicio.....	135
4.7.3 Diferencia en relación a la Competencia	135
4.7.4 Semejanzas entre la Ley General y las Leyes Especiales.....	135
CAPITULO V	137
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	137
CONCLUSIONES	137
RECOMENDACIONES	140
BIBLIOGRAFIA	143

ABREVIATURAS

UNCTAD *United Nations Conference on Trade and Development.*
Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo

CIADI Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones

CNUDMI Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil
Internacional

CCE Cámara de Comercio de Estocolmo

CCI Cámara de Comercio Internacional

INTRODUCCION

Es de suma importancia comprender el desarrollo histórico del derecho fundamental de la propiedad privada, entender que este derecho ha sido uno de los derechos que según el desarrollo histórico del hombre mismo y consecuentemente del derecho, se ha considerado a la par del derecho a la vida como uno de los derechos más fundamentales de todo ser humano, como lo han establecido la Convención sobre los Derechos del Hombre y el del Ciudadano dada en Francia en el año de 1789 que consagra el derecho a la propiedad privada pero también este derecho ha tenido limitaciones legales, que son conocidas como limitaciones al derecho a la propiedad según la doctrina, contemplando instituciones jurídicas como la Nacionalización, la Confiscación, la Servidumbre, la Expropiación, entre otras, pero es esta última que se convierte en sujeto de análisis.

El estudio minucioso de la expropiación conlleva a analizar de manera simple pero concreta los principales elementos doctrinales que se convierten en presupuestos o requisitos *sine qua non* que sirven al Estado para ejercer su poder coactivo en perjuicio de la persona que sufre la acción de expropiación.

Sin duda alguna para entender de manera clara como funciona la expropiación es de suma importancia comprender cuáles son sus elementos, los que se definen como la utilidad pública o interés social, el sujeto expropiante, el sujeto expropiado, el objeto expropiado y la indemnización, que junto con el requisito de utilidad pública son los elementos más importantes de la institución jurídica de la expropiación.

El análisis de la expropiación directa o forzosa en nuestro país pasa a ser un estudio de la legislación que regula la expropiación, analizando por supuesto

la ley de Expropiación y Ocupación de Bienes por el Estado, en relación a otras leyes de carácter especial que también contemplan la figura de la expropiación como las leyes de ANDA, la Ley Básica de la Reforma Agraria, la Ley del ISTA, la Ley de la Comisión Ejecutiva Hidroeléctrica del Río Lempa, el Código Municipal y por último la Ley de Inversiones que son ordenamientos jurídicos que en nuestro país existen y que regulan la figura de la expropiación forzosa.

Es de gran ayuda estudiar la expropiación forzosa a la luz del derecho comparado, identificando cómo ordenamientos jurídicos foráneos como el derecho español, argentino, mexicano y costarricense contemplan y regulan la institución expropiatoria, haciendo una equiparación de estos cuerpos normativos, en relación a nuestro sistema jurídico.

Esto abre la puerta para entrar al análisis de cuáles son las clases de expropiación existentes, ya que una de ellas es la expropiación propiamente dicha conocida también como expropiación forzosa o directa la cual es regulada en nuestro ordenamiento jurídico. Pero existe otro tipo de expropiación, que en los últimos años ha tomado una gran relevancia, por causa de los tratados de libre comercio, los acuerdos en materia de inversiones y todos aquellos acuerdos o convenios que tienen como fin salvaguardar las inversiones internacionales y es la Expropiación Indirecta.

Hablar de expropiación indirecta conlleva al estudio de un término jurídico relativamente nuevo y consecuentemente se convierte en una de las áreas más controversiales entre el derecho internacional y el derecho doméstico, como resultado de una expropiación de inversión extranjera. Cumpliendo los requisitos descritos por una determinada legislación que por regla general es un ordenamiento jurídico de carácter internacional.

La discusión en torno a la expropiación indirecta se plantea cuando no existe transferencia del título de propiedad. Es decir, cuando el Estado realiza una serie de actos que afectan el derecho de propiedad de una persona, pero esta conserva el título de propiedad. El problema es cómo determinar la línea divisoria entre medidas adoptadas legítimamente por los Estados de aquellas que se consideran interferencias ilegítimas en los derechos e intereses de los inversionistas extranjeros.

Es de gran importancia poder definir, o de alguna manera conceptualizar en qué consiste la expropiación indirecta, cuáles son sus elementos, sus características más esenciales que permitan identificar de manera inequívoca cuándo se está en presencia de esta institución jurídica.

Esta discusión ha tomado una relevancia muy especial en nuestro país en los últimos diez años ya que ha surgido un conflicto entre el Estado salvadoreño e inversionistas internacionales como el caso de la demanda de la empresa Canadiense Pacific Rim aduciendo una expropiación indirecta por parte del Estado de El Salvador por supuestas medidas que tiene como fin no permitir el desarrollo normal de la inversión causando un enorme impacto socio- jurídico para el Estado Salvadoreño y consecuentemente para sus habitantes.

Este tema de las expropiaciones ha sido ampliamente discutido en el plano internacional, siendo el punto más crítico el monto a pagar a cambio de la consumación de la misma, es decir la indemnización, que tiene como fin reparar el daño ocasionado al sujeto que sufre la acción expropiadora.

El arbitraje internacional tiene una gran importancia en el desarrollo de las relaciones comerciales internacionales. Sin embargo, no es hasta hace algunos años que el arbitraje internacional empieza realmente a desarrollarse en América Latina y consecuentemente en nuestro país. En este contexto, nos parece relevante el papel que el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) puede jugar.

Existen varias razones por las cuales las partes, prefieren recurrir al arbitraje y no someterse a los tribunales estatales. En primer lugar, porque en el arbitraje encuentran un medio rápido y eficiente para resolver sus disputas, y porque además de que les permite dirimir sus diferencias sin que se afecte la actividad comercial de cada una de ellas.

Por tal razón es primordial generar un análisis de las demandas de expropiación indirecta en los tribunales internacionales, esto supone estudiar el proceso arbitral, partiendo de la idea fundamental de que el arbitraje se ha constituido como una forma civilizada de justicia privada, siendo un procedimiento para resolver un conflicto o controversia mediante la fórmula de encomendar la solución a un tercero, escogido por acuerdo de los interesados y ajeno a los intereses de las partes en conflicto. Es procedente examinar ciertos procesos arbitrales, que se han ventilado en los tribunales arbitrales, especialmente los casos conocidos por el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, en materia de expropiación indirecta.

Y son precisamente estas dos instituciones jurídicas las que nos interesa estudiar por un lado analizar la expropiación y sus variantes, sus formas de aplicación, en nuestra legislación y consecuentemente su análisis doctrinario, y estudiar la expropiación indirecta que es una manera novedosa

incorporada en el derecho internacional especialmente en los tratados bilaterales de inversiones o en los tratados de libre comercio, siendo el punto de discusión la contraposición de estudio para esta investigación la expropiación indirecta y la autorregulación de los Estados.

CAPITULO I: EVOLUCION HISTORICA DE LA EXPROPIACION

1.1 Introducción.

A fin de entender la expropiación forzosa y la indirecta, es preciso realizar un breve estudio de su historia, de cómo surgió la propiedad privada, de cuáles son sus limitaciones, y como éstas limitaciones a la propiedad privada afectan el derecho a la propiedad, que por regla general es consagrado como uno de los derechos fundamentales del ser humano y que ha sido regulado en los sistemas jurídicos más antiguos.

La expropiación constituye una de las limitaciones a la propiedad privada y es de suma importancia comprender cómo esta institución jurídica ha sido regulada en distintas etapas y cómo ha sido regulada por el Estado que tiene como fin esencial satisfacer los intereses o necesidades de la colectividad, a tal grado de imponer regulaciones a la misma y de regular además las actividades del Estado que atenten contra el derecho humano a la propiedad.

Es por eso, que en el siguiente apartado se realizará un breve esbozo de la historia de la expropiación y de cómo ésta ha ido siendo reconocida por el derecho internacional y el derecho interno.

1.2 El Derecho a la propiedad y el reconocimiento de la Expropiación.

Desde la más remota antigüedad se reconoce el derecho a la propiedad. En un principio era de un carácter colectivo por esta razón es sumamente difícil hablar de la existencia de la propiedad privada en este periodo, ya que la propiedad en su más estricto sentido responde a la configuración del sistema económico, político y social que la ampara y la protege, es por esto que cuando hablamos de propiedad privada tenemos que hacer referencia sin duda alguna al surgimiento de un nuevo orden económico político y social de

una sociedad y consecuentemente a la aparición del Estado como sujeto garante del derecho a la propiedad privada.

Los primeros estados primitivos empezaron a contemplar de una manera incipiente el derecho a la propiedad privada de la tierra y los mecanismos de apropiación de esta, era por medio de la violencia y así continuó hasta la edad media, es en este periodo que los Estados alcanzaron un mayor nivel de desarrollo y constituyeron mecanismos más innovadores para resolver los conflictos de la posesión de la tierra y uno de estos, era la diplomacia que se convirtió en una alternativa pacífica que resolvía los problemas de la tenencia y propiedad de la tierra . Cabe recalcar que la posesión sobre la tierra se convirtió en símbolo de poder, pero no se adquiría en propiedad como tal, sino que el rey cedía parte de los territorios para su gobierno, administración y explotación a los señores feudales, y estos a su vez volvían a distribuirlas. Los dueños eran el rey o la iglesia.

Pero no es hasta el surgimiento de la Antigua Roma como lo establece el autor Pierre Proudhon cuando afirma que en “el derecho romano definía la propiedad como el derecho de usar y de abusar de las cosas en cuanto lo autorice la razón del derecho”¹ por otro lado encontramos que la propiedad de la tierra fue propiedad de las *gens*, o sea, de grupos de familia que poseían un antepasado común como lo define Engels al decir que “*gens* en latín o *genos* en griego se emplean esencialmente para designar ese grupo que se jacta de constituir una descendencia común (del padre común de la

¹ PROUDHON, Pierre, *Que es la propiedad*, editorial Tusquest, primera edición, 1975, pag.25

tribu, en el presente caso)”² y esto a su vez formó la “*civitas*” el derecho de propiedad privada sobre los fundos (terrenos) y cosas le correspondió al “*pater*”, como jefe de cada familia romana, independientemente de la voluntad del Estado. Es decir que el Estado como tal no regulaba de manera total el derecho de propiedad.

El derecho sobre la propiedad, fue en Roma un derecho absoluto, a tal extremo que el dueño podía hacer con su cosa lo que quisiera, aún en perjuicio de derechos de terceros. Pronto comprendieron que el avasallamiento de derechos de otros, colocaba al individuo en total indefensión, frente a otros derechos, incluso el de la propiedad de los demás todo esto empezó a ser regulado en el derecho romano.

Por esta razón el derecho romano definía la propiedad como “el derecho de usar y de abusar de las cosas en cuanto lo autorice la razón del derecho”³.

El código napoleónico lo define como “El derecho de disfrutar y disponer de las cosas de la manera más absoluta, en tanto no se haga de ellos un uso prohibido por las leyes y los reglamentos”⁴.

² ENGELS, Friedric. *El Origen De La Familia, La Propiedad Privada Y El Estado*. Editorial el Progreso, Rusia, 1981, pag.96.

³ PROUDHON, Pierre. *Op.cit* pág. 25

⁴ BRAHM GARCIA, Enrique. *El concepto de propiedad en el código Napoleónico*. Universidad de Chile, Revista Chilena de Derecho, Volumen numero 23,1996, pág. 1.

La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano adoptada por la Asamblea Constituyente francesa del 20 al 26 de agosto de 1789 y aceptada por el Rey de Francia el 5 de octubre de 1789 constituye uno de los primeros instrumentos internacionales en donde se reconoce el derecho a la propiedad y la expropiación como la limitante a la misma, ya que en su artículo 17⁵, establece que *“la propiedad (es) un derecho inviolable y sagrado, nadie puede ser privado de ella, salvo cuando la necesidad pública, legalmente comprobada, lo exija de modo evidente, y a condición de una justa y previa indemnización”*.

Tras el destronamiento del rey y la proclamación de la República, se anuló la Constitución de 1791. El 23 de junio de 1793, la Convención votó una **nueva Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano**, que encabezaba la nueva Constitución. Sus 35 artículos reproducen los principios de la Declaración de 1789, insistiendo en la igualdad, que menciona como el primero de los derechos naturales e imprescriptibles⁶. Además establece que uno de los derechos fundamentales de los seres humanos es el derecho a la

⁵ Se encuentra contemplada en el mismo articulado de la Declaración de los Derechos de la Mujer y de la Ciudadana redactada en 1791 por Olympe de Gouges. En plena Revolución Francesa, Olympe de Gouges hace pública la Declaración de los Derechos de la Mujer y de la Ciudadana, en réplica a la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano, por considerar que excluía a las mujeres. Opositora a Robespierre, fue acusada de sediciosa y monárquica, siendo condenada a morir en la guillotina. <http://www.amnistiacatalunya.org/edu/docs/e-hist-olymppe-1789.html> Visitado el 11 de abril de 2011

⁶ http://www.aidh.org/uni/Formation/00Home_e.htm. Visitado el 11 de abril de 2011

propiedad, el cual se encuentra contemplado en el Artículo 2⁷ y 16⁸ y la protección a la misma se encuentra en el Artículo 19 al establecer que “*Nadie puede ser privado de ninguna parte de su propiedad, sin su consentimiento, excepto en los casos de necesidad pública evidente, legalmente comprobada, y bajo la condición de una justa y objetiva indemnización*”, refiriéndose entonces a la expropiación como limitante del derecho a la propiedad.

Debido a ese reconocimiento al derecho a la propiedad a lo largo de la historia y a su elevación como Derecho Humano por medio de los Instrumentos Internacionales ya mencionados, es que surgió la necesidad de regular la facultad del Estado de limitar el derecho de propiedad de las personas, dándole así el carácter de constitucional en casi todos los países del mundo.

Se le reconoce entonces la doble función del instituto expropiatorio: a) Es una función del Estado, quien ejerce en todos sus actos su facultad administrativa, y b) Garantiza a los administrados una protección hacia ellos de los actos administrativos ejercidos por el Estado.

⁷ Artículo 2: Estos derechos son la igualdad, la libertad, la seguridad, la propiedad. Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. 1793

⁸ El derecho de propiedad es el que pertenece a todo ciudadano para disfrutar y disponer a su gusto de sus bienes, de sus ingresos, del fruto de su trabajo y de sus industrias. Ibidem.

1.3 Expropiación en la legislación nacional.

En el ámbito nacional en la Constitución Política de 1950⁹ se contempló la expropiación como una limitante a la propiedad en razón de la utilidad pública y además por causas de interés social¹⁰.

Posteriormente la Constitución de 1983 establece en su inciso 1º del Art. 106 que “La expropiación procederá por causa de utilidad pública o de interés social, legalmente comprobados, y previa una justa indemnización”. El concepto de utilidad pública es definido como lo que produce provecho, comodidad o interés a la comunidad, a la que puede servir o aprovechar en alguna línea. El interés social por su parte, significa que el Estado puede expropiar para resolver problemas sociales a favor de las clases económicas débiles. Tanto una como la otra deben ser legalmente comprobables.

Nuestro ordenamiento jurídico en materia de expropiación se caracteriza porque no existe un procedimiento único, ya que las leyes especiales establecen un procedimiento distinto al estatuido por la Ley de Expropiación y de Ocupación de Bienes por el Estado.

⁹ Constitución Política de 1950. Asamblea Nacional Constituyente. Decreto N° 14. Siete de Septiembre de Mil Novecientos Cincuenta.

¹⁰ “La expropiación procederá por causa de utilidad pública o de interés social, legalmente comprobados, y previa un justa indemnización. Cuando la expropiación sea motivada por necesidades provenientes de guerra o de calamidad pública, y cuando tenga por objeto el aprovisionamiento de aguas o de energía eléctrica, o la construcción de viviendas o de carreteras la indemnización podrá no ser previa”. Art. 138 de la Constitución Política de El Salvador de 1950. Asamblea Nacional Constituyente. Decreto N° 14. Derogada por Constitución de la República de El Salvador de 1983.

Dicha ley, establece la expropiación directa, que es una forma legal que nuestra legislación contempla para extraer de la esfera jurídica de una persona la propiedad de sus bienes, en los últimos años y con la crecientes relaciones comerciales de los Estados han surgido los instrumentos jurídicos internacionales llamados tratados de libre comercio que son creados por los Estados para fortalecer la relaciones económicas de las regiones, esto a su vez han traído aparejadas las controversias internacionales entre los Estados y los inversionistas por una nueva figura creada por estos instrumentos llamada la expropiación indirecta y han surgido la forma de dirimir estos conflictos con los procesos de arbitraje, pero estos no son nada nuevos dentro de la vida jurídica y mucho menos del derecho internacional.

CAPITULO II: DE LA EXPROPIACION

2.1 Introducción

Como ya se mencionó la propiedad tiene ciertas limitaciones por lo que se dice que el Derecho de Propiedad no es absoluto, tampoco es exclusivo, ni perpetuo.

Y no es absoluto porque se encuentra limitado por la función social, ni exclusivo porque tiene restricciones y servidumbres públicas que afectan el goce o el uso de la propiedad. No es perpetuo porque se puede extinguir por medio de la expropiación, definida ésta como un acto unilateral por el cual el Estado priva de la propiedad de un bien al titular del derecho sobre el mismo, con fines de utilidad pública o de interés general y mediante una justa y previa indemnización¹¹.

¹¹ BELTRAND GALINDO, Francisco y otros. *Manual de Derecho Constitucional*. Tomo II. 2º Edición. 1996, Talleres Gráficos UCA. pág. 811-848

Partiendo de esa idea y en consideración a los factores que deben concurrir en la expropiación es que en el siguiente apartado se realizará la comparación que existe entre la expropiación y otras figuras que suelen ser también limitantes a la propiedad.

Además se analizarán cada uno de los elementos que concurren en una expropiación de tipo clásico¹² desde un punto de vista doctrinario y dentro de las legislaciones más importantes en materia de Expropiación.

2.2 Conceptos.

Para lograr un entendimiento profundo sobre la expropiación, es necesario conocer los conceptos más comunes sobre este tema, agregando además conceptos de figuras jurídicas similares como la confiscación y la nacionalización y conociendo las características y diferencias existentes entre cada figura.

2.2.1 La Confiscación.

La confiscación es definida de manera general como la adjudicación que se hace al Estado, tesoro público o fisco de los bienes de propiedad privada¹³, los bienes confiscados son generalmente bienes pertenecientes a reos.

¹² KATZAROV, Konstantin. *Teoría de la Nacionalización, El Estado y la Propiedad*. Primera Edición. Universidad Nacional Autónoma de México. Dirección General de Publicaciones. 1963. Pág. 264

¹³ CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. "*Diccionario Jurídico Elemental*". Decimoquinta edición. Buenos Aires. Argentina. Editorial Heliasta. 2001. Pág. 85.

Manuel María Díez en su libro “Derecho Administrativo”, dice que por ésta se entiende “el apoderamiento, sin indemnización, de todos los bienes de una persona por razones de venganza, cosa que ocurría en tiempos de caudillaje”¹⁴.

Sin embargo y muy diferente a la idea reflejada en el párrafo anterior la confiscación es una reglamentación de las leyes penales y se presenta como una medida penal¹⁵.

Se observa que en la figura de la confiscación, no se reconoce el elemento de la indemnización, y que el derecho a la propiedad se ve severamente afectado por ser ésta medida una forma en donde se obedece a la sanción y no a una retribución por la propiedad.

Su elemento principal es, entonces, que deriva de un acto propio del ámbito penal y como medida para responder por el ilícito cometido.

Por otra parte, la mayoría de las constituciones prohíbe expresamente la confiscación, tal es el ejemplo de las constituciones de la Región Centroamericana como Guatemala¹⁶, Honduras¹⁷, Nicaragua¹⁸, Costa

¹⁴ Sentencia Definitiva de Amparo. Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. trece horas y cuarenta minutos del día veintidós de Noviembre del año dos mil seis. Ref. 583-2005

¹⁵ KATZAROV, Konstantin, *op. cit.* pág. 271

¹⁶ Artículo 41 de la Constitución de Guatemala: “Protección al derecho de propiedad. Por causa de actividad o delito político no puede limitarse el derecho de propiedad en forma alguna. Se prohíbe la confiscación de bienes y la imposición de multas confiscatorias. Las multas en ningún caso podrán exceder del valor del impuesto omitido”.

Rica¹⁹, Panamá²⁰ y El Salvador que de manera manifiesta, al igual que las mencionadas anteriormente, prohíbe dicha figura en el último inciso del

Es de hacer notar que en la jurisprudencia emanada de la Corte de Constitucionalidad de la República de Guatemala, se ha establecido que no es necesario que se trate exclusivamente de actividades o delitos políticos, sino que es aplicable a todas las actividades, representando así una prohibición para el Estado y una protección para los y las ciudadanas y su derecho a la propiedad. Véase: Corte de Constitucionalidad de la República de Guatemala. *Gaceta No. 7, expediente No. 164- 87, página No. 28, sentencia: 25-02-88; Gaceta No. 48, expediente No. 183-97, página No. 28, sentencia: 20- 05-98; Gaceta No. 47, expediente No. 1270-96, página No. 24, sentencia: 17-02- 98; Gaceta No. 41, expediente No. 305-95, página No. 35, sentencia: 26-09- 96.* Disponibles en http://www.cc.gob.gt/index.php?option=com_weblinks&view=category&id=57&Itemid=72

¹⁷ Artículo 105 de la Constitución de la República de Honduras: “Se prohíbe la confiscación de bienes. La propiedad no puede ser limitada en forma alguna por causa de delito político. El derecho de reivindicar los bienes confiscados es imprescriptible” Decreto No. 131 del 11 de enero de 1982

¹⁸ Artículo 44 de la Constitución Política de: “Se prohíbe la confiscación de bienes. Los funcionarios que infrinjan esta disposición, responderán con sus bienes en todo tiempo por los daños inferidos.” Constitución Política de Nicaragua del 19 de noviembre de 1986 y publicada en La Gaceta No. 94 del 30 de abril de 1987

¹⁹ Artículo 40 de la Constitución Política de la República de Costa Rica: “Nadie será sometido a tratamientos crueles o degradantes ni a penas perpetuas, ni a la pena de confiscación. Toda declaración obtenida por medio de violencia será nula.”

²⁰ Artículo 30 de la Constitución Política de Panamá.: “No hay pena de muerte, de expatriación, ni de confiscación de bienes” Constitución Política de la República de Panamá de 1972, reformada por los actos reformativos de 1978, por el acto constitucional de 1983 y los actos legislativos 1 de 1983 y 2 de 1994 Asamblea Legislativa. 27 de julio de dos mil cuatro. Gaceta Oficial: 25176 Publicada el quince de noviembre de dos mil cuatro

artículo 106 “Se prohíbe la confiscación ya sea como pena o en cualquier otro concepto. Las autoridades que contravengan este precepto responderán en todo tiempo con sus personas y bienes del daño inferido. Los bienes confiscados son imprescriptibles”.

El profesor, José Neira Rizzo define que “la confiscación es la adjudicación que hace el Estado a su favor, de los bienes de una persona, sin ningún apoyo legal”²¹. Aclara este autor, que es una medida administrativa arbitraria, pero lo establece más claro el profesor Dromi cuando habla de las características de esta institución jurídica diciendo “Puede configurarse la confiscación a través de medidas penales, civiles, administrativas y fiscales”²² en ese sentido cualquier ley que considere el despojo de los bienes propiedad de una persona de manera excesiva puede considerarse como una confiscación implícita entendiéndose como “la prohibición de la *confiscación civil, administrativa o fiscal es implícita*, pues la sanción desproporcionada que absorbe parte esencial del capital, que excede de un porcentaje razonable, resulta agravante a la garantía de inviolabilidad del derecho de propiedad”²³. Se la considera, entonces, "confiscatoria",

La confiscación en nuestro país fue por primera vez prohibida en la Constitución Política de 1950, siendo ésta figura regulada en el Artículo 138

²¹ NEIRA RIZZO, José. *La Confiscación*. Universidad católica de Santiago de Guayaquil. 2008, pág. 14

²² DROMI, Roberto, *Derecho Administrativo*. Editorial Hispania Libros. onceava edición. Argentina 2006, pág.630

²³ Ibidem 631.

de dicha Constitución y manteniendo ese mismo número en la Constitución de 1962.

Es en la Constitución de 1983, que la figura de la confiscación es estipulada en el Artículo 106 de dicha Carta Magna.

Como se mencionó *supra* las características principales de la confiscación vienen dadas por la simple definición de esa figura, pero además podemos agregar otras características:

- a. Que es prohibida por casi todas las Constituciones.
- b. Que es una privación forzosa del derecho de propiedad de los gobernados que han infringido las leyes o con los cuales han infringido o son producto de la infracción de normas penales.
- c. Que en esa privación forzada no interviene el factor “indemnización”
- d. Que tal y como lo manifiesta Marienhoff²⁴ es una figura por lo general de carácter Penal pero que además puede llegar a ser de carácter fiscal²⁵, civil o administrativa, dándole así, a la confiscación, dos

²⁴ “La confiscación de bienes, como ya lo anticipé en el n° 1501, no sólo puede resultar de normas penales represivas (incluso de “multas” aplicadas a título de sanción), sino también de normas que no sean de ese tipo, sino de índole “civil”, “administrativa”, “fiscal”, etc.” MARIENHOFF, Miguel S. *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo IV. Segunda Edición. Buenos Aires, Argentina. Editorial Abeledo-Perrot. Pág. 500.

²⁵ “Al respecto, puede decirse que un tributo es confiscatorio en cuanto sea capaz de absorber de forma desproporcionada una parte de la renta del contribuyente, ya sea gravando por sí la renta, gravándola por medio de otros instrumentos indirectos o a través del cobro excesivo de un servicio público prestado.” Véase: Sentencia Definitiva de Inconstitucionalidad. Sala de lo Constitucional. Seis de septiembre de mil novecientos noventa y nueve. Ref.: 23-98.

clasificaciones diferentes que según Marienhoff son dos tipos de "confiscación":

1. "el *expreso*, que se concreta en la confiscación "*penal*", propiamente dicha, y
2. la confiscación de "*hecho*" o "*indirecta*", que deriva de normas -sean civiles, administrativas o fiscales- irrespetuosas de la garantía de inviolabilidad que la Constitución le asegura al derecho de propiedad"²⁶.

- e. Los bienes o cosas confiscadas deben ser de dominio exclusivo del infractor de la norma penal. Es decir deben de ser parte del patrimonio del infractor o sujeto activo de la acción que lesiona un bien jurídico.

Las diferencias entre la confiscación y expropiación pueden ser dadas desde un primer momento por el simple hecho de la falta de indemnización y de la prohibición por mandato constitucional de la figura de la confiscación, ya que una expropiación sin indemnización no es más que una confiscación, sin embargo, se pueden mencionar como principales diferencias entre la confiscación y la expropiación las siguientes²⁷:

²⁶ MARIENHOFF, Miguel. Op. cit., pág. 501

²⁷ Las siguientes diferencias han sido dadas por: Sentencia Definitiva de Amparo, pronunciada por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, a las trece horas con cuarenta y siete minutos del día veintidós de noviembre de dos mil seis. Ref.: 583-2005 y Sentencia Definitiva de Amparo, pronunciada por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, a las diez horas con cincuenta y dos minutos del día catorce de mayo de dos mil diez. Ref. 27-99

1. La confiscación se aplica como sanción al comportamiento o conducta del titular de los bienes confiscados, pero que en realidad se realiza a título de represalia o venganza de tipo político, mientras que la expropiación es un mecanismo utilizado para equilibrar el choque entre los intereses generales y un interés particular;

2. La confiscación es el apoderamiento de todos los bienes de una persona o de una parte sustancial de su capital o renta [por lo general, por parte del Estado], mientras que la expropiación se refiere a la transferencia de uno o varios bienes a favor del expropiante [o de un particular];

3. La confiscación no constituye una limitación a la propiedad pues carece de juridicidad al estar prohibida por la Constitución; por su parte, la expropiación tiene carácter de limitación al dominio en beneficio de la colectividad, la cual se encuentra reconocida y legitimada en la Constitución; y

4. La confiscación no apareja indemnización o resarcimiento, mientras que la expropiación tiene como elemento esencial el pago de una indemnización, generalmente previa, y justa.

2.2.2 La Nacionalización.

Por nacionalización se puede entender dos cosas: 1. La declaración de actividades económicas, bancarias, extractivas, productivas o incluso bienes muebles o inmuebles como propiedad de la nación, o bien 2. El otorgamiento de la cualidad de nacional, a un extranjero, o sea lo mismo que naturalización²⁸.

²⁸ CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. *Op. Cit.* Pág. 265.

El concepto de nacionalización que tomaremos en este caso, es el mencionado primero, es decir, el de la declaración de ciertas actividades o bienes como bienes del Estado.

La nacionalización tiene por finalidad conferir o transferir al Estado: a). ciertas actividades o ciertas ramas de la economía nacional; b). o ciertas empresas de importancia primordial para la economía nacional; c) o finalmente, la actividad económica en su conjunto²⁹, el objetivo primordial para que el Estado declare como nacional una propiedad que pertenece a un particular, es garantizar que la colectividad en general sea directamente beneficiada con la actividad económica que dicha empresa o actividad económica ejercía.

El carácter de “nacional” ha de hacerse por medio de una calificación constitucional mediante dos posibilidades: 1. expresando ésta, de manera muy limitativa, cuáles son los bienes que se consideran nacionales, o 2. Que la Constitución no manifieste de forma expresa cuáles son los bienes que se consideran nacionales, pero sí dé la posibilidad de establecer la propiedad privada en función social. De lo que se colige la idea que: la nacionalización solamente puede hacerse de manera constitucional, porque es esta figura, una figura del mayor nivel posible, y no es un acto administrativo, imposibilitando así, que los actos que declaren la nacionalización, sean de alguna manera recurrible por los afectados.

²⁹ KATZAROV, Konstantin. *Op. Cit.* Pág. 259.

La mayoría de las Constituciones creadas después de la segunda guerra mundial toman la primera de las corrientes de nacionalización, otorgándole así, el dominio público, de propiedades que eran tradicionalmente parte del patrimonio de los sectores más poderosos económicamente y cuya explotación la podían hacer aquellas personas que fueran dueñas de dichas propiedades.

Siguiendo esa corriente, la Constitución de la República manifiesta en el inciso 4 de su artículo 84 que *“El espacio aéreo, el subsuelo y la plataforma continental e insular correspondiente; y además, El Salvador ejerce soberanía y jurisdicción sobre el mar, el subsuelo y el lecho marinos hasta una distancia de 200 millas marinas contadas desde la línea de más baja marea, todo de conformidad a las regulaciones del derecho internacional.”* Todo esto relacionado con el artículo 103 de la misma, en donde manifiesta de manera expresa que el subsuelo es propiedad del Estado y que para su explotación éste deberá otorgar concesiones, todo lo cual es permitido en las nacionalizaciones.

Es de hacer notar, que la nacionalización al ser una figura relativamente similar a la expropiación, también configura la necesidad de indemnización a aquel particular o particulares que se vean directamente afectados por la medida, y es por esa razón, que el legislador muchas veces ha confundido el término nacionalización con expropiación, esta confusión se ve claramente reflejada en el artículo 138 de la Constitución de El Salvador de 1950 en donde se manifestaba que la posibilidad de que la Administración Pública, ejerciendo sus funciones, nacionalizará sin indemnización aquellas entidades que hubieren sido creadas por medio de fondos públicos, redacción que cambio a partir de la constitución de 1983, actualmente vigente.

Como diferencias principales entre la expropiación y la nacionalización se encuentran:

a. La expropiación viene a ser de carácter personal, pues se afectan a los bienes pertenecientes a un individuo determinado con el objetivo de utilizarlo en beneficio del interés social o utilidad pública, mientras que la nacionalización es siempre una medida impersonal, pues se nacionalizan bienes bajo el interés de utilizar los factores de producción en el interés público.³⁰

b. La razón principal de ambas, es la utilización de los recursos en bienestar de la población, sin embargo, los bienes que se afectan son, por lo general de distinta naturaleza, así: la expropiación se refiere a la afectación de una propiedad de un individuo en particular, mientras que en la nacionalización denota una afectación de la propiedad en el ámbito económico e industrial con miras tendientes a una reforma económica y social. Se ven pues, afectados diferentes ámbitos de la propiedad, mientras que la expropiación casi siempre afecta bienes inmuebles, la nacionalización afecta actividades económicas³¹.

³⁰ “In general, expropriation applies to individual measures taken for a public purpose while nationalisation involves large-scale takings on the basis of an executive or legislative act for the purpose of transferring property or interests into the public domain” YANNACA-SMALL, Catherine. “Indirect Expropriation” And The “Right To Regulate”. Directorate For Financial And Enterprise Affairs. In International Investment Law. Organisation For Economic Co-Operation And Development. 2004. Pág. 3.

³¹ UNCTAD. *Taking of Property. Series on Issues in International Investment Agreements*, United Nations publication, New York and Geneva: United Nations. Pág.2.

c. Además, el procedimiento llevado a cabo para declarar la expropiación o nacionalización de un bien son de naturalezas jurídicas diferentes. En la expropiación, el Estado en el ejercicio de su potestad administrativa, debe declarar el interés público con anterioridad a la afectación del bien, por medio de una ley o sentencia, pudiendo en todo caso recurrir de esa declaratoria de interés público y hasta del mismo acto de expropiación, mientras que la nacionalización como se ha mencionado no es recurrible, por ser el poder constituyente quien ya manifiesta, cuáles serán los bienes de dominio exclusivo del Estado, por lo que tal declaratoria de nacionalización no es recurrible ante ninguna instancia Estatal constituyendo así un “acto supremo de gobierno”³².

2.2.3 La Expropiación.

Por expropiación entendemos el desposeimiento o privación de la propiedad, por causa de utilidad pública o interés preferente, y a cambio de una indemnización previa³³.

Expropiar significa hacer cesar la propiedad, acción o efecto de desposeer de una cosa a un propietario por actos de autoridad; también se define como privación forzosa de la propiedad privada.³⁴ También como “La expropiación,

³² KATZAROV, Konstantin, *Op. Cit.* Pág. 266-267

³³ CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. *Op. Cit.* Pág. 160.

³⁴ Sentencia Definitiva de Juicio Contencioso Administrativo. Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia. Catorce horas del día treinta y uno de enero de dos mil tres. Ref. 111-S-2000. Disponible en: <http://www.jurisprudencia.gob.sv/explois/indice.asp?nBD=1&nI tem=29753&nModo=3>

es un instrumento de Derecho Público que consiste en la transferencia coactiva de la propiedad de un particular a la Administración Pública, o a otro particular, por razón del interés público y previo pago de una indemnización³⁵. El autor Roberto Dromi define la expropiación como “el instituto de derecho público mediante el cual el Estado, para el cumplimiento de un fin de utilidad pública, priva coactivamente de la propiedad de un bien a su titular, siguiendo un determinado procedimiento y pagando una indemnización previa, en dinero, integralmente justa y única”³⁶. Otro concepto es el del profesor Armando Rizo Oyanguren que la define como “es un acto administrativo por medio del cual la Administración impone coactivamente a un particular la obligación de ceder su propiedad mediante ciertos requisitos, de los cuales el más importante es el pago de la indemnización correspondiente como compensación que al particular se le otorga por la privación de su propiedad”³⁷.

Es concebida como puede verse, como una limitación del derecho de propiedad y pueden ser objeto de expropiación, los bienes inmuebles, muebles e incluso derechos³⁸.

³⁵ GARRIDO FALLA, Fernando, “*Tratado de Derecho Administrativo*”, tomo II, Quinta Edición, Madrid, 1974, pág. 273.

³⁶ DROMI, Roberto. *Op. cit.* pág.951

³⁷ RIZO OYANGUREN, Armando, “*Manual Elemental de Derecho Administrativo*”, Tomo I, Universidad Nacional Autónoma de Nicaragua, 1991, pág.177.

³⁸ Quebrantando los parámetros de la expropiación, se fueron desarrollando teorías y prácticas que efectivamente limitaban los derechos de propiedad de bienes muebles, inmuebles e incluso de derechos. Véase: GARCÍA OVIEDO, Carlos. *Manual de Derecho Administrativo*. Séptima Edición. Madrid, España. Editorial Pizarro. 1959. Pág. 507;

Dentro del concepto de expropiación se observa claramente que para que ésta concorra, se tienen que verificar por lo menos dos elementos importantes:

1. Que la razón para la privación de la propiedad sea por motivos de utilidad pública o de interés social, y
2. Que se verifique una indemnización por esa clara privación a la propiedad.

Ambos presupuestos como ya se mencionó son reconocidos por el artículo 106 de la Constitución de la República, el cual manifiesta que “*la expropiación procederá por causas de utilidad pública o de interés social, legalmente comprobados y previa una justa indemnización*”.

Las características principales de la expropiación vienen dadas por el mismo concepto, teniendo entonces las siguientes:

- a. Es una privación del derecho a la propiedad,
- b. Procede únicamente en casos de utilidad pública o interés social,
- c. El interés social o utilidad pública debe ser legalmente comprobados y declarados por la Administración,
- d. Constituye un acto de poder de la autoridad expropiante³⁹,

MARIENHOFF, Miguel S. Pág. 124. KATZAROV, Konstantin. Op. Cit. Pág. 265. Para referencia jurisprudencial véase: *Starrett Housing Corp. V. Islamic Republic of Iran*, Iran-United States Claims Tribunal. Award No. ITL 32-24-1, 4 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 122, 156-57 (Dec. 19, 1983)

³⁹ Sentencia Definitiva de Amparo. Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. trece horas y cuarenta minutos del día veintidós de noviembre del año dos mil seis. Ref. 583-2005

- e. De carácter unilateral⁴⁰,
- f. En virtud del cual se adquiere la propiedad del bien afectado sin el concurso de la voluntad del expropiado⁴¹, y
- g. Sin otros presupuestos legales que el pago de la indemnización⁴².

Además, la expropiación comporta siempre el conflicto de un derecho individual y de un interés público y se resuelve mediante el sacrificio del primero “*in dubio pro societate*”⁴³.

2.3 Clasificación de la expropiación.

La expropiación a efectos del presente documento se clasificará en directa o forzosa y en indirecta.

A continuación, se realizará el estudio de la expropiación forzosa y la clasificación que de la misma realiza la doctrina.

2.3.1 Expropiación Directa

Habiendo sido definida la expropiación es necesario realizar un análisis más profundo y detallado de la expropiación directa o también conocida como forzosa. Estudiando sus características, sus elementos y demás aspectos doctrinales de esta figura jurídica.

⁴⁰ Ibidem

⁴¹ Ibidem

⁴² Ibidem

⁴³ Ibidem

La doctrina establece cinco elementos esenciales de la expropiación que son los siguientes: a) calificación de utilidad pública; b) sujeto expropiante; c) sujeto expropiado; d) objeto expropiado; y e) indemnización.

2.4 Elementos de la Expropiación.

2.4.1 Calificación de utilidad pública

La calificación de la utilidad pública es uno de los aspectos doctrinales importantes que serán analizados.

La calificación de utilidad pública no es un elemento unívoco, es decir, que su valoración no siempre es la misma para su aplicación en diferentes casos como perfectamente lo define Marienhoff cuando dice que éste término “Puede variar según el lugar, época y ordenamiento jurídico que se consideren. Lo que es de utilidad pública en un lugar y momento determinado puede no serlo en otros”⁴⁴, en palabras sencillas como lo define Dromi “no existe un concepto de utilidad pública inmutable, rígido e inflexible”⁴⁵. De ahí que haya podido decirse que el concepto de utilidad pública es contingente, circunstancial, pero hay que definir de manera sencilla el concepto de utilidad pública pudiendo decir que es “*todo aquello que satisface una necesidad generalmente sentida, o las conveniencias del mayor número*”, la declaratoria de utilidad pública tiene un significado relevante ya que por medio de esta se justifica que el bien que se pretende afectar son efectivamente los bienes que el interés público reclama para satisfacer las necesidades.

⁴⁴ MARIENHOFF, Miguel. *Op. cit.*, pág. 65

⁴⁵ DROMI, Roberto. *Op.cit*, pág. 953

2.4.2 Sujeto expropiante

Otro de los aspectos elementales de la expropiación forzosa es el llamado sujeto expropiante, que se define de manera sencilla como “El titular activo de la actividad expropiante”⁴⁶, es decir el Estado que haciendo uso de su poder soberano tiene la facultad amparado en la Constitución de la República y en las leyes secundarias para expropiar atendiendo el interés social. Pero doctrinariamente se establecen cuales son los sujetos titulares de este concepto y así tenemos en primer lugar el Estado, que viene representado por el Órgano que preside aquél ramo de la Administración Pública general al que interesa la expropiación para llevar a cabo una obra o un servicio que se halla dentro de su competencia, en segundo lugar podemos determinar que los Municipio pueden expropiar, en cuanto que son parte de la administración pública directa y por lo tanto puede realizar fines de interés general dentro del territorio de su jurisdicción y en la esfera de los asuntos de su competencia, y en tercer lugar podemos hablar de las personas jurídicas de Derecho Público, con personalidad y patrimonio más o menos autónomo y las personas Jurídicas de Derecho Privado, individuales y colectivas, en cuanto lleven a cabo fines de interés general.

Por ser un acto que emana del derecho público y del derecho administrativo entendemos pues, que el sujeto expropiante siempre será necesariamente un ente público llámese este el mismo Estado, los Municipios o las Entidades Autónomas y Semi-Autónomas, claro que todo esto conlleva un procedimiento especial que más adelante estudiaremos.

⁴⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. “*Curso De Derecho Administrativo*”, Tomo II, Novena Edición, Editorial Civitas, España, 2004, Pág. 229.

2.4.3 El sujeto expropiado

Es un elemento de ésta figura jurídica y se define de la siguiente manera “Es el titular de las cosas, derechos o intereses que son el objeto del ataque expropiatorio, y como tal a percibir una indemnización expropiatoria por ese mismo acto”⁴⁷. La afectación del derecho a la propiedad es el efecto jurídico que sufre el sujeto expropiado al momento que el Estado extrae los bienes de ésta persona para satisfacer un interés colectivo, cabe recalcar que todo propietario puede ser sujeto a ser expropiado y esta no es una regla subjetiva sino más bien un regla objetiva, pero esta regla lo explica bien el tratadista Nemesio Rodríguez Moro cuando dice “ Las excepciones a la regla se da no por las razón de quien sea el propietario de la cosa sino por la cosa misma”⁴⁸.

2.4.4 El objeto expropiado.

Es donde recae la acción, es decir el bien, pero para un mejor nivel de entendimiento se define como “El objeto de la expropiación ha de ser pues, una titularidad activa previamente existente que será objeto de privación”⁴⁹. También el maestro Manuel María Diez establece “Que pueden ser objeto de expropiación toda cosa corporal o incorporal susceptible de derecho de propiedad”⁵⁰.

⁴⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Op. cit.*, Pág. 233

⁴⁸ RODRÍGUEZ MORO, Nemesio. “*La Expropiación Forzosa*”, Primera Edición, editorial Imp. Provincial de Vizcaya, España, 1953 pág. 68

⁴⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Op. cit.* Pág. 236.

⁵⁰ DIEZ, Manuel María. “*Manual De Derecho Administrativo*”, Tomo II, Editorial Plus Ultra, Buenos Aires, 1980,pág. 285

Partiendo de la idea de que cualquier cosa llámese bien mueble o inmueble o un derecho pueden ser objeto de expropiación una vez establecido los parámetros de interés social, podemos decir que no existe ningún obstáculo, ni siquiera la persona misma titular o propietaria de la cosa, para afectar su derecho a la propiedad por medio del proceso expropiatorio , pero ésto va mas allá de la persona titular del derecho, porque no solo puede ser expropiada la persona natural sino también las personas jurídicas sin importar su naturaleza jurídica, ya que ésta puede ser de Derecho Público o Privado.

Cuando decimos que todos los bienes, ya sean éstos del derecho público o del derecho privado pueden ser objetos de expropiación, existe una controversia con relación a los bienes públicos o los llamados bienes del Estado porque existe la tendencia a creer que los bienes estatales por su naturaleza no pueden ser expropiados y esta teoría se sustenta en las siguientes tesis:

Como primer fundamento encontramos la inalienabilidad de los bienes del Estado ya que la expropiación es una institución del derecho administrativo y por lo tanto su aplicación es exclusiva del poder del Estado y por su misma naturaleza se entiende que los bienes del Estado son de exclusivo uso del mismo, pero en nuestra Constitución en su artículo 104 establece “Los bienes inmuebles propiedad del Estado podrán ser transferidos a personas naturales o jurídicas dentro de los límites y en la forma establecida por la ley”⁵¹ esto nos da el punto de partida que los bienes del Estado si pueden ser

⁵¹ CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DE EL SALVADOR, Diario oficial N°234, Tomo 28, Publicación D.O 16 de Diciembre de 1983. articulo 104.

transferidos a particulares, entonces podemos inferir que la expropiación también se puede aplicar a los bienes del Estado mismo, ya que nuestra legislación no hace algún tipo de prohibición en estos casos, pero la doctrina en este punto es clara en establecer que esta categoría jurídica de inalienabilidad de los bienes de uso público no constituye un obstáculo a la expropiación, puesto que esta restricción se refiere a los negocios del derecho privado, pero nada impide que un bien de uso público cambie de manos siempre y cuando éste siga siendo de uso público, es decir que esté en el marco de la utilidad pública o de interés social.

Pero existe un requisito esencial en el proceso expropiatorio que la doctrina define como *Corpus Certum* que no es más que determinar de manera inequívoca, es decir que el bien sea determinado y concreto como lo define Rodríguez Moro cuando cita al maestro Zabonini cuando dice “La fungibilidad o insustituibilidad de la cosa es siempre una condición necesaria para que aquella pueda ser objeto de expropiación”⁵², esta idea generalmente se aplica a los bienes inmuebles que pueden ser necesarios por su condición en la realización de una obra de interés general o social.

2.4.5 La indemnización.

Es uno de los fundamentos más esenciales de la institución expropiatoria y tiene su fundamento en el principio de igualdad ante la Ley en el reparto de las cargas públicas (igualdad ante las cargas públicas).

⁵² RODRÍGUEZ MORO, Nemesio. Op. cit., pág. 71

Se define como “quien se ve privado de su propiedad no debe sufrir él sólo el perjuicio, sino que debe ser, soportado y compartido por la colectividad beneficiada, de la que aquél también forma parte, compensando de esta suerte la carga que supone la privación de la propiedad con la que implica su resarcimiento, mediante la adecuada indemnización”⁵³ y por esta razón se convierte en uno de los elementos más discutido en el tema de la expropiación, no solo por el *Quantum* que es el valor económico de la cosa, sino más bien por los criterios que se utilizan para su estimación.

Se puede entender, en su sentido más amplio que la “indemnización es una reparación debida por la Administración Pública al titular de ciertos derechos que cede ante el ejercicio legítimo de una potestad administrativa su derecho de propiedad”⁵⁴. Para el profesor Rodríguez Moro “la indemnización derivada por la expropiación está destinada a restablecer el equilibrio entre la situación económica anterior y la posterior del expropiado”⁵⁵, también puede entenderse la indemnización como “el resarcimiento de todo lo necesario para que el patrimonio del expropiado quede en la situación que tenía antes de la expropiación”⁵⁶.

Por eso se ha dicho que la expropiación se resuelve en una *conversión de valores*: los bienes expropiados se reemplazan por su equivalente en dinero

⁵³ RIZO OYANGUREN, Armando. *Op.cit.* pág. 352

⁵⁴ GARRIDO FALLA, Fernando, *Op. cit.* Pág.240

⁵⁵ RODRÍGUEZ MORO, Nemesio. *Op. cit.*, pág. 79.

⁵⁶ MARIENHOFF, Miguel. *Op. cit.* pág. 89

que hay que entregarle al expropiado por causa del procedimiento expropiatorio, pero aun así a pesar que se han planteado una variedad de soluciones, no existe un criterio uniforme sobre este punto, ya que todo esto abarca aspectos de carácter jurídico y técnicos muy complejo, como lo establece Manuel María Diez cuando dice “ La indemnización tiene por objeto cubrir, mediante el pago de una suma de dinero, el valor económico del bien expropiado y el perjuicio que la pérdida del mismo origina a su dueño”⁵⁷, claro que todo esto radica en que no es deuda de "*cantidad*" o "*pecuniaria*", sino "*deuda de valor*", porque dentro de esto se debe valorar, el valor de la cosa en un momento determinado, atendiendo al momento en que se expropia, en la medida necesaria que este sirva para satisfacer la exigencia constitucional de que la indemnización sea justa.

Por esta razón puede afirmarse categóricamente que para lograr establecer la fijación del monto, éste se haga analizando todos los factores en juego en cada caso concreto.

Por ello la doctrina establece que no se puede admitir un criterio uniforme para determinar el valor de la cosa, pero puede admitirse como juicio de valor o criterio, el valor de reposición de la cosa o el valor de uso del mismo, entre otros.

Esto lo entendemos en el sentido que una persona que es privada de su derecho de propiedad, basado en la necesidad de satisfacer un interés general, no sufra daño en su patrimonio, ahora bien el valor de la cosa deberá quedar intacta y reintegrada en la indemnización, pues esto no solo supone el pago del precio justo de la cosa en el mercado, es decir lo que éste valdría realmente en una venta, sino también que incluya el

⁵⁷ DIEZ, Manuel María. Op. cit. pág.288

resarcimiento de los daños y perjuicios que el proceso expropiatorio le ocasione a una persona en particular.

Partiendo de todo esto podemos inferir que una expropiación sin indemnización, o sin adecuada indemnización, no es otra cosa que una confiscación, y consecuentemente ahí su antijuridicidad, identificando los diferentes obstáculos que se plantean doctrinariamente sobre la indemnización.

Pero la indemnización o justiprecio de la cosa expropiada debe tener una serie de requisitos que son por regla general aplicable en todos los ordenamientos jurídicos que regulan la expropiación y podemos determinar que estos aspectos son recogidos por José Canasi cuando establece cuatro elementos que debe contener la indemnización.

1. El valor Objetivo del bien
2. Los daños que sean una consecuencia directa de la expropiación.
3. No se valoran circunstancias personales ni afectivas del inmueble.
4. No se pagará lucro cesante.

En nuestro ordenamiento jurídico, la indemnización es un elemento esencial de la expropiación, plasmado en el artículo 106 de la Constitución el cual establece: "la expropiación procederá por causa de utilidad pública o de interés social, legalmente comprobados, y previa una justa indemnización..."

La indemnización por expropiación opera como medida indispensable y compensatoria de un acto unilateral del Estado. La Sala reproduce en sus considerandos los parámetros para indemnizar, que según Marienhoff debe

de cumplir con el rasgo de objetividad. Criterio que afirma que el valor debe ser equivalente al valor en plaza y al contado; lo cual hace cumplir la condición de ser presente y actual, derivación de una conmutación de valores. En este sentido se adopta el criterio de costo de reproducción o reposición, que traduce lo que ha de invertirse para obtener un bien similar.

Ante los parámetros doctrinales, la Sala de lo Contencioso Administrativo apunta diferencias por la singularidad del proceso de reforma agraria en El Salvador. “Resulta así, que la indemnización puede no ser previa y en dinero en efectivo”, pero “jamás debe alejarse del parámetro de justicia”.

La Sala estima los criterios de justicia en la indemnización. Primero, “la indemnización debe ser actual, que implica el valor que tiene el bien al ser transferido al expropiante. Segundo, la indemnización debe ser integral, por lo cual, el valor debe comprender la depreciación monetaria, intereses, exención de impuestos y valores que constituyan la consistencia jurídica de lo que se prive”⁵⁸. Por otro lado, la Sala de explica que “la depreciación monetaria funciona como criterio importante, en especial, por la tardanza en los pagos o cuando la desposesión desfavorece al expropiado, por falta de coincidencia entre lo desposeído y pagado. La depreciación se justifica para evitar perjuicios al expropiado”⁵⁹.

2.5 Naturaleza de la Indemnización

⁵⁸ *Sentencia Definitiva.* Sala de lo Contencioso Administrativo. Once de Septiembre de mil novecientos noventa ocho. Ref. 26-I-96

⁵⁹ *Sentencia definitiva.* Sala De Lo Contencioso Administrativo. Veintiséis de mayo de mil novecientos noventa ocho. Ref. 70-M-94

La indemnización “tiene su fundamento en la desposesión forzosa, que es un acto unilateral del poder público”⁶⁰ esto quiere decir que pertenece al derecho Administrativo, Marienhoff dice que “Está regida por el derecho público y pertenece al mismo, esto es una consecuencia de la naturaleza jurídica de la expropiación y consecuentemente de la indemnización”⁶¹, para el profesor Juan Carlos Cassagne “la indemnización, por la peculiaridad de su régimen jurídico, es un instituto perteneciente al Derecho Público”⁶², por otro lado, el doctor en derecho y docente de la universidad Autónoma de Nicaragua considera que “La expropiación se tipifica como institución de Derecho Público desde que otorga al Estado el poder de sustraer las propiedades de los particulares en mérito al interés público”⁶³ estableciendo una coincidencia entre la mayoría de los autores podemos afirmar que su naturaleza es de derecho público es correcto.

Por otro lado, no se puede perder de vista que la indemnización no es pagar el precio de la cosa, y por lo tanto no es correcto equiparar la indemnización al pago del precio de la cosa. Como perfectamente lo establece Garrido Falla cuando dice “Que la expropiación al ser una transferencia coactiva lo que hace de ella típicamente una institución del derecho Público, no asimilable a la compraventa en el derecho civil”⁶⁴. Ello es así porque la *expropiación*,

⁶⁰ DIEZ, Manuel María. *Op. Cit.* Pág. 288

⁶¹ MARIENHOFF, Miguel. *Op. cit.* Pág. 90

⁶² CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho administrativo*, Tomo II, editorial Abeledo Perrot, Séptima Edición Actualizada, Buenos Aires 2002.Pag.477

⁶³ RIZO OYANGUREN, Armando *Op. cit.* Pág.346

⁶⁴ GARRIDO FALLA, Fernando, *Op. cit.* Pág.273

propriadamente dicha, no es un contrato, sino un coactivo acto unilateral del Estado. Esto concuerda con el texto constitucional, pues, con referencia a la "expropiación", nuestra constitución en su artículo 106 en su primer inciso dice que la propiedad expropiada debe ser previamente "indemnizada", no dice que debe ser previamente "pagada". Porque entendemos que la transferencia del dominio de la cosa a manos del Estado es con ausencia de consentimiento de la otra parte, ya que "la adquisición de la cosa por la entidad administrativa no deriva de un acto de transmisión de aquél"⁶⁵, por esta razón es un error pretender comparar la indemnización con el pago de la cosa ya que las dos categorías jurídicas tienen fundamentos y naturaleza distinta una de la otra.

2.6 Clases de expropiación directa.

Existen dos clases de expropiación directa, como lo establece García de Enterría cuando dice que la expropiación procederá por vía contenciosa (vía judicial) y por la vía del avenimiento (vía administrativa), siendo ésta la expropiación que tiene por fundamento los actos administrativos, y aquélla que tiene su fundamento en sentencia judiciales.

2.6.1 Expropiación Administrativa.

Dentro del proceso expropiatorio existe una fase de administrativa que consiste en la gestión que el Estado realiza para obtener el consentimiento del particular y estableciendo de manera consensual el monto de la indemnización.

⁶⁵ GARCIA OVIEDO, Carlos. "Derecho Administrativo", tomo I, Editorial Imprenta Provincial, España 1962, pág. 505.

Sin duda alguna el convenio desde la vía administrativa es suponer la existencia de un arreglo amistoso entre las partes, pero cabe aclarar que la vía administrativa es una opción unilateral que facilita el proceso expropiatorio haciéndolo más expedito.

2.6.2 Expropiación Judicial.

Como se dijo anteriormente, cuando es rechazada la negociación administrativa se recurre al proceso judicial como imposición para la solución de este conflicto, ya que no se puede obviar el poder judicial en el proceso expropiatorio, y todo esto tiene su fundamento en que la expropiación proviene de una ley, ya que es una privación que despoja legalmente al dueño de la cosa que posee. Como lo establece García de Enterría al determinar que la expropiación judicial opera como una simple “ratificación de mero hecho, que solo pretende realizar una satisfacción de la deuda de dinero previamente contraída, y el cumplimiento de esta se vuelve el producto de la expropiación en su sentencia”⁶⁶. Es por esta razón que desde el punto de vista constitucional es necesario que el poder administrativo recurra al poder judicial para obtener el dominio de la cosa, ante el rechazo del particular, en la vía administrativa, la sentencia definitiva que legalice la privación del despojo en el proceso expropiatorio.

2.6.3 La retrocesión de la expropiación.

La pregunta medular en este punto es establecer cuándo se determinará la figura de la retrocesión, es decir, que si la expropiación no se realiza en los términos y parámetros establecidos, no existe una justificación válida que fundamente la expropiación y por lo tanto se procederá a la retrocesión, que

⁶⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Op. cit.*, Pág. 222.

no es más que “la facultad de reclamar la devolución del bien con la Condición de reintegrar el importe recibido en concepto de indemnización, la retrocesión podemos entenderla como la acción jurídico procesal por el que el propietario de un bien que le ha sido expropiado por procedimiento contencioso o por avenimiento pretende su recuperación por destino distinto del bien expropiado”⁶⁷. Para entender mejor ésta figura lo haremos con el siguiente ejemplo: que si un bien se expropia con el fin de utilidad pública, como para la construcción de una casa y no se realiza se tendrá que proceder a la retrocesión que también es conocida como reversión de la misma.

Atendiendo al ejemplo anterior es necesario acotar que si un inmueble posee mejoras al momento de realizar la expropiación estas mejoras deberán valorarse como lo establece La Sala de lo Contencioso Administrativo en Sentencia Definitiva determinando que aunque el bien expropiado posea mejoras deberá valorarse estas al momento de la determinación del justiprecio, incluso que el sujeto que posea el bien a expropiarse no sea el titular del inmueble tendrá derecho a ser indemnizado como lo afirma la Sala cuando dice, “el destinatario de la indemnización ha de ser el sujeto que sufre la merma en su patrimonio, por consiguiente, si las mejoras de un inmueble fueron introducidas por un tercero, será éste también el destinatario de la compensación”⁶⁸.

⁶⁷ DROMI, Roberto. *Op.cit.* pág. 970.

⁶⁸ *Sentencia definitiva.* Sala de lo Contencioso Administrativo. Veintiséis de mayo de mil novecientos noventa ocho. Ref. 70-M-94

La retrocesión se presenta como una “sanción en garantía del derecho de propiedad, ya que el particular tiene derecho a no ser privado de su bien sino por causa de utilidad pública, por lo que si esta causa desaparece, él tiene derecho a recuperarla”⁶⁹, ya que esta figura se convierte en una limitación al poder soberano del Estado y constituye una garantía de protección a la propiedad privada de cualquier individuo.

2.6.4 La expropiación Irregular.

La expropiación irregular opera “cuando el expropiado acciona contra el sujeto expropiante con el objeto de que éste, en cumplimiento de la voluntad legislativa, adquiera el bien calificado de utilidad pública”⁷⁰ la acción adquiere en esta hipótesis una dirección inusual, no la ejerce el Expropiante sino el Expropiado, es en suma un caso irregular”⁷¹. Para el profesor Dromi “la expropiación irregular es la acción por la cual el sujeto expropiado está legitimado para iniciar el procedimiento expropiatorio, en virtud de existir una ley que declara de utilidad pública un bien de su propiedad ante la falta de acción del sujeto expropiante”⁷².

Cabe recalcar que nuestra legislación no considera la aplicación de la expropiación irregular en ningún cuerpo normativo.

⁶⁹ DIEZ, Manuel María. *Op. cit.*, pág.293.

⁷⁰ *Ibidem.* pág. 295.

⁷¹ *Ibidem.*

⁷² DROMI, Roberto. *Op.cit.* pág., 968.

Ya que los motivos doctrinales son: que en virtud de una ley se declare la utilidad pública y el Estado toma posesión de este inmueble sin una previa indemnización y el otro es que la cosa que es declarada como de utilidad pública, y que por razones anormales del bien no se pueda disponer normalmente de la cosa y por último que el Estado de alguna manera imponga algún tipo de restricción o limitación a la cosa, que conlleve a una laceración del derecho fundamental de la propiedad sin que haya una declaración previa de utilidad pública. Estas son las causas doctrinales por las cuales la expropiación irregular se pueda aplicar.

2.7 Análisis del derecho comparado de la Expropiación.

Es de suma importancia establecer y estudiar cómo es contemplada la figura jurídica de la expropiación en los diferentes sistemas jurídicos, por tal motivo el derecho extranjero es la mejor fuente para realizar una comparación entre nuestra legislación y legislaciones foráneas. Para tal efecto es importante comprender la figura de la expropiación desde el punto de vista de la legislación Mexicana, la legislación Española, la legislación de Costa Rica, la Argentina y consecuentemente la nuestra. Para identificar sus coincidencias y sus diferencias acotando así a un estudio de esta institución jurídica que ayude a comprender el tan complejo procedimiento de ésta. Al final la expropiación se convierte en un elemento necesario para el desarrollo de políticas públicas y económicas en cualquier Estado.

2.7.1 En el derecho mexicano.

La ley de Expropiación que fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el 25 de noviembre de 1936 y que tiene sus últimas reformas publicadas en el DOF 05-06-2009, pero también la ley suprema mexicana contempla la expropiación, estableciéndola como una facultad soberana del Estado para

apropiarse de la propiedad privada bajo el supuesto de la necesidad o utilidad pública como lo establece el artículo 27⁷³ de la constitución de los Estados Unidos Mexicanos.

Partiendo de la idea de que el presupuesto esencial para que exista la expropiación es la existencia de una necesidad que sea de carácter público la ley de expropiación mexicana establece cuáles son esos parámetros para determinar qué acciones son consideradas de utilidad pública y cuáles no lo son, esto lo encontramos en el artículo 1 de la ley antes mencionada.

La declaratoria de utilidad pública será dictaminada según esta ley por la Secretaría Nacional del Estado, quien es el ente competente y por lo tanto facultada para realizarla, cumpliendo con los requisitos que la ley establece.

Por otro lado, la indemnización es otro de los factores más relevantes de todo proceso expropiatorio, la ley mexicana hace referencia en su artículo 9 al artículo 12 de la ley de expropiación de México donde no establece que la indemnización debe ser previa, entendiendo que si este supuesto no lo menciona en la ley podemos inferir que el pago de la indemnización puede diferir del momento de su realización, también no descarta que la posibilidad de que este pago se realice no necesariamente en dinero, sino más bien de común acuerdo podrá hacerse en “Especie” como lo establece la ley.

El artículo 21 de la ley de expropiación incluye un aspecto interesante ya que expresa que se aplicará sin perjuicio de lo establecido en los tratados internacionales en los que México sea parte o en los acuerdos arbitrales que éste realice. “Aunque parezca que tal pronunciamiento sale sobrando, el que la propia ley interna mexicana admita la posibilidad de un trato diferenciado a

⁷³ Las expropiaciones solo podrán hacerse por causa de utilidad pública y mediante indemnización. reformado mediante decreto publicado en el diario oficial de la federación el 10 de enero de 1934

extranjeros en cuestiones de expropiación, es un cambio muy importante respecto a la postura tradicional mexicana”⁷⁴.

En cuanto al justiprecio de la cosa expropiada la constitución y la ley son claras al establecer cuál es el medio para realizar la imposición del precio según el valor catastral del inmueble como lo establece la ley de Expropiación en su artículo 10 que dice “*se fijará como indemnización por el bien expropiado, será equivalente al valor comercial que se fije sin que pueda ser inferior, en el caso de bienes inmuebles, al valor fiscal que figure en las oficinas catastrales o recaudadoras*”.

Los aspectos fundamentales que la doctrina en general señala que no deben de faltar en el proceso expropiatorio, y que en la legislación mexicana se contemplan, son los siguientes: la declaratoria de utilidad pública o el interés social, la indemnización por el daño causado y el justiprecio de la cosa expropiada.

2.7.2 En el derecho argentino.

La Constitución de la Nación Argentina consagra el principio de la inviolabilidad de la propiedad y establece que ningún habitante puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley; la expropiación por causa de utilidad pública debe ser calificada por ley y previamente indemnizada (C.N., art. 17). de la Constitución garantiza el derecho de propiedad y permite que por causa de utilidad pública o interés social se expropian toda clase de bienes, previo el cumplimiento a favor del particular de una serie de garantías, justa indemnización y sentencia firme, y la

⁷⁴ DORBECKER RÁBAGO, Miguel. *Régimen Constitucional y legal en México en el ámbito nacional e internacional*, UNAM.

consagra como un “derecho subjetivo a la propiedad privada, sujeto a las reglamentaciones que condicionan su ejercicio, razón por la cual no es un derecho absoluto, sino relativo, que tiene una función social”⁷⁵.

El instituto de la expropiación es el medio jurídico mediante el cual se logran armonizar los intereses públicos y privados, evitando de esta manera lesionar los derechos de propiedad de particulares por razones de utilidad pública. Así, la expropiación consiste en el medio en virtud del cual el Estado logra la apropiación o transferencia de un bien, por razones de utilidad pública, mediante el pago de una justa indemnización.

De conformidad con lo preceptuado por la Constitución Nacional, la ley N° 21.499, sancionada el 17 de enero de 1977, establece el régimen de expropiaciones de este país.

Los requisitos constitucionales de la expropiación son:

- 1) Una causa: la utilidad pública.
- 2) Un proceso, cuyo punto de partida es la sanción de una ley.
- 3) Una compensación: la justa indemnización.

La utilidad pública está en la esencia de la expropiación: es su razón de ser, su justificación. El concepto de utilidad pública refiere a todo aquello que satisface una necesidad generalmente sentida o la conveniencia del mayor número con la finalidad de maximizar el bienestar general.

Naturalmente, este concepto no es unívoco y puede variar según circunstancias de espacio temporal, así como del ordenamiento jurídico que se tenga en consideración. El hecho de que lo que se considera de utilidad

⁷⁵ DROMI, Roberto. *Op.cit.* pág. 601.

pública en un lugar y momento determinado puede no serlo en otros, hace que dicho concepto sea contingente y circunstancial.

La ley 21.499, en su artículo número uno desarrolla el concepto constitucional, diciendo que “utilidad pública comprende todos los casos en que se procure la satisfacción del bien común, sea este de naturaleza material o espiritual”⁷⁶; es decir, que se dota a la noción de utilidad pública de un enriquecido sentido y de tal modo comprende todo aquello que tiende a la promoción integral de la persona humana y al efectivo goce de sus derechos constitucionales; siendo las condiciones de cada época las que determinan en concreto el contenido de estos.

La limitación a la garantía de la inviolabilidad de la propiedad privada puede hacerse efectiva siempre que medie un interés colectivo, cualquiera que sea la naturaleza de este. La calificación de ese interés es de competencia del Poder Legislativo como lo establece la ley, cuyo poder para declararlo no reconoce otro límite que la impertinencia de ejercerla con propósito o con la consecuencia del exclusivo interés individual.

La función calificadora debe ser ejercida dentro del marco de la Constitución, pues una ley de expropiación no puede borrar los principios de juridicidad que contiene toda Constitución.

El objeto de la expropiación, está constituido por todos aquellos bienes que sean convenientes o necesarios para el fin perseguido; no solo las cosas,

⁷⁶ Art.1 Calificación de utilidad pública. Ley de Expropiación de Argentina. Ley 21499

sino también los derechos pueden expropiarse, entendiéndose “que pueden ser sujetos de expropiación toda cosa corporal o incorporal susceptible de derecho de propiedad.

La expropiación no está limitada a los bienes de los particulares, también puede expropiarse el dominio de un Estado Provincial y aún su dominio público. El artículo 5 de la Ley de Expropiación, establece que la expropiación se referirá específicamente a bienes determinados y los afectará en forma total o parcial. Además, podrá referirse genéricamente a los bienes que sean necesarios para la construcción de una obra o la ejecución de un plan o proyecto, debiendo, en tal caso, surgir la directa vinculación o conexión entre ellos.

La indemnización es el resarcimiento necesario para que el patrimonio del expropiado quede en las mismas condiciones en las que se hallaba con anterioridad a la expropiación como lo establece el artículo diez de la ley de expropiación, para ello, es necesario determinar el valor del bien, el pago se podrá hacer en dinero o como lo establece la ley en otro tipo de pago siempre que medie acuerdo entre las partes como lo establece el Art. 12 de la ley en mención.

En el trámite para hacer efectiva la expropiación pueden darse dos situaciones: el avenimiento (acuerdo entre expropiante y expropiado), o el juicio expropiatorio. En este último caso, la ley establece que el expropiante deberá promover la acción judicial de expropiación. El proceso se tramitará por juicio sumario y la sentencia fijará la indemnización teniendo en cuenta el valor del bien al tiempo de la desposesión.

La ley contempla los casos en que la iniciativa procesal parte del propietario o titular del bien o cosa por expropiarse, a fin de que el Estado indemnice a quien se ha visto privado de su derecho de propiedad en razón de situación jurídica o fáctica creada por aquél; ésta es la llamada expropiación irregular. En cambio en la expropiación regular dicha iniciativa procesal parte del Estado.

La expropiación es un instituto jurídico de gran trascendencia, ya que permite al Estado intervenir a fin de procurar el bienestar general, mediante la ejecución de planes de obras, inversiones y servicios públicos, la preservación del patrimonio cultural de la Nación, el desarrollo de la economía, la creación de trabajo, la prestación de servicios o la necesidad de enfrentar una emergencia o catástrofe.

Como ejemplos recientes de expropiación de inmuebles con destino a la preservación del patrimonio cultural, recientemente en la ciudad de Buenos Aires, la Cámara de Diputados de la Nación aprobó, mediante expediente 2924-D-2006, la expropiación de la emblemática Confitería “El Molino”, aunque aún resta la aprobación por parte del Senado. La finalidad esgrimida para la expropiación de este inmueble, es que pueda ser utilizado como un ámbito de desarrollo y presentación de manifestaciones culturales, educativas y artísticas.

En el mismo sentido, en la ciudad de Córdoba, por Ley Provincial N° 9213 sancionada en el año 2004, se expropió el Palacio de Ferreira, a fin de que integre el patrimonio histórico, cultural y arquitectónico de la provincia.

Por su parte, como ejemplo de expropiación de bien mueble con idéntico propósito, se encuentra en tratamiento, con media sanción de la Cámara de

Diputados de la Nación, la ley que declara de utilidad pública y sujeto a expropiación el mural Ejercicio Plástico, del artista mejicano David Alfonso Siqueiros (expedientes 2975-D-2007 y 3044-D-2007).

Desde luego son innumerables los casos de expropiación para obras públicas, desarrollo social y desarrollo económico.

2.7.3 Derecho Español.

La expropiación en el derecho Español es una figura de suma relevancia y sobre todo de constante desarrollo en el mismo, y doctrinariamente la podemos definir como “La expropiación, es un instrumento de Derecho Público que consiste en la transferencia coactiva de la propiedad de un particular a la Administración Pública, o a otro particular, por razón del interés público y previo pago de una indemnización”⁷⁷.

Claro que la ley de expropiación de España (en lo sucesivo LEF) de 16 de diciembre de 1954 y en el Reglamento de 26 de abril de 1957, así como en los arts. 33 y 149.1.18 de la Constitución. Real Decreto Legislativo 2/2008 de 20 junio 2008, del Texto refundido de la ley del Suelo, son la base legal y procedimental del procedimiento expropiatorio.

Como en los demás procesos de expropiación regulada en los diferentes sistemas normativos existen requisitos fundamentales que la doctrina en general determina para legitimar la ocupación del poder soberano del Estado en relación con los particulares.

⁷⁷ GARRIDO FALLA, Fernando. *Op. Cit.* Pág. 273.

Podemos identificar atendiendo a lo establecido en la LEF los sujetos que intervienen en este proceso del derecho administrativo los cuales son:

1. Un elemento subjetivo de la expropiación forzosa y que está formado por el expropiante, expropiado y beneficiario.

Expropiante, Es el titular de la potestad expropiatoria y que, según la Ley de Expropiación Forzosa, sólo corresponde al Estado, Provincia, Municipio, y a las Comunidades Autónomas, atendiendo al artículo 2 de la LEF.

Expropiado, Es el titular de las cosas, derechos o intereses objeto de la expropiación. La característica más importante es que el status de expropiado no lo adquiere en virtud de ninguna cualidad ni circunstancia personal, sino como consecuencia de su relación con las cosas objeto de la expropiación.

Beneficiario, Es el adquirente inmediato de la transmisión forzosa que se efectúa o el que, dicho de otro modo, se beneficia directamente del contenido del acto expropiatorio cuando éste no se concreta en una transmisión de propiedad. El Reglamento lo define diciendo que es el sujeto que representa el interés público o social, para cuya realización está interesado a instar a la Administración expropiante el ejercicio de la potestad expropiatoria y que adquiere el bien o derecho expropiado. Según el artículo 3 del reglamento de la LEF.

2. El objeto de la expropiación es otro elemento de suma importancia, lo podemos inferir según la LEF que el objeto de la expropiación forzosa que ya no se limita a bienes inmuebles, sino que también se extiende a los demás derechos e intereses patrimoniales legítimos, hablando incluso el

Reglamento de las expropiaciones de facultades parciales del dominio o de derechos o intereses legítimos.

3. La causa de la expropiación es un elemento importante de la institución de la LEF y puede ser bien la utilidad pública o bien el interés social.

Toda intervención administrativa que implique privación singular de propiedad, derechos o intereses patrimoniales legítimos a que se refiere el art. 1 de la Ley, es una expropiación forzosa a todos los efectos, por lo tanto se convierte en el contenido de una expropiación.

4. La indemnización es otro aspecto fundamental de todo proceso expropiatorio, y éste a su vez se convierte en el problema capital de una Ley de expropiación. El criterio tradicional de someter las diferencias de apreciación pericialmente establecida a una decisión motivada y preparada por una tercera estimación pericial ha de reconocerse que no ha sido nunca propugnado como procedimiento ideal, sino más bien como un último recurso, al que empíricamente se acude en defecto de reglas tasadas que permitan una determinación automática del valor del objeto de la expropiación, según la LEF contempla dos maneras de establecer el precio de la cosa expropiada.

Mutuo Acuerdo, según la Ley de Expropiación Forzosa, el primer medio al que deben acudir el expropiante o beneficiario y el expropiado para valorar la cuantía de la indemnización es el del acuerdo amistoso, para el que disponen de un plazo de 15 días. Si durante el mismo hay acuerdo positivo, se da por concluido el expediente iniciado; pero en el supuesto de que aquél no se lograra, se seguirá el procedimiento del Jurado Provincial de Expropiación sin perjuicio de que, en cualquier momento de su tramitación,

puedan ambas partes llegar a dicho acuerdo mutuo. Todo esto en relación al Art.24 de la LEF.

Jurado de Expropiación, lo encontramos en el artículo 30 de la LEF y se aplicará de la siguiente manera, que a falta de acuerdo, habrá de procederse según los trámites legales previstos. En efecto, se tramita una pieza separada encabezada por la descripción del bien a expropiar. La Administración requiere al propietario para que, en un plazo de 20 días presente una **hoja de aprecio**, motivando la valoración que podrá ir avalada por un perito. En igual período la Administración debe aceptar o rechazar dicha valoración, si acepta, termina el expediente y se procederá al pago como requisito previo a la ocupación; y si la rechaza, extenderá hoja de aprecio fundada que se notificará al propietario para que, en el plazo de 15 días decida.

2.7.4 Derecho de Costa Rica.

Como una referencia centroamericana, el derecho costarricense es de suma importancia, ya que los aportes que éste ha dado a la institución jurídica de la expropiación no son nada despreciables.

La ley de expropiación costarricense es la base legal y procedimental que faculta al Estado para poder afectar el derecho a la propiedad de cualquier persona, pero por otro lado la Constitución de la República de Costa Rica también establece la expropiación en su artículo 45 *“La propiedad es inviolable; a nadie puede privarse de la suya sino es por interés público legalmente comprobado, previa indemnización conforme a la ley.”*.

Ahora bien, la ley recoge las bases doctrinales que sustentan la razón de ser de la institución expropiatoria. En primer lugar es necesario determinar cuál es el objeto de la ley y del proceso expropiatorio, el artículo 1 de la ley de

Expropiación de Costa Rica establece la expropiación forzosa, estableciendo como fundamento primordial *la causa de interés público legalmente comprobado*. Y este mismo artículo faculta solamente al estado para efectuarla mediante *un acuerdo en ejercicio del poder de imperio de la Administración Pública* y comprende cualquier forma de privación de la propiedad privada o de derechos o intereses patrimoniales legítimos, cualesquiera sean sus titulares, mediante el pago previo de una indemnización que represente el precio justo de lo expropiado.

La declaración de interés público es otro elemento esencial de la expropiación, esta ley regula en su artículo 19 lo que se debe entender por declaración de interés público y quien es la institución facultada para efectuarla diciendo: “Declaración genérica de interés público. Cuando por ley se declare genéricamente el interés público de ciertos bienes, el reconocimiento, en cada caso concreto, deberá realizarse por acuerdo motivado del Poder Ejecutivo o por el órgano superior del ente expropiador, salvo ley en contrario”⁷⁸.

La indemnización es fundamental en el proceso expropiatorio, en la ley de Costa Rica se aplican una serie de etapas para determinarla, pero es necesario aclarar que en cualquiera que sea los casos la indemnización deberá ser previa, los artículos 21 y 22 establecen la determinación del precio y la forma que se deberá hacer el valuó, asimismo se regula que la institución encargada para hacerlo es la Dirección General de Tributación Directa y el parámetro para su determinación la encontramos en el artículo 22 que contempla los criterios que ésta institución deberá valorar para

⁷⁸ Art. 19 Ley número 7495. Ley de Expropiación de Costa Rica.

determinar el precio justo del bien expropiado. En este proceso expropiatorio en particular solo es aplicable el proceso administrativo, no existe la posibilidad de intervención del poder judicial.

2.7.5 Derecho Salvadoreño.

El Art. 106 de la Constitución en su inciso primero establece: ***“La expropiación procederá por causa de utilidad pública o de interés social, legalmente comprobados y previa una justa indemnización”***. Nuestra constitución establece los momentos legales que la doctrina en general identifica como elementos fundamentales de la expropiación como lo son, la necesidad de una declaratoria de utilidad o necesidad pública y una previa indemnización por la realización de la misma. Por otro lado la **Ley de Expropiación y de Ocupación de Bienes por el Estado** Publicación publicada en el DO: 17/08/1939 y con sus últimas reformas D.L. N° 467, del 29 de octubre de 1998, publicado en el D.O. N° 212, Tomo 341, del 13 de noviembre de 1998.

En el artículo 2 de esta ley se establece cuales son las causas que se deberán entender como interés social o público, haciendo tres grandes grupos: el primero de construcción de infraestructura, el segundo la expropiación de patentes y por último la expropiación de minas de conformidad al artículo 17 de la ley de minas.

Esencialmente la ley de expropiación de El Salvador establece tres momentos que son de indispensable aplicación en el proceso expropiatorio como lo son:

1. Declaración de utilidad pública o interés social.
2. Determinación del Justiprecio de la cosa expropiada

3. Pago del precio que representa la indemnización de lo que forzosamente se enajene o ceda, y el establecimiento de la forma de pago cuando éste haya de ser posterior a la ocupación.

La declaración de utilidad pública es otorgada por el órgano ejecutivo a través del Ministerio de Gobernación y deberá llevar los siguientes requisitos:

- a) Copia del proyecto completo de la obra que se trata de llevar a cabo y sus planos;
- b) Descripción y planos de la obra que se trate de expropiar, si ya estuviere realizada;
- c) Detalles precisos que permitan formarse idea clara de tales obras, de las ventajas que su ejecución ha de reportar a los intereses generales y comunes, y de las necesidades de ocupar determinados bienes. Deberá indicarse además cuáles son los bienes o porción de ellos que se juzgue indispensable ocupar, y los nombres de los dueños, poseedores u ocupantes.
- d) Cuando se trate de empresas particulares, debe de indicarse los recursos con que se cuenta para llevarlas a cabo.

La determinación del justiprecio deberá realizarse atendiendo a lo establecido en el artículo 4 que determina que “el precio que se fije no podrá ser mayor en un veinticinco por ciento del que el dueño hubiere dado en los dos años anteriores en sus declaraciones ante la Dirección General de Contribuciones; o del que aparezca en la escritura de adquisición, sin recargo, si la propiedad se hubiere adquirido dentro de los últimos tres años”⁷⁹.

⁷⁹ Art. 4 parte final. Ley de Expropiación y de Ocupación de Bienes por el Estado Publicación. Veinticinco de julio de mil novecientos treinta y nueve.

El pago de dicha indemnización deberá hacerse al sujeto que sufre la afectación de su bien, aunque la constitución como máxima ley establece que la indemnización deberá hacerse de manera previa, es decir, antes de la realización del proceso expropiatorio, no es del todo cierto porque se podrá pagar por plazos si así fuera necesario.

Por otro lado, existen dos momentos de suma importancia en el proceso expropiatorio, el primero es el proceso administrativo y un segundo momento el proceso judicial, el proceso administrativo que consta en el avivamiento entre las partes de manera consensual atendiendo a lo establecido en los Arts.3 y 4 de la ley de expropiación de nuestro país que básicamente es la regulación del proceso administrativo, pero si en este primer intento no se llegara a un acuerdo entre las partes se recurre a la intervención del órgano judicial.

Al Analizar los distintos cuerpos normativos que a nivel del derecho extranjero regulan la institución jurídica de la expropiación, se perciben elementos concordantes que la misma doctrina señala como esenciales, así pues todas las legislaciones que fueron objeto de análisis tienen como fundamento expropiatorio o como la doctrina lo define "Causa Expropiandi" la necesidad de declarar de utilidad pública o de interés social el bien que sufrirá la expropiación, pero existen claras y marcadas diferencias entre la formas de realizar la expropiación o más aún el tipo de proceso con el cual se llevará a cabo la acción por parte del Estado para sustraer de la esfera jurídica el bien de un sujeto en particular. Es así como en el derecho Mexicano se establecen dos momentos: el momento de avenimiento o de acuerdo entre las partes y el momento judicial, pero la mayor diferencia se encuentra al momento del justiprecio, si bien es cierto el criterio para establecer dicho monto es el mismo que la doctrina a establecido como presupuesto elemental, el pago de éste no necesariamente puede ser

entregado en el momento de ejercer la expropiación, sino más bien la ley establece que puede diferir de éste, abre la posibilidad de que el pago se realice en “especies” como así lo define la ley, en el derecho argentino encontramos una de las grandes diferencias de la concepción tradicional de la expropiación, con relación a lo que se puede expropiar, ya que en este ordenamiento jurídico ya se habla de la expropiación de cualquier tipo de bien, independiente de su naturaleza, hasta los mismos derechos cumpliendo los mismos presupuestos de necesidad pública o de interés social, agregando además la existencia de una institución encargada de este proceso en particular como El instituto de la expropiación de la Argentina, el pago de esta deberá hacerse en dinero preferentemente pero podrá hacerse en otro tipo de pago siempre que exista acuerdo entre las partes, por otro lado el procedimiento es en dos vías como lo es el avenimiento (acuerdo entre expropiante y expropiado), y la acción judicial, en el Derecho Español se mantiene los mismos presupuesto esenciales y doctrinales de la expropiación, como lo es la causa expropiandi, los parámetros de la indemnización en el sentido de ser justa, pero hay una diferencia entre la forma de determinarla ya que según la ley existen el **Mutuo Acuerdo** y **Jurado de Expropiación**, el primero es lo que la demás leyes contemplan como el avenimiento, y el segundo es la utilización del poder coactivo del estado por medio del proceso judicial, en el derecho costarricense existen los mismos presupuestos básicos de la expropiación que la doctrina, como lo es la declaración de utilidad pública por medio del órgano competente que para este caso es el órgano ejecutivo, la aplicación de una indemnización justa y previa en cualquiera de los casos, el punto esencial es que la determinación del precio del bien expropiado será realizada por la Dirección General de Tributación Directa de la República de Costa Rica, cabe recalcar que no existe la vía judicial solo la vía administrativa si existiera un desacuerdo entre la resolución de esta institución deberá hacerse un proceso de arbitraje para

dilucidar los desacuerdos entre las partes, en nuestra legislación se cumplen los presupuestos básicos doctrinales de la expropiación, como lo son la declaración de utilidad pública, el pago de una justa indemnización, según nuestra legislación se pueden expropiarse toda cales de bienes, por otro lado la indemnización se puede pagar después de realizada la expropiación según nuestra legislación, se hace la salvedad de que por regla general se pague la indemnización en dinero, es decir, en efectivo pero a su vez otras cuerpos legales contempla la posibilidad de pagar la indemnización en otro tipo de pago como lo pueden ser los bonos como lo establece la Ley Básica de la Reforma Agraria, en razón del procedimiento nuestra legislación contempla las dos vías tanto la judicial como la administrativa atendiendo a los artículos 3 y 4 de la **Ley de Expropiación y de Ocupación de Bienes por el Estado**

Como se ha logrado establecer los presupuestos necesarios de la expropiación son recogidos por todas las legislaciones antes mencionas, las diferencia en algunos casos son de procedimiento, pero aún así la figura jurídica de la expropiación es una institución contemplada en el derecho extranjero como una respuesta efectiva para el desarrollo del Estado y de la comunidad en general.

CAPÍTULO III TRIBUNALES ARBITRALES

3.1 Introducción.

El arbitraje internacional es actualmente, un mecanismo de resolución de conflictos entre los Estados soberanos y los inversionistas privados extranjeros, que ha cobrado auge, especialmente en las últimas dos décadas, entre las grandes trasnacionales empresariales, que han buscado proteger a toda costa sus intereses, los cuales han trascendido las fronteras de sus países de origen, para buscar oportunidades de negocios, principalmente, en los países en vías de desarrollo, poseedores de las grandes riquezas naturales del mundo.

Muchos han sido los debates que ha sostenido la doctrina acerca del origen de la institución del arbitraje. Señalando incluso que esta institución se remonta al derecho romano, o que se remontan a la Edad Media. Sin embargo, lo cierto es que, más allá de las discusiones en torno al origen del arbitraje interno en general, el arbitraje internacional contra los Estados, basado en el *Derecho Internacional de Inversiones*, dista mucho de las primeras referencias históricas que, desde la perspectiva del derecho interno, tuvo el arbitraje.

No obstante, el surgimiento de organizaciones internacionales de carácter privado y público como las Naciones Unidas (ONU), la Organización Mundial del Comercio (OMC), la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), más conocida por sus siglas en inglés (UNCITRAL), la Cámara de Comercio Internacional (CCI), La Cámara de Comercio de Estocolmo (CCE), la Cámara de Comercio Internacional (CCI), entre otros, le permitió a los países desarrollados, imponer, a través de los

mismos, el criterio relativo a la necesidad de instituir mecanismos especiales de solución de controversias.

Por tal razón el estudio del arbitraje, implica analizar sus elementos más esenciales y sus aspectos doctrinales más relevantes, y que a través de estos permitan entender de manera clara como funciona esta institución jurídica, conceptualizando, y sobre todo detallando los principales tribunales de arbitraje a nivel internacional haciendo especial énfasis en el proceso arbitral del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI).

3.2 Disputas

El crecimiento de la actividad comercial a nivel internacional⁸⁰ y la celebración de Contratos de Estado⁸¹ han producido que en los Tratados de Libre Comercio, Tratados Bilaterales de Inversión o Acuerdos Internacionales de Inversión se establezcan regulaciones especiales en cuanto a la resolución de aquellas disputas que puedan surgir de la ejecución de dichos acuerdos comerciales. Es por eso, que la mayoría de Tratados de Libre Comercio, Tratados Bilaterales de Inversión o Acuerdos Internacionales de Inversión tienden a establecer normas que se relacionan con el arreglo de las

⁸⁰ United Nations Conference Trade and Development (UNCTAD). Occasional Note: *International Investment Disputes on the Rise*. 2004. Disponible en: http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/webiteiit20042_en.pdf

⁸¹ Para más información sobre los contratos de Estado ver: Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo. *Contratos De Estado*. Colección de Publicaciones de la UNCTAD sobre Temas Relacionados con los Acuerdos Internacionales e Inversión. Naciones Unidas. Nueva York y Ginebra, 2004. Disponible en: http://www.unctad.org/sp/docs/iteiit200411_sp.pdf

disputas surgidas entre el inversor y el Estado anfitrión y de aquellas surgidas entre Estados.

A la luz del derecho internacional consuetudinario, un inversor extranjero se ve en la necesidad de buscar una resolución de la disputa en los tribunales nacionales, pero si estos tribunales resultan ser inútiles para el inversor, entonces éste debe buscar una protección diplomática de su país de origen. Sin embargo ésta práctica resulta no ser efectiva para los inversores por las condiciones que deben reunirse en los casos de protección diplomática⁸², ante lo cual los inversores declinan del mencionado recurso y recurren a la solución de la disputa por medio de mecanismos de resolución de conflictos entre Inversores y Estados.

⁸² First, the right of diplomatic protection is held by the home country of the investor and, as a matter of policy, it may decide not to exercise this right in defence of an investor's claim. The home State may choose not to pursue the investor's claim for reasons that have more to do with the broader international relations between the home and host countries than with the validity of the investor's claim. Second, even if the home country successfully pursues an investor's claim, it is not legally obliged to transfer the proceeds of the claim to its national investor (Jennings and Watts, 1992; Brownlie, 1998). Third, in the case of a complex transnational corporation (TNC) with affiliates in numerous countries (each possessing, in all probability, a different legal nationality) and a highly international shareholder profile, it may be difficult, if not impossible, to state accurately what the firm's nationality should be for the purposes of establishing the right of diplomatic protection on the part of a protecting State. Furthermore, there are practical limitations on the process of diplomatic protection. This system requires even relatively small claims to be pursued through inter-State mechanisms, meaning that investor-State disputes on particular points may be conflated into State-to-State disagreements. Requisitos pueden consultarse en: United Nations Conference on Trade and Development International Investment Agreements: *Key Issues Volume I*. United Nations. New York and Geneva, 2004. Pág. 248

En términos generales las disputas se generarán en torno a la interpretación de una norma contenida en el Acuerdo o Tratado que son fácilmente solucionadas por negociaciones entre las partes a fin que las relaciones comerciales no se vean seriamente afectadas.

Sin embargo, existirán casos en los cuales las disputas no podrán ser resueltas por la voluntad de las partes involucradas en la disputa, para lo cual es necesario utilizar mecanismos especializados y que brindarán a la parte agraviada el mayor reparo que conforme al derecho internacional y a los mismos Tratados o Acuerdos establezcan.

Los mecanismos a adoptar deben ser eficaces, informales, amigables y no deben ser costosos pecuniariamente. Los más utilizados por esas razones son aquellos denominados de “resolución alternativa” entre los cuales se encuentra la mediación, los buenos oficios, la conciliación o el arbitraje.

La manera de elegir el mecanismo a utilizar en caso que se presente una disputa es una de las decisiones que las partes deben tomar a fin de resolverla, además de establecer la sede en la cual se llevará a cabo la resolución de la misma, por ejemplo los países en vías de desarrollo podrían evocar la Doctrina Calvo y establecer que la disputa sea resuelta por los

tribunales nacionales o domésticos ⁸³ de acuerdo a lo establecido en la Carta de los Derechos y Deberes Económicos de los Estados⁸⁴.

A pesar de existir este precedente, el conocimiento de asuntos relativos a inversiones no son llevados generalmente a tribunales nacionales pues se considera que al conocerse la causa en un tribunal internacional éste actuará de forma imparcial y por lo tanto los intereses de ninguna de las partes se verá afectado de manera arbitraria⁸⁵. Es por esa razón que la mayoría de Tratados de Libre Comercio o Acuerdos de Inversión establecen los mecanismos que serán utilizados para resolver las disputas que puedan surgir de la aplicación del tratado o acuerdo de inversión.

⁸³ In keeping with traditional perspectives, some developing capital-importing countries – particularly some Latin American States – have historically maintained that disputes between an investor and a host State should be settled exclusively before the tribunals and/or courts of the latter (referred to as the Calvo Doctrine). *Ibidem* . Pág. 350

⁸⁴ Carta de los Derechos Económicos y Deberes de los Estados de 1974. Vigésimo noveno periodo de sesiones. 12 de diciembre de 1974. Resolución número **3281 (XXIX)**. Naciones Unidas,

⁸⁵ In contrast with the above-mentioned approach, foreign investors have traditionally maintained that, as regards developing countries, investor-State disputes should be resolved by means of internationalized dispute-settlement mechanisms governed by international standards and procedures, with international arbitration at its apex. This position is supported largely by arguments concerning the apparent fairness inherent in relying upon independent international arbitrators, rather than upon national courts that may be subject to the influence of the executive in host countries. UNCITRAL. *Key Issues Volume I.* Op. Cit. Pág, 350

Las disputas presentadas deben ser resueltas de la forma menos engorrosa y más amigable posible y como ya se mencionó uno de los mecanismos utilizados en la resolución de las mismas es el arbitraje internacional, figura que a continuación se estudiará con el objetivo de lograr establecer en qué consiste y cuáles son aquellos supuestos que deben verificarse dentro del mismo.

3.3 Orígenes del Arbitraje.

El arbitraje fue concebido como la forma idónea de solucionar los conflictos de los Estados y las inversiones internacionales en los tratados de libre comercio o los acuerdos de inversión.

La figura del arbitraje tiene sus orígenes en el derecho romano donde adquiere las raíces fundamentales de su funcionamiento⁸⁶, estableciendo que el arbitraje surge como consecuencia de la necesidad de solucionar conflictos que se suscitaban entre particulares.

Constituía la forma en que los romanos dirimían sus conflictos jurídicos y tenía características tales como la obligatoriedad de las resoluciones y la posibilidad de recurrir de lo resuelto.

En la edad media el arbitraje sufre una de sus transformaciones más importantes ya que al ser una institución promovida por la iglesia tenía la facultad de resolver problemas internos así como internacionales.

⁸⁶ CASTILLO FREYRE, Mario. *Orígenes del arbitraje*: http://www.castillofreyre.com/articulos/origen_del_arbitraje.pdf

Ésta facultad es lo que da un giro a la figura del arbitraje pues por primera vez en la historia se habla de arbitraje internacional. Al ser una manera efectiva de solucionar los problemas entre los burgueses, artesanos y comerciantes, surge la tendencia de resolver sus controversias en el seno de sus propios gremios o corporaciones, lo cual resultó favorable para que los nuevos comerciantes optaran por dejar de lado la justicia del monarca debido a la demora de los procesos y diesen prioridad al mecanismo del arbitraje.

La presencia de la institución del arbitraje en Francia antes de la Revolución de 1789 se aprecia a través del Edicto de Francisco II, que data de agosto de 1560, confirmado por la Ordenanza de Moulins, donde se establecía la obligación de recurrir al arbitraje forzoso en los supuestos de conflictos entre mercaderes, demandas de partición entre parientes próximos y las cuentas de tutela y administración. En caso de presentarse cualquiera de los asuntos mencionados, estos conflictos debían ser solucionados sumariamente por tres o más personas, elegidas por las partes, o a falta de esta elección, por el juez.

Como puede observarse el arbitraje ha ido evolucionando a través de la historia, pasando de utilizarse en un ámbito privado a tomar el carácter de internacional. Sin embargo luego de establecerse los orígenes de éste, para lograr una comprensión a fondo del tema, es preciso establecer con claridad, qué es el arbitraje y como su utilización ha dado paso a la instauración de tribunales arbitrales de corte internacional.

3.4 Definición de Arbitraje

A continuación se tratará de definir el concepto de “Arbitraje” con el objetivo de facilitar el entendimiento y la comprensión de ésta importante figura jurídica.

Arbitraje “significa una forma para resolver un conflicto a través de un tercero natural e imparcial, sin la investidura judicial que es característica para resolver todo tipo de controversias de intereses”⁸⁷.

Otra definición es la del profesor Cabanellas quien dice que el arbitraje es “. La acción o facultad de arbitrar y el juicio arbitral. Toda decisión dictada por un tercero, con autoridad para ello, en una cuestión o un asunto”.⁸⁸

Para la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual⁸⁹ el arbitraje es “un procedimiento por el cual se somete una controversia, por acuerdo de las partes, a un árbitro o a un tribunal de varios árbitros que dicta una decisión sobre la controversia que es obligatoria para las partes”⁹⁰. Al escoger el arbitraje, las partes optan por un procedimiento privado de solución de controversias en lugar de acudir ante los tribunales.

Para nuestra legislación el término de arbitraje es relativamente nuevo ya que no fue hasta hace muy poco tiempo que se creó la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje que define en su artículo tres literal “d” lo que se

⁸⁷ FLORES GARCÍA, Fernando, *Teoría general de la composición del litigio*. México, Facultad de Derecho. Universidad Autónoma de México- Porrúa. 2003, pág.198.

⁸⁸ CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. *Op. Cit.*

⁸⁹ Organismo especializado del sistema de organizaciones de las Naciones Unidas. Establecido en 1967 en virtud del Convenio de la OMPI. Disponible en <http://www.wipo.int/portal/index.html.es>

⁹⁰ <http://www.wipo.int/amc/es/arbitration/what-is-arb.html>

entiende por arbitraje y dice *“Arbitraje; es un mecanismo por medio del cual las partes involucradas en un conflicto de carácter transigible, difieren su solución a un tribunal arbitral, el cual estará investido de la facultad de pronunciar una decisión denominada laudo arbitral”*⁹¹.

El profesor Miguel Ángel Font define el arbitraje a la acción de que “Las partes pueden someter sus controversias a "jueces privados" elegido por ellas. Estos jueces privados reciben la denominación de "árbitros" (y en otros casos los veremos como los "amigables componedores").”⁹²

En conclusión el arbitraje es una manera de solucionar los conflictos sin acudir al órgano judicial, en el cual interviene un tercero llamado árbitro que provee una solución que es obligatoria llamada laudo y que se puede ejecutar judicialmente; y a la vez es susceptible de impugnación y de nulidad. Además, se trata de una jurisdicción privada que puede ser individual o colegiada, que puede ser constituida por la voluntad de las partes o por decisión legal.

Desde el punto de vista del arbitraje internacional se debe entender como un *“procedimiento o técnica mediante la cual se resuelven las diferencias que puedan ocurrir o que han surgido entre dos o más partes o sujetos de derecho internacional (Estados, Organismos Internacionales), mediante la*

⁹¹ Artículo 3 literal “d” de la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje del once de julio del año dos mil dos, publicada en el D.O. 153, Tomo: 356 del veintiuno de agosto de dos mil dos.

⁹² FONT, Miguel Ángel. *Guía De Estudio: Procesal Civil Y Comercial*, editorial estudio, pag.340.

*actuación de una o varias personas (arbitro o árbitros), quienes derivan sus facultades del acuerdo consensual de las partes involucradas en la controversia*⁹³.

También es definido como “un proceso jurisdiccional especial, encomendado transitoriamente a particulares, al que se llega por acuerdo previo de las partes o en el momento en que surja la controversia, quienes decidirán si la solución se hace en derecho o en equidad”.⁹⁴

La profesora Dyalá Jiménez Figueres define el arbitraje internacional como un “*mecanismo a través del cual se entrega a una o más personas el o los árbitros la solución de una cuestión o controversia, en la cual, el poder de tales personas deriva de un acuerdo privado y no de las autoridades estatales, y quienes deben proceder a decidir el caso sobre la base de ese acuerdo*”⁹⁵.

El arbitraje ya sea nacional o internacional es uno de los mecanismos que ha probado a lo largo de su desarrollo ser uno de los mecanismos más importantes y sobre todo más eficaces para la solución de conflictos de carácter jurídicos, debido a su naturaleza es un procedimiento que soluciona las controversias de manera segura e imparcial.

⁹³ Conceptos jurídicos internacionales. www.derecho.unam.mx

⁹⁴ SANGUINO SÁNCHEZ, Jesús María, *El arbitraje internacional*. Pág. 2

⁹⁵ JIMÉNEZ FIGUERES, Dyalá , “*Arbitraje Comercial Internacional y de Inversiones*”, Universidad De Chile , 2009.

En el ámbito internacional es el sistema de solución de conflictos comerciales internacionales más utilizado a nivel mundial⁹⁶, ya que la complejidad de los negocios transfronterizos hace necesario que los eventuales conflictos, derivados de estos, sean resueltos por personas conocedoras de dichas materias, en los plazos más breves posibles.

3.5 Tribunales Arbitrales

Varias son las clases de tribunales arbitrales, así, hay centros en donde solamente se resuelven disputas de determinados países o en determinados rubros económicos.

Sin embargo, en la actualidad y debido al gran avance que han tenido los Tratados de Libre Comercio en el ámbito comercial⁹⁷, la mayor parte de los tratados de inversión ofrecen más de un conjunto de reglamentos de arbitraje, lo que significa que el inversor puede escoger activamente cuáles desea que se apliquen.

Así las alternativas de arbitraje internacional disponibles en los TLC son:

3.5.1 La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI)

A diferencia del CIADI, la CNUDMI no administra ni supervisa arbitrajes sino que elabora los reglamentos procesales que pueden utilizar las partes que deseen arbitrar sus disputas de una manera “ad-hoc”.

⁹⁶ Ver: Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones. Carga de Casos del Ciadi – Estadísticas. Edición 2011-1. 2011

⁹⁷ PETERSON, Luke Eric. *Bilateral Investment Treaties and Development Policy-Making*. International Institute for Sustainable Development” International Institute for Sustainable Development. Canadá. 2004. Pág. 11

Puesto que los arbitrajes de la CNUDMI no se llevan a cabo bajo un mismo techo, es muy difícil saber qué cantidad de procedimientos arbitrales se están realizando. No obstante, sus reglas figuran muy a menudo en los tratados bilaterales de inversión y las encuestas sugieren que una cantidad importante de los arbitrajes de estos tratados se hace por medio de este canal menos visible⁹⁸.

3.5.2 La Cámara de Comercio de Estocolmo (CCE)

Las reglas de la CCE, si bien aparecen más raramente, están incluidas en una minoría de tratados bilaterales de inversión, particularmente cuando una parte, o ambas, es de Europa del Este o de la ex URSS y, principalmente, en el Tratado de la Carta de Energía, un acuerdo multilateral poderoso que rige el comercio y las inversiones en el sector de la energía. La Cámara de Comercio maneja una modesta cantidad de arbitrajes de tratados de inversión, varios por año, como consta en las estadísticas publicadas por la sede. Se dispone de escasa información sobre los arbitrajes que tienen lugar en virtud de las reglas de la CCE, a menos que las partes deseen lo contrario⁹⁹.

3.5.3 Cámara de Comercio Internacional (CCI)

La Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) es una alternativa muy popular para la resolución de disputas comerciales privadas. La CCI maneja también una pequeña cantidad de casos de tratados de inversión, sobre los cuales se sabe muy poco. El principal obstáculo, que limita la cantidad de casos arbitrados en la CCI, es el

⁹⁸ Ibíd.

⁹⁹ Ibíd.

hecho de que en la mayor parte de los tratados bilaterales de inversión no se ofrece el arbitraje de la Cámara como una opción¹⁰⁰.

3.5.5 Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI).

El constituido por el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados conocida como “Convenio CIADI” que establece el surgimiento del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI).

El CIADI del Banco Mundial es el único centro construido expresamente para la resolución de conflictos relativos a la inversión extranjera directa entre inversores y Estados. Durante décadas, el Centro manejó una pequeña parte de los litigios *contractuales*. Sin embargo, en la década del 90, el número de casos del CIADI aumentó muchísimo, cuando los inversores comenzaron a invocar las ofertas de arbitraje contenidas en los tratados de inversión. De las diversas opciones de arbitraje disponibles para resolver estos casos, el CIADI es único, porque publica una lista completa de procedimientos de arbitraje que se están llevando a cabo bajo sus auspicios. Sin embargo, las audiencias son a puertas cerradas, a menos que ambas partes deseen lo contrario¹⁰¹.

¹⁰⁰ *Ibíd.*

¹⁰¹ PETERSON, Luke Eric. *Derechos humanos y tratados bilaterales de inversión. Panorama del papel de la legislación de derechos humanos en el arbitraje entre inversores y Estados*. Centro Internacional de Derechos Humanos y Desarrollo Democrático. Canadá. 2009 Pág. 16

Cada una de las instituciones tienen sus propias normas y procedimientos y dado el gran número de tribunales arbitrales que existen, corresponde a cada país escoger la clase de institución que será tomada en cuenta para someter una disputa a dicho centro, tomando en cuenta las normativas, reglas y procedimientos de cada una de las instituciones de arbitraje internacional.

En el caso del TLC CAFTA-DR, las reglas a seguir en casos de disputas surgidas del incumplimiento de dicho tratado se estipulan en el artículo 10.16 (3) en donde se establece que siempre que hayan transcurrido seis meses desde que tuvieron lugar los hechos que motivan la reclamación, el demandante podrá someter la reclamación a la que se refiere el párrafo 1 del mismo artículo de conformidad con el Convenio del CIADI y las Reglas de Procedimiento para Procedimientos Arbitrales del CIADI.

El requisito básico para someter el conocimiento del caso ante el CIADI es que tanto el demandado como la Parte demandante sean partes del Convenio CIADI; de conformidad con las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI o de conformidad con las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI.

Las disputas entre Estados pertenecen a la rama del derecho internacional público. Sin embargo, cuando un Estado realiza un acuerdo comercial con una entidad privada, ya sea por sí o por medio de una institución estatal, cualquier disputa surgida de ese acuerdo podrá ser resuelta por medio de los tribunales nacionales o por medio de un arbitraje internacional¹⁰². El inversor privado por lo general prefiere someterse a un arbitraje por ser un

¹⁰² BLACKABY, Nigel y otros. “*Redfern & Hunter on International Arbitration*”. Quinta edición. Oxford University Press. 2009. Párrafo. 1190. Pág. 63

procedimiento neutral en lugar de someterse a los procedimientos judiciales del Estado con el cual mantiene la disputa.

Los Estados sin embargo, deben tomar en cuenta las repercusiones políticas, sociales y económicas que tendrá a consecuencia de la reclamación de arbitraje internacional por parte del inversor privado, por lo que la imagen del Estado demandado puede llegar a verse seriamente afectada e interferir en futuras negociaciones e intercambios comerciales.

Las disputas pueden ser resueltas por medio de arbitrajes realizados en las diferentes instituciones antes mencionadas, pero cuando se trata de disputas entre inversores y Estados o instituciones estatales, solo dos instituciones arbitrales se encargan de dirimir dichas disputas. Dichas instituciones arbitrales son el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones o CIADI establecido en Washington¹⁰³ y la Corte Permanente de Arbitraje o CPA establecida en la Haya.

La CPA es una organización intergubernamental con más de cien Estados miembros. Fue establecida en 1899 por medio de la Convención para la Resolución Pacífica de Controversias Internacionales, con el fin de facilitar el arbitraje y otras formas de resolución de conflictos entre Estados. La CPA provee servicios de resolución de disputas en las cuales se encuentran involucrados los Estados, instituciones estatales, organizaciones intergubernamentales y entidades privadas.

¹⁰³ Según lo dispuesto en el Artículo 2 del convenio CIADI, la sede será la oficina principal del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento, órgano componente de Banco Mundial.

La CPA fue el resultado de la primera conferencia de Paz de la Haya, convenida por iniciativas del Zar Nicolás II con el objetivo de buscar formas efectivas de garantizarle a los individuos una paz verdadera y permanente. La creación de la CPA no impidió el desarrollo de grandes conflictos bélicos pero sí un número considerable de disputas entre Estados por medio del arbitraje, logrando en 1935 administrar el primer arbitraje comercial entre una entidad privada y un Estado¹⁰⁴.

El CIADI como ya se dijo es el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, creado por el Convenio CIADI, con sede en Washington y del cual se hablará en detalle a continuación.

3.6 Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones

El CIADI es una institución internacional autónoma establecida bajo el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, conocido como Convenio CIADI o Convenio de Washington. Dicho convenio establece la competencia, organización y funciones del centro, cuyo principal propósito es el de facilitar la conciliación o el arbitraje en las disputas surgidas de la inversión internacional.

El convenio CIADI es un tratado multilateral, formulado por los directores Ejecutivos del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento, que fue abierto a firma en Marzo de 1968 y entró en vigencia en Octubre de 1966.¹⁰⁵.

¹⁰⁴ http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1303

¹⁰⁵ http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=ShowHome&pageName=AboutICSID_Home

Dicho convenio abrió la brecha a los individuos o corporaciones que tuvieran la calidad de inversores en un país que no fuera su país de origen, para que sometieran a un proceso legal al Estado anfitrión, ante un tribunal arbitral internacional.

Con este nuevo convenio, ya no era necesario que los inversores tuvieran que recurrir a sus Estados para que intervinieran en los asuntos surgidos de desacuerdos comerciales con otros Estados, haciendo uso de la protección diplomática, así, el convenio de Washington estableció un sistema bajo el cual los individuos y las corporaciones pueden demandar una compensación directamente contra un Estado por medio de una conciliación o arbitraje.

Tales formas de resolución de conflictos no tomaron auge sino hasta que se implementaron los tratados bilaterales de inversión, tratados de libre comercio, como por ejemplo el NAFTA y CAFTA-DR, en donde los inversores aprovecharon las oportunidades que estos instrumentos daban para demandar a los Estados.

Ante esta posibilidad de acudir al CIADI, las partes deben cumplir con los requisitos jurisdiccionales dados en el artículo 25 del convenio de Washington, en donde se estipula que la jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante (o cualquiera subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado Contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro.

Es decir, que los requisitos a cumplir para someter al centro un procedimiento de arbitraje son: a. que exista una disputa surgida de

desacuerdos en una inversión, b. que los Estados (el Estado contratante y el Estado del inversor) sean parte del convenio CIADI y c. que tanto el Estado anfitrión como el inversor hayan considerado el arbitraje.

Otro requisito jurisdiccional considerado por el CIADI es el plazo de seis meses (o más) anteriores a la presentación de la solicitud de arbitraje, en donde se busca que las partes subsanen las disputas por otros medios más amigables o en los tribunales del país anfitrión, periodo de tiempo que para otros tribunales como el UNCITRAL no es un requisito jurisdiccional y los procedimientos de arbitraje pueden ser sometidos a su conocimiento sin necesidad de haber transcurrido dicho periodo de tiempo, sin embargo el CIADI difiere de lo establecido por otros tribunales y establece que el plazo de negociación de seis meses se refiera a un procedimiento, sino mas bien a un requerimiento jurisdiccional, produciendo así, en caso que no se cumpla el plazo de seis meses una falta clara de jurisdicción del centro sobre la solicitud de arbitraje presentada¹⁰⁶.

Sin embargo, puede haber la posibilidad de someter al centro una solicitud de arbitraje sin haber cumplido con los requisitos establecidos en el tratado que las partes han firmado por medio de la clausula de “nación más

¹⁰⁶ *Enron Corporation y Ponderosa Assets LP v Republica de Argentina*, Decisión de jurisdicción, Caso CIADI No ARB/01/3, IIC 92 (2004), párrafo 88. Disponible en: <http://www.asil.org/ilib/Enron.pdf>, ver también, *Generation Ukraine, Inc v Ukraine*, Laudo final, Caso CIADI No ARB/00/9, IIC 116 (2003); 44 ILM 404 (2005), párrafo 14.3, el tribunal considera: “algunas autoridades consideran el requisito de consultar y negociar antes de iniciar un proceso de arbitraje como un procedimiento, en vez de considerarlo una condición precedente para el reconocimiento de la jurisdicción. Este tribunal puede ser ambiguo para interpretar una disposición clara del TBI en tal sentido, así como interpretarlo de manera superficial...”

favorecida”. Esta cláusula faculta al inversor de alegar, ante un tribunal arbitral, que puede iniciar un proceso de arbitraje en los mismos términos y condiciones establecidos en otros tratados de inversión que el Estado anfitrión haya firmado con otro Estado o inversor.

Dicha posibilidad ha sido reconocida por el CIADI en varios de los casos sometidos a su jurisdicción,¹⁰⁷ aún cuando los mismos tratados establecen un periodo dentro del cual las disputas deben ser resueltas entre las partes por medio de negociaciones cordiales, los buenos oficios o la conciliación.

Para poder utilizar esta cláusula de forma efectiva es necesario, que la cláusula de “nación más favorecida” persista también en los artículos referentes a la solución de disputas, contenidos en los tratados o acuerdos celebrados por otros países y no solo en algunas partes de los acuerdos, por lo que, si el inversor alega esta cláusula para iniciar un proceso de arbitraje pero la cláusula no se encuentra aplicada en los atestados referentes a la resolución de las disputas, el intento no será válido y puede resultar en un rechazo de la solicitud de arbitraje por no haber cumplido los requisitos necesarios para iniciar un proceso.

Cualquier aspecto que no se cumpla, puede generar el rechazo a la solicitud de arbitraje en dicho centro.

¹⁰⁷ Ver: EMILIO AGUSTÍN MAFFEZINI v EL REINO DE ESPAÑA. DECISIÓN DEL TRIBUNAL SOBRE EXCEPCIONES A LA JURISDICCIÓN. CASO CIADI NO. ARB/97/7. *Gas Natural SDG, SA v Republica de Argentina*, Decisión de Jurisdicción, Case CIADI No ARB/03/10, IIC 115 (2005), párrafo 30–31; *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona SA y InterAguas Servicios Integrales del Agua SA v República de Argentina*.

3.6.1 Características del CIADI

El CIADI constituye el marco institucional que posibilita que los conflictos entre inversionistas extranjeros y Estados sean despolitizados y deslocalizados de la jurisdicciones nacionales y sean depositados en una esfera neutral con todas las garantías internacionales necesarias y la eficacia requerida¹⁰⁸. Siguiendo este orden de ideas, entre las principales características del CIADI tenemos:

- El acceso al Centro es voluntario, sin embargo una vez que el acuerdo ha sido adoptado es irrevocable (artículo 25)
- La Convención no tiene normas sustantivas de derecho o normas de conducta pero concede a las partes libertad total para acordar las normas de derecho que deben ser aplicadas por el tribunal al resolver la controversia. A falta de acuerdo, el tribunal aplicará la legislación del Estado que sea parte en la controversia «y aquellas normas de derecho internacional que pudieran ser aplicables» (artículo 42).
- Los laudos son vinculantes y no pueden ser objeto de apelación ni de cualquier otro recurso, excepto en los casos previstos en la Convención (artículo 53).

¹⁰⁸ Ver: HIRSCH, Moshe (1993); *The Arbitration Mechanism of the International Centre for the Settlement of Investment Disputes*; Martinus Nijhoff Publishers; Dordrecht, Boston, London; 264 p.; BROCHES, Aron (1995); *Selected Essays. World Bank, ICSID, and Other Subjects of Public and Private International Law*; Martinus Nijhoff Publishers; Dordrecht, Boston, London; 545 p. y KUNDMÜLLER, Franz (2003); *ICSID, «bella durmiente» despabilada ante la atronadora globalización y el fragor creciente de las controversias en materia de inversión extranjera*; en *Revista Iberoamericana de Arbitraje y Mediación*; en <http://www.servilex.com.pe/arbitraje/colaboraciones/inversion.html> (junio 2006).

- Los Estados Contratantes están obligados a reconocer y ejecutar los laudos del CIADI como si fueran sentencias firmes dictadas por sus tribunales (artículo 54).
- El Estado parte en un arbitraje está bajo la obligación derivada del tratado de «acatar y cumplir» con el laudo, pero la ejecución forzosa del laudo no puede erosionar la inmunidad soberana si el alcance de dicha inmunidad es reconocida por el ordenamiento jurídico del Estado (artículo 55)¹⁰⁹.

El propósito de la Convención es promover inversiones extranjeras privadas mejorando el clima de inversión para inversionistas y Estados receptores de inversión por igual. Al respecto el Informe de los Directores Ejecutivos del Banco Mundial respecto del CIADI, que explica los alcances de diversas disciplinas jurídicas contenidas en el tratado, apunta: Aunque el objetivo general del convenio es estimular las inversiones privadas internacionales, sus disposiciones mantienen un cuidadoso equilibrio entre los intereses del inversionista y los de los Estados receptores. Además, el Convenio permite la incoación de los procedimientos, tanto a los Estados como a los inversionistas, y los Directores Ejecutivos han tenido siempre presente ambos casos al redactar las disposiciones del convenio¹¹⁰.

¹⁰⁹ BROCHES, Aron. *Selected Essays. World Bank, ICSID, and Other Subjects of Public and Private International Law*; Dordrecht, Boston, London. Martinus Nijhoff Publishers. 199. Pág. 266

¹¹⁰ Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento Informe de los Directores Ejecutivos acerca del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados. 18 de marzo de 1965. Disponible en <http://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc-spa/partB.htm>

En este sentido, se han registrado dos casos en donde son los Estados los que han iniciado arbitrajes en contra de los inversionistas, como ha ocurrido en el caso Gabón vs. Société Serete S.A¹¹¹. y el caso Tanzania Electric Suply Company Limited vs. Independent Power Tanzania Limited¹¹². Por otro lado, en el caso Amco vs. Indonesia¹¹³ el tribunal arbitral, aplicando el Derecho Internacional de Inversiones, incorpor  la necesidad de proteger con el mismo rigor al inversionista y al Estado receptor de la inversión.

3.6.2 Disputas sujetas a la jurisdicción del CIADI.

Muchas disputas surgidas de los acuerdos de inversión pueden ser llevadas ante el conocimiento del Centro, sin embargo se realizará únicamente el examen de la Expropiación Indirecta a efectos de entender como éste tan importante tribunal entiende la expropiación en materia de inversión.

3.7 La expropiación ante el CIADI

3.7.1 Generalidades.

Como ya se ha mencionado, la expropiación puede realizarse de forma regular o directa o de forma irregular o indirecta. Dichas formas de expropiación ya han sido definidas en el apartado correspondiente a la expropiación en general, estableciéndose además, que nuestra legislación solamente contempla la expropiación que se ha realizado de manera regular.

A pesar que nuestro marco jurídico no se ha contemplado expresamente la expropiación indirecta, en el plano internacional ésta ha sido utilizada en los

¹¹¹ Caso CIADI No. ARB/76/1 Registrado el 05 de Octubre de 1976

¹¹² Caso CIADI No. ARB/98/8 Laudo del 12 de julio de 2001.

¹¹³ Caso CIADI No. ARB/81/1 Registrado el 27 de Febrero de 1981

últimos años como el tema principal de los reclamos de las inversionistas hechas ante el CIADI¹¹⁴.

Así, en materia internacional la afectación de una propiedad también puede darse de forma directa en donde se ha verificado la transferencia del título de propiedad o se ha realizado un embargo de ésta; o bien puede ser realizada de forma indirecta, en donde el Estado interfiere los derechos que el inversor tenga sobre su propiedad sin haberse verificado el embargo de la misma o la transferencia del título de propiedad¹¹⁵. Es decir, que el Inversor legalmente sigue poseyendo la propiedad pero el disfrute de la misma se ve limitado por el poder ejercido por la Administración Pública.

Con respecto a este punto, las leyes internacionales son claras al momento de establecer que el embargo o la transferencia de un título de propiedad constituyen siempre una expropiación y amerita por lo tanto una compensación¹¹⁶.

Pero, ¿Qué es la expropiación indirecta? Y ¿cómo opera en el ámbito internacional?, éstas interrogantes, serán desarrolladas a continuación.

¹¹⁴ Investor–State Dispute Settlement and Impact on Investment Rulemaking. United Nations Conference on Trade and Development. United Nations. New York and Geneva, 2007. Pág. 75 Disponible En <http://www.unctad.org/Templates/webflyer.asp?docid=9438&intItemID=2068&lang=1&mode=downloads>

¹¹⁵ YANNACA-SMALL, Catherine. *Op. Cit.* Pag.3-4

¹¹⁶ Ibidem.

3.7.2 Conceptualización.

El término en estudio tiene, en el ámbito internacional una serie de sinónimos, que son utilizados de manera similar, así por ejemplo se utilizan para el caso de la expropiación se utilizan también los términos “*taking*”, “*deprivation*”, “*dispossession*” o “*privation*”, mientras que para la expropiación indirecta se utilizan términos como “*creeping expropriation*” (expropiación progresiva), “*de facto*” o incluso como se mencionó anteriormente “medidas equivalente a la expropiación” (*measures tantamount to expropriation*)¹¹⁷, así mismo para ambos casos se utilizan tanto los términos “expropiación” o “nacionalización”.

¹¹⁷ “Generalmente, se entiende que la expresión «...equivalente a la expropiación...» o «*tantamount to expropriation*» que se encuentra en el Acuerdo y en otros tratados internacionales referentes a la protección al inversor extranjero alude a la llamada «expropiación indirecta» o «*creeping*», así como a la expropiación de facto aludida más arriba. Si bien estas distintas formas de expropiación tampoco se prestan a una definición clara o unívoca, se reconoce generalmente que se traducen a través de conducta o actos que no explicitan en sí mismos el objetivo de privar al sujeto pasivo de sus derechos o bienes, pero que en los hechos operan tal privación. No necesariamente una expropiación de esta naturaleza tiene que manifestarse de forma gradual o creciente - en ese sentido el término *creeping* alude a un solo tipo de expropiación indirecta - y puede manifestarse a través de un solo y único acto, o a través de actos muy próximos en el tiempo o simultáneos. Por ese motivo, deben diferenciarse los conceptos de *creeping expropriation* y expropiación de facto, por más que corrientemente se los englobe bajo la noción más amplia de «expropiación indirecta», y que ambas formas de expropiación puedan configurarse a través de una amplia variedad de actos o medidas cuyo examen circunstanciado en cada caso concreto sólo permitirá concluir si alguna de tales formas se encuentra o no presente¹²⁸.”

Técnicas Medioambientales Tecmed S. A. contra los Estados Unidos Mejicanos, Laudo CIADI No ARB(AF)/00/2, pag. 217, párrafo 114 Véase también: Tratado Bilateral de Inversiones entre: Chile y Tunisia (1998); TBI entre China y Jordan (2001); TBI entre Kuwait y Lituania (2001).

El término “expropiación indirecta” es de difícil definición y determinación. Desde los primeros tratados de inversión o sus respectivos borradores el término nunca fue debidamente delimitado, por lo que se origina una gran dificultad al momento de establecer qué acciones estatales originarán indemnización y qué acciones estatales serán solamente una manifestación soberana de autorregulación¹¹⁸.

Ciertos documentos internacionales¹¹⁹ han establecido-con el paso de los años, el desarrollo del derecho, el comercio y las inversiones extranjeras- ciertos parámetros para reconocer cuando se está ante una expropiación (sujeta al pago en concepto de indemnización) y cuando se está frente a una medida de regulación que el Estado debe realizar para llevar a cabo sus fines.

A pesar de los esfuerzos, esos parámetros tampoco han logrado que mediante la jurisprudencia se lleguen a establecer con exactitud el término “expropiación indirecta”, quedando siempre a consideración de los tribunales el determinar si las acciones son manifestaciones de regulación estatal o de medidas de expropiación o equivalentes a ésta.

¹¹⁸ Investor–State Dispute Settlement and Impact on Investment Rulemaking. *Op. Cit.* Pág. 76, International Investment Agreements: Key Issues Volume I. *Op. Cit.* Pág. 236

¹¹⁹ Yannaca Small. Caterin. *Op. Cit.*, Investor–State Dispute Settlement and Impact on Investment Rulemaking. *Op. Cit.* Pág. 76, International Investment Agreements: Key Issues Volume I. *Op. Cit.*

Debido a la necesidad de conceptualizar el término utilizado y debido a que la mayoría de solicitudes de arbitraje ante tribunales internacionales¹²⁰ se basan en la alegación de “expropiación indirecta” ésta puede entenderse como: *“un acto o una serie de actos de una parte que tienen un efecto equivalente al de una expropiación directa sin la transferencia formal del título o del derecho de dominio”*¹²¹.

Sin embargo, reconocida jurisprudencia y doctrina internacional ha aseverado que la expropiación puede también tomar otras formas, como por ejemplo:

*“La expropiación... incluye no sólo la confiscación de la propiedad de manera abierta, deliberada y con conocimiento de causa, tal como una confiscación directa o una transferencia formal u obligatoria de títulos en favor del Estado receptor, pero también una interferencia disimulada o incidental del uso de la propiedad que tenga el efecto de privar, totalmente o en parte significativa, al propietario del uso o del beneficio económico que razonablemente se esperaría de la propiedad, aunque no necesariamente en beneficio obvio del Estado receptor”*¹²².

¹²⁰ Se refiere al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, CIADI o ICSID por sus siglas en inglés y la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional CNUDMI o UNCITRAL por sus siglas en inglés.

¹²¹ VÉASE: Anexo 10- C del Tratado de Libre Comercio Centro América- República Dominicana o CAFTA-DR.

¹²² Metalclad Corporation contra los Estados Unidos Mejjicanos, Laudo CIADI No ARB(AF)/97/1, pag. 30, párrafo 103.

“...impedir al inversor el control de la inversión, la administración del día a día de las operaciones de la empresa, el arresto y detención de funcionarios o empleados de la empresa, la supervisión del trabajo de funcionarios, la interferencia en la administración, el impedir la distribución de dividendos, la injerencia en la designación de funcionarios o gerentes, o la privación de que puede ser objeto la empresa de su propiedad o control en forma total o parcial¹²³”.

No obstante lo anterior, todos los tratadistas, convenciones, acuerdos, tratados de libre comercio o árbitros realizan una serie de análisis, que conllevan a la conclusión que, aún cuando la expropiación indirecta se realice de diferentes formas siempre llevará como principal característica que se afecta y priva de forma muy drástica y sustancial los derechos o las utilidades económicas que percibe el o los afectados.

Es de aclarar, que debido a la ambigüedad del término, algunos Tratados Bilaterales de Inversión, Tratados de Libre Comercio, Acuerdos de Inversión Internacional u otros instrumentos internacionales no manifiestan específicamente el término expropiación indirecta pero sí manifiestan en sus textos, que la propiedad no puede ser afectada por “medidas equivalentes a la expropiación”, como por ejemplo el artículo 10.7 del Tratado de Libre Comercio con Centro América- República Dominicana que manifiesta que:

¹²³ Sempra Energy International contra la República Argentina. Laudo CIADI No ARB/02/16, Pág. 39. Párrafo 284; retomando el criterio establecido en *Pope & Talbot Inc v Government of Canadá*,. Véase también *PSEG Global, Inc and Konya Ingin Elektrik Uretim ve Ticaret Limited Sirketi contra Turquía*. Caso N° ARB/02/5 (2007). Pág. 72. Párrafo 278. Disponible en: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>

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

Como puede observarse en el referido artículo se sobreentiende que la propiedad no puede ser afectada por medio de una expropiación que se haya realizado de manera indirecta, pero es importante reconocer que el término “expropiación indirecta” no es utilizado en él para impedir que la propiedad se vea afectada, sino que la afectación indirecta deberá ser concretizada por “medidas equivalentes a la expropiación”.

Como ya se mencionó, uno de los nombres que se le otorga a la expropiación indirecta es el de “*creeping expropriation*” o expropiación progresiva, término que es preciso aclarar pues a pesar de ser considerada una forma de afectar la propiedad de forma indirecta, éste tipo de expropiación tiene particularidades propias que la hacen diferenciarse de aquellas medidas que de forma indirecta suelen afectar los derechos de los inversionistas.

La “*creeping expropriation*” entonces se está refiriendo a una expropiación *sui generis*, que se realiza de manera lenta y en la cual se invaden uno o más de los derechos de los titulares de la inversión extranjera y que por lo tanto disminuye el valor de la inversión. El título de propiedad se mantiene en manos del inversor pero sus derechos de uso sobre la propiedad se ven drásticamente reducidos como resultado de dicha interferencia por parte del Estado¹²⁴.

¹²⁴ “*This may be defined as the slow and incremental encroachment on one or more of the ownership rights of a foreign investor that diminishes the value of its investment. The*

Son algunos ejemplos¹²⁵ de *Expropiación Progresiva*:

- a. El despojo forzado de acciones de las compañías.
- b. Interferencia con el derecho de administración.
- c. Nombramiento de administradores.
- d. Denegación al acceso al trabajo o a materias primas.
- e. Fijación de impuestos excesivos o arbitrarios.

Los elementos constitutivos de este tipo de expropiación indirecta son según la jurisprudencia internacional vinculantes entre sí, es decir, que la sola concurrencia de uno de los elementos reconocidos no genera este tipo de expropiación¹²⁶.

3.8 Orígenes y Desarrollo de la Expropiación Indirecta en las Inversiones.

Mientras que la idea de proteger el derecho a la propiedad de los particulares nace, en el marco de la ya mencionada Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, la idea que la expropiación de una inversión¹²⁷ se

legal title to the property remains vested in the foreign investor but the investor's rights of use of the property are diminished as a result of the interference by the State" UNCTAD. "Taking of Property". *Series on Issues in International Investment Agreements* (New York and Geneva: United Nations), United Nations publication, 2000. Pág. 11-12

¹²⁵ Ibidem.

¹²⁶ Waste Management, Inc. v. United Mexican States. Opinión disidente del arbitro Keith HIGHET. Laudo CIADI No. ARB(AF)/98/2, pág. 7, párrafo 17

¹²⁷ En este punto es importante resaltar, que para el derecho internacional, el término propiedad se refiere tanto a la propiedad tangible como a la intangible. *Caso Wena Hotels Ltd. v. Egyp.* Caso No. ARB/98/4. Laudo del 8 de Diciembre de 2000, párrafo. 98, y

realice de manera indirecta surgió por primera vez en la reconocida *Draft Convention on Investments Abroad* o la “Abs-Shawcross Draft Convention”, realizada en 1959 por el comité dirigido por el Director General del Banco Alemán, el Dr. Abs y Lord Shawcross, constituyéndose el primer intento de desarrollar un código de inversión internacional¹²⁸, así pues el Art. III de dicho borrador manifiesta:

“Ningún Estado podrá adoptar ninguna medida en contra de los bienes pertenecientes a otro Estado para privarlo, ya sea de forma directa o indirecta, de su propiedad, excepto bajo un proceso legal y asegurando que dichas medidas no sean discriminatorias o contrarias a los acuerdos dados

Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt, Caso No. ARB/84/3, Review 328,375 of 1993. Disponible en <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&reqFrom=Main&actionVal=OnlineAward>. Corte Internacional de Justicia, *Case concerning certain German interests in Polish Upper Silesia*. Merits. Judgment of 25 of may 1926. Serie A. No. 7. Disponible en http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1926.05.25_silesia.htm. Así mismo la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha aceptado dicha concepción del derecho a la propiedad. Corte Interamericana de Derechos Humanos **Caso Abrill Alosilla Y Otros Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas Sentencia De 4 De Marzo De 2011. Serie C N° 223**. Párrafo 82 Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_223_esp.pdf. Para el caso del término “*inversión*”, El tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN por sus siglas en español y NAFTA (North America Free Trade Agreement) por sus siglas en ingles), tratado base para el CAFTA-DR, manifiesta en su artículo 1139 que por inversión se debe entender, entre otras cosas “bienes raíces u otra propiedad, tangibles o intangibles, adquiridos o utilizados con el propósito de obtener un beneficio económico o para otros fines empresariales”, por lo que las inversiones se tomarán como propiedades susceptibles de expropiación, así como la propiedad intelectual.

¹²⁸ NEWCOMBE, Andrew Paul. *Op. Cit.* Pág. 63

*por ese Estado y que están acompañadas del pago de una justa y efectiva compensación*¹²⁹”.

Dos años después en 1961, a petición de la Secretaría General de las Naciones Unidas, apareció el borrador de la Convención sobre la Responsabilidad Internacional de los Estados por Daños a Extranjeros o “*Draft Convention on the International Responsibility of States for Injuries to Aliens*” realizada por Louis Sohn y Richard Baxter¹³⁰ la cual asume en su artículo 10 que todas las expropiaciones o nacionalizaciones deben ser compensadas, y define en su artículo 10.3 que:

“Se entenderá como expropiación o nacionalización no solo aquellas realizadas conforme a la ley, sino también aquellas que realizadas de forma poco razonable, tiendan a interferir con el uso, goce o disposición de la propiedad y que justifiquen por lo tanto una interferencia para el dueño de la propiedad, generando así que el propietario no sea capaz de usar, gozar o

¹²⁹ Traducción propia. Texto Original: *No Party shall take any measures against nationals of another Party to deprive them directly or indirectly of their property except under due process of law and provided that such measures are not discriminatory or contrary to undertakings given by that Party and are accompanied by the payment of just and effective compensation. Artículo III. Draft Convention on Investments Abroad (Abs-Shawcross Draft Convention). United Nations. International Investment Instruments: A Compendium. Volume X. New York and Geneva, 2002. Disponible en: http://www.unctad.org/en/docs/dite3vol10_en.pdf*

¹³⁰ NEWCOMBE, Andrew y Paradell, Lluís. *Law and Practice of Investment Treaties, Standards of Treatment*. Kluwer Law International. Great Britain. 2009

disfrutar de la propiedad dentro de un periodo razonable de tiempo posterior al inicio de dicha interferencia”¹³¹.

Así también, se encuentra regulada la expropiación indirecta en el Artículo 3 del Borrador de la Convención sobre la Protección de la Propiedad Extranjera o ***Draft Convention on the Protection of Foreign Property***¹³² en el cual se manifiesta que ningún país podrá adoptar medidas que tiendan a menoscabar, directa o indirectamente, la propiedad perteneciente a un extranjero, a menos que sea realizada de acuerdo a lo reconocido por el derecho internacional.

Es pues que el término cobró fuerza en la segunda mitad de los años noventa¹³³, cuando se comenzaron a implementar alrededor del mundo varios tratados de inversión, Tratados de Libre Comercio, Acuerdos de Inversiones, etc., y tuvo por consecuencia su más grande apogeo cuando comenzaron a recibirse en los tribunales de solución de controversias en

¹³¹ Traducción propia. Texto Original: “taking of property” includes not only an outright taking of property but also any such unreasonable interference with the use, enjoyment, or disposal of property as to justify an inference that the owner thereof will not be able to use, enjoy, or dispose of the property within a reasonable period of time after the inception of such interference. SCHREUER, Christoph. The Concept of Expropriation under the ETC and other Investment Protection Treaties. 2005. Disponible en: http://www.univie.ac.at/intlaw/pdf/csunpublpaper_3.pdf

¹³² Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OECD). París. 1967. Disponible en: <http://www.oecd.org/dataoecd/35/4/39286571.pdf>

¹³³ PETERSON, Luke Eric. *Op. Cit.* Pág. 11; BLACKABY, Nigel y otros. *Op. Cit.* Pág. 469

materia de comercio internacional o de inversiones extranjeras solicitudes de arbitraje que contenían como reclamo principal, la debida y justa indemnización por motivos de expropiación indirecta.

Así, se tuvo un incremento considerable de los casos alegando expropiación indirecta ante los tribunales internacionales¹³⁴ y un notable crecimiento en la doctrina referente a dicha clase de expropiación, tomando como base los mismos laudos emitidos por los tribunales internacionales pero siempre siendo imposible la determinación exacta y clara del término en estudio y las directrices que darían a entender, sin ninguna duda, cuándo se está frente a un acto o medida que genera compensación y cuándo son solamente actos y medidas propias de la potestad administrativa de los Estados.

Existen pues instrumentos que tratan de establecer parámetros para determinar cuáles son las medidas que se entienden como privativas o perjudiciales al derecho de la propiedad y cuáles son solamente normas que tienden a manifestar el poder estatal de auto regulación.

Los instrumentos más célebres en esta área son: El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales también denominado Convenio Europeo de los Derechos Humanos¹³⁵, el

¹³⁴ Ver Carga de Casos del CIADI- Estadísticas. Edición 2010-2. Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones. 2010. Disponible en: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=ICSIDPublicationsRH&actionVal=ViewPublications&reqFrom=Main>

¹³⁵ Consejo de Europa. Roma. 4 de Noviembre de 1950. Disponible en: http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/1101E77A-C8E1-493F-809D-800CBD20E595/0/ESP_CONV.pdf

Draft Convention on the International Responsibility of States for Injuries to Aliens y el ***Draft Convention on the Protection of Foreign Property***¹³⁶, explicadas con anterioridad. Estableciendo efectivamente que los Estados no pueden perjudicar la propiedad de los extranjeros, pero sí pueden realizar expropiaciones siguiendo los parámetros establecidos en el derecho internacional, o cuando sea en razón de la protección del medio ambiente, la salud de los habitantes, para mantener el orden público, la moral, la seguridad jurídica e incluso cuando sea necesario una nueva recaudación, fijación o creación de impuestos, estableciendo así una protección internacional efectiva a los Estados.

Pero por otro lado, existen tratados y convenciones más voraces, que solamente aceptan y establecen el hecho que todas las medidas ejecutadas por el Estado tienden a menoscabar y perjudicar los derechos de la propiedad de los extranjeros y/o de sus inversiones. Tal es el caso del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), su símil CAFTA-DR y los muchos otros tratados que se han suscrito entre los Estados Unidos y otros países del continente Americano y Europa.

Pero el hecho de que estos tratados contengan clausulas que permitan o no una posible regulación estatal interna sin que se considere la afectación a la inversión o la mala fe de los Estados o incluso sobre cuáles serán los parámetros para determinar si procede o no una indemnización por los perjuicios recibidos, depende de la doctrina sobre inversiones que el Estado inversor ha adoptado y del tipo de desarrollo del país de que se trate. Así los

¹³⁶ Aunque desde el punto de vista del derecho internacional no constituyen la figura de las convenciones, estas han sido denominadas así por sus creadores y además retomadas así por la doctrina en materia de inversiones.

países desarrollados adoptan con frecuencia la reconocida “Formula Hull”, formulada por el Secretario de Estado Cordel Hull en respuesta a la nacionalización de las empresas petroleras realizada por México en los años 30.

Hull reclamó que la normativa internacional requería “rápida, efectiva y adecuada” compensación por la expropiación de una inversión extranjera; mientras que los países en vías de desarrollo adoptan y respaldan la Doctrina Calvo, surgida durante los años 60 y 70 como se refleja en las resoluciones de Asamblea General de las Naciones Unidas¹³⁷.

¹³⁷ El 18 de diciembre de 1962 la Asamblea General adoptó la resolución sobre la soberanía permanente sobre recursos naturales en la cual se afirma el derecho de nacionalizar la propiedad perteneciente a los extranjeros y establece solamente el requisito de una “compensación apropiada”. Este estándar de compensación fue considerado un atentado a construir diferencias entre los países desarrollados y aquellos en vías de desarrollo. resolution 1803 (XVII) del 14 de Diciembre de 1962. Disponible en: <http://www2.ohchr.org/spanish/law/recursos.htm> .

El 12 de diciembre de 1974 la Asamblea General de las Naciones Unidas, rechazo decisivamente la formula Hull a favor de la Doctrina Calvo al adoptar la carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados, formulada en el 29º periodo de sesiones al establecer en su artículo 2 (c) el estándar de compensación apropiada y da la posibilidad en caso “que la compensación genere una controversia, esta deberá ser resuelta conforma a la ley nacional del Estado que nacionaliza y por sus tribunales.” 29º periodo de sesione, resolución número 3281 (XXIX) del 12 de diciembre de 1974. Del Disponible en: <http://www.un.org/spanish/documents/ga/res/29/ares29.htm>

Hoy en día impera en los tratados relativos a inversiones la fórmula Hull y es considerada, aceptada y utilizada como una fuente muy importante en el derecho internacional¹³⁸.

3.9 Determinación de expropiación o manifestación de autorregulación

Es reconocido que en el derecho internacional también se aceptan las expropiaciones, siempre y cuando se verifiquen los parámetros establecidos por la normativa internacional, dichas condiciones son¹³⁹:

¹³⁸ “ The regional instruments also seem to favour the payment of full compensation upon a taking. Thus, NAFTA and the Energy Charter Treaty both use the Hull formula. The NAFTA provisions are elaborate, refer to fair market value but are essentially a paraphrasing of the Hull standard (Levy, 1995). The Energy Charter Treaty uses the Hull standard directly.³⁵ Likewise, the APEC Non- Binding Investment Principles (1994) also adopted the Hull standard. The World Bank Guidelines specify “appropriate compensation”, but go on to redefine the standard as no different from prompt, adequate and effective compensation. They state, in article IV (2): “Compensation for a specific investment taken by the State will, according to the details provided below, be deemed “appropriate” if it is adequate, effective and prompt” (UNCTAD, 1996a, vol. I, p. 252). In line with the traditional position of capital exporting States, the MAI (chapter IV(2)) uses the Hull standard. Overall, there is a trend in modern BITs towards the Hull standard of compensation. Though the traditional formula of “prompt, adequate and effective” compensation may not always be used, the treaties spell out the meaning of the formula in different, yet roughly equivalent ways. Thus, the Singapore-Mongolia BIT (1995) uses the words “effectively realizable” and “without unreasonable delay” and require that compensation shall be “the value immediately before the expropriation”. The reference is to a standard no different from the Hull standard. The Hull standard is employed in BITs between developed and developing countries as well as in BITs between developing countries. While there are still modern BITs that use other formula such as “just compensation”, even in such cases the treaties may spell out that the assets taken should be given a market value. Key Issues. Volume I United Nations. Op. Cit. Pág 244. Disponible en: http://www.unctad.org/en/docs/iteit200410_en.pdf

- a. *Que sean realizadas por causa de un propósito público;*
- b. *De una manera no discriminatoria;*
- c. *Mediante el pago pronto, adecuado y efectivo de una indemnización¹⁴⁰, y*
- d. *Realizadas por medio de una ley*

Estas condiciones son por lo general consignadas en los textos de los tratados de libre comercio, tratados de inversión, acuerdos de inversión, etc., de manera que tanto los Estados como los inversionistas tienen márgenes de operación aceptables.

Por una parte el Estado puede realizar una expropiación atendiendo estos parámetros dados por el derecho internacional consuetudinario y por otra los inversionistas obtienen seguridad jurídica y pueden exigir que las

¹³⁹ INTERNATIONAL INVESTMENT AGREEMENTS: KEY ISSUES Volume I. Pág. 1

¹⁴⁰ Según los Lineamientos del Banco Mundial para el Tratamiento de Inversiones Extranjeras Directas, se considerará una compensación “adecuada”, esté basada en el valor justo de mercado del bien siempre y cuando tal valor fuere determinado inmediatamente antes que la medida expropiatoria de la decisión de expropiar el bien sea del conocimiento público. Traducción libre. Texto original: “Compensation will be deemed “adequate” if it is based on the fair market value of the taken asset as such value is determined immediately before the time at which the taking occurred or the decision to take the asset became publicly known”. Developing committee of the Boards of Governors of the World Bank and International Monetary Fund. Sección IV del World Bank Guidelines. 1992. Disponible en: <http://ita.law.uvic.ca/documents/WorldBank.pdf>

expropiaciones se realicen dentro de los márgenes de las normas reconocidas.

Así mismo, también se pueden dar las expropiaciones indirectas, realizadas por medio de actos que afecten considerablemente los beneficios o derechos de los inversionistas, pero esta simple definición no faculta a todo inversionista que crea afectado su derecho a la propiedad a exigirle al Estado una indemnización por causa de expropiación, pues no todas las medidas adoptadas por el Estado se consideran violatorias a los derechos de los inversionistas.

Sobre éste punto existen, así como en la definición de expropiación indirecta, diversos parámetros o corrientes que imposibilitan el poder diferenciar cuales son aquellas conductas que constituyen realmente una expropiación y cuales son solamente la demostración de la facultad de administrar del Estado.

Así pues, la doctrina y la jurisprudencia han sentado las bases que aún difusas o inconsistentes- debido a los diferentes criterios tomados por los tribunales- sirven para diferenciar una medida de otra. La determinación de si un acto o una serie de actos de una Parte, en una situación de hecho específica, constituye o no una expropiación indirecta, requiere de una investigación factual, caso por caso, que considere entre otros factores¹⁴¹:

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

¹⁴¹ Véase: Anexo 10- C del Tratado de Libre Comercio Centro América- República Dominicana o CAFTA-DR y YANNACA-SMALL, Catherine. Op. Cit. Pag.10

el valor económico de una inversión, por sí solo, no establece que una expropiación indirecta haya ocurrido;

b. La medida en la cual la acción del gobierno interfiere con expectativas inequívocas y razonables en la inversión; y

c. El carácter de la acción gubernamental.

Estos parámetros son tomados por lo general por casi todos los tratados, convenios, acuerdos, etc. realizados entre países y se pueden encontrar tanto en los textos del tratado como en los anexos o preámbulos de estos¹⁴², para ayudarle a los inversionistas o a los mismos Estados a identificar los parámetros dentro de los cuales pueden realizar sus actividades.

Así mismo, los textos de los tratados de libre comercio también ha establecido que no constituyen expropiaciones indirectas los actos regulatorios no discriminatorios de una Parte que son diseñados y aplicados para proteger objetivos legítimos de bienestar público, tales como la salud pública, la seguridad y el medio ambiente¹⁴³.

A pesar de existir dicha disposición, los tribunales arbitrales han considerado que el motivo y la forma en que el Estado realiza la disminución del derecho

¹⁴² Según lo establecido en el Artículo 1 de la Convención de Viena sobre el derecho a los Tratados se tomaran en cuenta, para la interpretación de estos, su contexto, el cual comprende el texto del tratado, su preámbulo y sus anexos.

¹⁴³ Ver: Artículo 1 de la Convención Europea de Derechos Humanos y el Anexo 10-C del CAFTA –DR.

de propiedad de los inversores no es importante, si se comprueba que la intención del Estado fue el de privar al inversor de obtener los beneficios económicos que éste espera¹⁴⁴.

Así, la jurisprudencia ha establecido que aunque se haya realizado una expropiación por causa de motivos de bienestar público eso no inhibe al Estado de cumplir con la obligación de efectuar el pago de la respectiva indemnización al inversor que ha sido expropiado. Éste punto fue afirmado por el CIADI en la disputa surgida entre *Compañía del Desarrollo de Santa Elena SA v The Republic of Costa Rica*¹⁴⁵.

La jurisprudencia también ha establecido la única de las excepciones en las cuales puede el Estado regular sin tenerse como una expropiación y por lo tanto no tener la obligación de pagar la indemnización. Dicha excepción es

¹⁴⁴ BLACKABY, Nigel y otros. Op. Cit.. Pág. 500

¹⁴⁵ While an expropriation or taking for environmental reasons may be classified as a taking for a public purpose, and thus may be legitimate, the fact that the Property was taken for this reason does not affect either the nature or the measure of the compensation to be paid for the taking. That is, the purpose of protecting the environment for which the Property was taken does not alter the legal character of the taking for which adequate compensation must be paid. The international source of the obligation to protect the environment makes no difference.

Expropriatory environmental measures—no matter how laudable and beneficial to society as a whole—are, in this respect, similar to any other expropriatory measures that a state may take in order to implement its policies: where property is expropriated, even for environmental purposes, whether domestic or international, the state's obligation to pay compensation remains. *Compañía del Desarrollo de Santa Elena SA v Republic of Costa Rica*, Final Award, ICSID Case No ARB/96/1, IIC 73 (2000), parrafo 71-72. Disponible en: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>

aquella en donde el Estado utiliza su poder sin interferir en los compromisos de los inversores¹⁴⁶.

Como puede observarse, no hay uniformidad de criterios en cuanto a si ha existido una expropiación o solamente el Estado ha ejercido su poder para la satisfacción del bienestar común.

La determinación entonces sobre la realización o no de la expropiación queda al arbitrio de los tribunales, tomando en cuenta la clase de efectos que ha tenido sobre la inversión, las medidas adoptadas por los Estados y si los derechos del inversor se han visto realmente afectados por éstas.

En caso que los derechos del inversor se hayan visto afectados y sea comprobada una expropiación, los tribunales deben tener en cuenta el modo en que realizarán el valúo de la indemnización, para lo cual será necesario el estudio de los presupuestos para su determinación.

Es de aclarar que si bien es cierto que los aspectos relativos a la indemnización ya se desarrollaron en capítulo anterior, es importante desarrollar el siguiente apartado para conocer, desde el punto de vista internacional, como se establece y que parámetros se toman para determinar la compensación de la expropiación que ha realizado el Estado en contra del inversor.

3.10 Determinación de la compensación

¹⁴⁶ BLACKABY, Nigel y otros. Op. Cit. Pág 501 y *Saluka Investments BV v Czech Republic*, (UNCITRAL Rules), Partial Award, IIC 210 (2006), paras 222–243. Disponible en: http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1149

Además de estar establecidos en los tratados las condiciones a cumplirse para una expropiación y los criterios para determinar si ha ocurrido una expropiación o no, en éstos también se establecen los requisitos de la compensación.

Es de aclarar que desde el ámbito de los tribunales arbitrales no hay casos que hayan sido conocidos por ellos en donde se defina o establezca como deben entenderse cada uno de estos parámetros, por lo que, cada uno de estos parámetros son explicados únicamente desde el punto de vista doctrinario.

Los requisitos entonces, según el Art. 10.7 del CAFTA-DR son:

“2. La indemnización deberá¹⁴⁷:

- a. ser pagada sin demora;*
- b. ser equivalente al valor justo de mercado que tenga la inversión expropiada inmediatamente antes que la medida expropiatoria se haya llevado a cabo (“fecha de expropiación”);*
- c. no reflejar ningún cambio en el valor debido a que la intención de expropiar se haya conocido con antelación a la fecha de expropiación; y*
- d. ser completamente liquidable y libremente transferible”.*

Como se puede observar, en la indemnización deben concurrir todos estos requisitos, siendo dos de estos comunes a la reconocida expropiación directa, forzosa o de tipo clásico. Sin embargo se establece como requisito que la indemnización a pagar debe ser equivalente al valor justo de mercado

¹⁴⁷ Artículo 10.7. Tratado de Libre Comercio El Salvador- EEUU. CAFTA-DR

y que además se paguen los intereses que se exigen por parte de los mismos tratados.

Los presupuestos dados por la anterior normativa se explican brevemente a continuación.

a. La indemnización debe ser pagada sin demora.

Según los lineamientos del Banco Mundial para el tratamiento de las inversiones extranjeras, la compensación debe ser fijada por las mismas partes o por medio del arbitraje internacional si esto no es acordado por las partes.

Sin embargo, además de haberse establecido que sería fijada de cualquiera de las dos formas, estas indemnizaciones deben ser pagadas sin demora, es decir, debe realizarse el pago de la indemnización en el menor tiempo posible.

Por lo que, el mismo lineamiento establece que por **Pronta** debe entenderse, aquella que en circunstancias normales es pagada sin demora¹⁴⁸.

En los casos en donde el Estado se encuentra en circunstancias excepcionales: como se refleje en un acuerdo para el uso de los recursos del Fondo Monetario Internacional o bajo circunstancias objetivas similares del margen permitido en el ámbito internacional, la compensación puede ser pagada a plazos en un periodo que deberá ser del menor tiempo posible y el cual no excederá de más de cinco años desde el tiempo del despojo,

¹⁴⁸ Lineamientos del Banco Mundial para el tratamiento de las inversiones extranjeras. Comité de Desarrollo.

siempre que los intereses razonables del mercado sean aplicados en los pagos a plazos en la misma moneda.

b. La indemnización deberá ser equivalente al valor justo de mercado que tenga la inversión expropiada inmediatamente antes que la medida expropiatoria se haya llevado a cabo (“fecha de expropiación”);

Otro de los presupuestos que debe cumplir la indemnización es que debe establecerse el monto de la indemnización bajo el estándar del Valor Justo de Mercado.

El término “precio justo de mercado” puede ser establecido de varias maneras, así los Lineamientos del Banco Mundial para el Tratamiento de Inversiones Extranjeras Directas, manifiestan que este valor puede determinarse de acuerdo a un método¹⁴⁹ establecido previamente por el Estado y el inversor, por un tribunal, un organismo designado por las partes.

Además del término “valor justo de mercado” también se utilizan otros términos tendientes a establecer el monto de la indemnización, estos términos son: valor real de mercado, valor genuino o valor de mercado, refiriéndose siempre al mismo término¹⁵⁰.

¹⁴⁹ Para el establecimiento de los métodos a utilizar en la determinación de la composición puede consultarse los Lineamientos del Banco Mundial sobre el tratamiento de las Inversiones Extranjeras.

¹⁵⁰ United Nations Conference on Trade and Development. Key Terms and Concepts in IIAs: A Glossary. UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements. United Nations. New York and Geneva, 2004

En caso de que no exista un acuerdo sobre este punto o resolución basada sobre éste, el valor justo de mercado será aceptado si está determinado por el Estado de acuerdo a criterios razonables relacionados con el valor de mercado de la inversión.

El ejemplo de lo que se entiende por valor justo de mercado se expresa en el lineamiento del Banco Mundial y lo retoma el CIADI o ICSID en los diferentes laudos que ha emitido respecto a las reclamaciones de indemnización, así pues, por valor justo de mercado se entiende: “... *el precio, expresado en efectivo, al que una propiedad cambiaría de manos entre un comprador hipotético dispuesto a comprar y con capacidad de hacerlo y un vendedor hipotético con capacidad de vender, actuando como partes independientes en un mercado abierto y sin restricciones, cuando ninguno tiene la obligación de comprar o vender y cuando ambos tiene un conocimiento razonable de los hechos pertinentes*”¹⁵¹.

En casos de las nacionalizaciones realizadas a gran escala efectuadas en tiempos de revolución, guerras u otras situaciones similares, la compensación puede determinarse a través de negociaciones entre los Estados anfitriones y los inversores domiciliados. Si estas negociaciones no logran satisfacer a las partes entonces se determinará por medio de arbitraje internacional.

¹⁵¹ Azurix Corp. contra República Argentina, Decisión sobre la solicitud de anulación de la República Argentina Caso CIADI No ARB/01/12, pág. 179, párrafo 306 y 424. LG&E ENERGY CORP. LG&E CAPITAL CORP. LG&E INTERNATIONAL, INC. Contra República Argentina. Laudo. Caso CIADI No. ARB/02/1

Es de aclarar, que según la jurisprudencia de los tribunales arbitrales, el valor justo de mercado solo se podrá aplicar en aquellos casos de expropiaciones, y en los casos de incumplimiento de otras disposiciones del Tratado, el estándar de indemnización es *“el monto de la pérdida o daño adecuadamente conectado con el incumplimiento”* o el *“monto de los daños o las pérdidas efectivamente sufridas”*¹⁵².

Si el valor justo de mercado está denominado en una moneda de libre uso, la indemnización pagada no será inferior al valor justo de mercado en la fecha de la expropiación, más los intereses a una tasa comercialmente razonable por esa moneda, acumulados desde la fecha de la expropiación hasta la fecha del pago.

c. No reflejar ningún cambio en el valor debido a que la intención de expropiar se haya conocido con antelación a la fecha de expropiación; y

Si la decisión o la intención de expropiar se establece con anterioridad a la fecha en la cual se realizó, y dichos actos constituyeron una pérdida en el valor de la inversión, estos daños ocasionados al inversor pueden ser motivo de reclamo en el ámbito internacional, pues la sola intención de expropiar al causar detrimento económico en la inversión produce una deprivación a los derechos de propiedad del inversor.

d. Ser completamente liquidable y libremente transferible.

¹⁵² Azurix Corp. contra República Argentina, Decisión sobre la solicitud de anulación de la República Argentina Caso CIADI No ARB/01/12, pág. 162, párrafo 297, Literal b., y *Marvin Roy Feldman Karpa c. Estados Unidos Mexicanos*. Caso CIADI No. ARB(AF)/99/1, Laudo del 16 de diciembre de 2002, párr. 194.

Este criterio se refiere a la clase de moneda en la cual se efectuará la indemnización y que dicha moneda debe ser reconocida a nivel mundial para garantizarle al inversor su transferencia y la vigencia de su valor a nivel mundial.

Con respecto a este punto, los lineamientos dados por el banco mundial sobre el tratamiento de la inversión extranjera establecen este parámetro dentro de la consideración de la efectividad, y establece que la compensación será tomada como **Efectiva**: si es pagada en la moneda que haya sido introducida por el inversor donde permanezca convertible, en otra moneda que haya sido determinada por el Fondo Monetario Internacional como de libre uso¹⁵³ o alguna otra moneda que sea aceptada por el inversor.

Recientemente, se ha realizado la diferencia entre la compensación de las expropiaciones regulares y aquellas expropiaciones que no se han hecho conforme a derecho. Sobre este punto se establece que la compensación en casos en que la expropiación se haya realizado de manera legal - es decir, que se hayan cumplido los presupuestos establecidos doctrinariamente para la expropiación y cuyos parámetros acepta el derecho internacional- la indemnización se realizará conforme a lo establecido en el Tratado bilateral de inversión, tratado de libre comercio o acuerdo de protección a la inversión, mientras que aquellas expropiaciones que se hayan hecho desobedeciendo los parámetros aceptables dentro del derecho serán compensadas de

¹⁵³ Artículo XXX f) Por moneda de libre uso se entiende la de un país miembro que, a juicio del Fondo, i) se utilice ampliamente, de hecho, para realizar pagos por transacciones internacionales, y ii) se negocie extensamente en los principales mercados de divisas. Convenio Constitutivo del Fondo Monetario Internacional. Adoptado en la Conferencia Monetaria y Financiera de las Naciones Unidas celebrada en Bretton Woods, New Hampshire, el 22 de julio de 1944. Entró en vigor el 27 de diciembre de 1945.

acuerdo a lo establecido en el derecho internacional consuetudinario, ya que según lo establecido en el caso *ADC v Hungary* los parámetros establecidos en los tratados o acuerdos comerciales no pueden ser utilizados para compensar las expropiaciones que se realizaron desobedeciendo las normas legales.

Este parámetro dio paso a utilizar entonces el derecho consuetudinario, pues éste tiende a resarcir todas las consecuencias de un acto ilegal y además, posibilita al inversor de obtener una compensación de mayor valor que la que hubiera obtenido si hubiera utilizado el tratado o acuerdo de inversión¹⁵⁴.

La compensación de acuerdo a los criterios anteriores no podrá deberse o ser reducida en caso que la inversión sea tomada por el Estado como una sanción contra el inversor que haya violado las leyes y reglamentos del Estado que hayan estado en vigencia antes del despojo y que tal violación haya sido determinada por un tribunal. Sin embargo, las reclamaciones sobre materia de compensación deberán ser resueltas de acuerdo a lo acordado en la sección V de los lineamientos dados por el Banco Mundial para el tratamiento de las inversiones.

¹⁵⁴ BLACKABY, Nigel y otros. Op. Cit.. Pág.

CAPITULO IV: LA EXPROPIACIÓN EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL Y LA JURISPRUDENCIA

4.1 Introducción.

En el ámbito nacional la expropiación es regulada por aquellas leyes, que debido a su naturaleza, requieren de la expropiación para poder realizar con las funciones propuestas por las mismas.

Es así que leyes como la relativa a la administración de acueductos y alcantarillados y la ley básica de la reforma agraria retoma la figura de la expropiación de la manera en que tradicionalmente se ha llevado a cabo, es decir, de forma directa.

En el campo de la jurisprudencia se encuentran muy pocos fallos de los tribunales nacionales en donde se resuelvan las disputas surgidas de aquellas leyes que regulan la expropiación pero que no ha sido utilizada de forma regular, sin embargo, en el ámbito de las decisiones de expropiación realizadas bajo la ley básica de la reforma agraria y las relativas a la ley del ISTA se han dado una gran cantidad de casos, los cuales harán que el análisis y la comprensión de la expropiación en el ámbito nacional resulte de mayor facilidad.

El análisis de la legislación de nuestro país es de suma importancia, porque permite conocer como cada ley en particular contempla la figura de la expropiación forzosa, por tal razón hacer un estudio de estos ordenamientos jurídicos resulta interesante, aparejado a esto estudiar las resolución de los diferentes tribunales que han conocido casos de expropiación es nuestro país ayuda de manera relevante en el sentido que esto permite conocer los

diferentes criterios con los que los tribunales estiman la figura jurídica de la expropiación forzosa en nuestro país.

4.2 Regulación de la expropiación en la legislación nacional.

4.2.1 Código de Minería

Como ya se mencionó, la expropiación fue contemplada en el ámbito Constitucional en el año de 1950, pero en la legislación nacional de carácter secundario, ésta fue regulada en el Código de Minería de 1922¹⁵⁵, el cual ya se encuentra derogado en virtud de lo dispuesto en el artículo 75 del Decreto Legislativo numero 544, del 14 de diciembre de 1995 y publicado en Diario Oficial N° 16, tomo 330, del 24 de enero de 1996, decreto mejor conocido como Ley de Minería.

La expropiación en éste código fue vista como una disposición de carácter penal. Se encontraba regulada de forma tal que el dueño del fondo minero¹⁵⁶ podría solicitar la expropiación del inmueble en donde se encuentren sustancias o elementos sujetos de utilización o explotación minera.

¹⁵⁵ Código de Minería del 17 de agosto de 1922, publicada en el D. O. N° 183, Tomo N° 9.

¹⁵⁶ Art. 15.- código minero. Se entienden por fondo o predio minero la pertenencia o conjunto de pertenencias continuas, amparadas por título primordial o por título traslativo de dominio, derivado de aquél.

Al ser considerada la industria minera de utilidad pública¹⁵⁷, la propiedad de la misma solo podría ser adquirida por medio de la concesión que la Administración Pública haya realizado conforme a lo establecido en dicho cuerpo normativo¹⁵⁸, sin embargo existían limitaciones al derecho de la propiedad de los particulares, pues si en la propiedad de un particular existía un fundo minero, éste no podía impedir que en terreno de su propiedad se labrarán minas, o se emprendieran trabajos para edificación de ingenios de su beneficio, se establezcan lavaderos, laderos, escoriales o placeres, se abran vías de comunicación o de tránsito o se ejecuten otras obras semejantes, para el servicio de las minas¹⁵⁹, en dado caso el propietario del inmueble en

¹⁵⁷ Art. 17 La industria minera es de utilidad pública; en consecuencia los dueños de fundos mineros tienen derecho de expropiar en los casos y condiciones que señala este Código

¹⁵⁸ Art. 21.- Toda concesión hecha de conformidad con la presente Ley, trasfiere al concesionario el dominio de la mina y puede desde entonces disponer libremente de ella y de sus frutos como cosa propia.

¹⁵⁹ Art. 88.- Ningún particular ni corporación puede impedir que en terreno de su propiedad se labren minas, se emprendan trabajos para edificación de ingenios de su beneficio, se establezcan lavaderos, laderos, escoriales o placeres, se abran vías de comunicación o de tránsito o se ejecuten otras obras semejantes, para el servicio de las minas, dentro de los límites expresados en la primera parte del inciso 2o. de este mismo artículo y de conformidad con lo dispuesto en el artículo que sigue.

El concesionario tendrá derecho de ocupar dentro de los límites de las pertenencias de su fundo minero la porción de terreno superficial que estrictamente necesite para el aprovechamiento y explotación de los criaderos superficiales, para los edificios, dependencias y necesidades de la explotación minera, y para las instalaciones que exija el beneficio de los minerales que procedan del fundo y de los que se les sean anexos, pertenecientes al mismo dueño. También tendrá derecho de ocupar dentro y fuera del perímetro de sus pertencias y con sujeción a las prevenciones de este Código y leyes

donde se encuentre ubicado un fundo minero- que ya ha sido transferido a un concesionario conforme a lo establecido en el Código de Minería- el dueño del fundo podrá realizar la petición de expropiación ante el Gobernador del lugar en donde se encuentre el fundo minero.

El gobernador por su parte, debería nombrar a los peritos que serán los encargados de establecer la cuantía y la forma en que se llevará a cabo la expropiación del bien inmueble y la extensión de terreno que ha de expropiarse, con la salvedad que el encargado de pagar la indemnización sería el concesionario, que haría las veces de dueño del fundo minero o el Estado si el fundo no había sido concesionado a la fecha.

La indemnización sería fijada por los peritos, dando la posibilidad de impugnar el valor de la indemnización solicitándose ante el Gobernador una tasación, la cual se realizaría por peritos, quienes a su vez podrán nombrar un tercero en discordia quien realizaría un examen de los informes dados y determinaría la cuantía de la indemnización o la extensión de terreno a expropiar¹⁶⁰.

En dado caso para emitir su dictamen los peritos deberían tomar en consideración:

- 1o. El valor intrínseco del terreno ocupado y el demérito consiguiente del terreno no ocupado;
- 2o. Si el terreno es improductivo, o si el dueño acostumbra cultivarlo;

secundarias en la materia, el terreno necesario para el establecimiento de vías férreas económicas al servicio de la empresa

¹⁶⁰ Art. 187.- Si los interesados no se conviniesen en el valor de la indemnización, el particular interesado se presentará al Gobernador, pidiendo la tasación.

- 3o. Si se encuentra sembrado o plantado y la clase de siembra o plantío y su valor;
- 4o. Si el perjuicio consiste simplemente en la ocupación del terreno;
- 5o. Si el terreno puede quedar inutilizado por causa de los trabajos;
- 6o. Si la ocupación, aunque parcial del terreno, priva al propietario del provecho o beneficio que reporta de todo él; y
- 7o. Si hay edificios obras o construcciones comprendidas, su clase y valor que deba dárseles, según los servicios que prestan o los objetos a que están destinados.

Es decir, que en el valor de la indemnización a pagar por haberse realizado una expropiación o servidumbre, se deberían incluir las mejoras que sobre el inmueble se hubieren realizado.

Posteriormente, se realizó una nueva Constitución en la cual se brindó a la propiedad el carácter de inviolable, siendo necesario el establecimiento de nuevos procesos y parámetros a aplicar en casos de necesitar realizarse una expropiación, por lo que fue necesaria la creación de una nueva normativa que regulara dichos procesos.

A dicha normativa se le dio el nombre de Ley de Expropiación y de Ocupación de Bienes por el Estado, la cual se comentará a continuación.

4.2.2 Ley de Expropiación y de Ocupación de Bienes por el Estado¹⁶¹.

La Ley de Expropiación y de Ocupación de Bienes por el Estado establece el procedimiento especial que ha de seguirse en los casos en que una persona puede ser privada de sus bienes por causa de utilidad pública legalmente comprobada y previa una justa indemnización.

A éste efecto y para realizar la declaración de utilidad pública en casos de necesitarse, la ley declara de utilidad pública¹⁶² las obras o trabajos que se necesiten para la prestación de cualquier servicio público, ya sean costeados por el Estado, por el Municipio, por entidades oficiales debidamente autorizadas para llevarlos a cabo, o por empresas particulares o concesionarios que en virtud de contrata con el Estado o Municipio, legalmente celebrada y aprobada, estén obligados a ejecutarlos, los terrenos que fueren necesarios a la Administración Pública para obras de forestación y de conservación de suelos, las patentes de invención, cuando el libre uso de los objetos y procedimientos amparados por ellas sea susceptible de crear un ramo importante de riqueza nacional o de cooperar a la defensa del país y la Industria Minera, la cual se remite directamente al art. 17 del Código de Minería¹⁶³.

¹⁶¹ Ley de Expropiación y de Ocupación de Bienes por el Estado del 25 de julio de 1939, publicada en el D.O. número 174, tomo 127 del 17 de agosto de 1939.

¹⁶² Art. 2 Ley de Expropiación y de Ocupación de Bienes por el Estado

¹⁶³ Art. 17.- La industria minera es de utilidad pública; en consecuencia los dueños de fundos mineros tienen derecho de expropiar en los casos y condiciones que señala este Código

Así los bienes declarados como necesarios para la consecución de los fines del Estado son susceptibles de expropiación, siempre y cuando se garanticen los derechos de los propietarios consagrados en la Constitución de la República¹⁶⁴ y se siga el procedimiento que la ley establece.

Manifiesta la misma ley que no podrá decretarse la expropiación en los casos contemplados anteriormente si otra persona o empresa pública o privada está utilizando los bienes que se pretendiere expropiar, con el mismo objeto que motive la solicitud, o en otro de igual o mayor importancia, así como el establecimiento de la posibilidad de que en caso se considerase de utilidad pública nacionalizar o municipalizar un servicio público prestado por particulares, podrá el Estado expropiar los bienes destinados a su prestación. Los parámetros que deben seguirse para determinar la compensación, en caso que se realizara una expropiación, están contemplados en los supuestos contenidos en la ley, así manifiesta, que el interesado – es decir el Estado-, debe tratar de llegar a un acuerdo con el propietario sobre la cuantía de la indemnización de lo que se enajene o se ceda¹⁶⁵.

Siempre que se trate de ejecutar una obra de utilidad pública de las indicadas en la presente ley, o de ocupar bienes de particulares, el

¹⁶⁴ Según el artículo 1 de la ley en estudio, se debían observar los límites y requisitos establecidos por el artículo 50 de la Constitución Política de 1939

¹⁶⁵ Art. 3.- Siempre que se trate de ejecutar una obra de utilidad pública de las indicadas en la presente ley, o de ocupar bienes de particulares, el interesado como acto previo a la expropiación deberá tratar de llegar, dentro de un plazo prudencial que no perjudique los fines perseguidos, a un arreglo con el propietario sobre el precio que deba pagarse como valor de lo que se enajene o ceda.

interesado como acto previo a la expropiación deberá tratar de llegar, dentro de un plazo prudencial que no perjudique los fines perseguidos, a un arreglo con el propietario sobre el precio que deba pagarse como valor de lo que se enajene o ceda.

En caso no se logró llegar a un acuerdo sobre la cuantía de la indemnización, se procederá a la expropiación forzosa, la cual deberá contar con ciertos requisitos tales como la declaración de la utilidad pública, la declaración de la necesidad de contar con todo o parte de los bienes que se pretenden expropiar, lo que se considera justo pagar por el bien que se vaya a enajenar o vender y verificarse el pago de la indemnización de lo que se haya enajenado o cedido, en caso de deberse el pago de la indemnización por haber sido ocupado el bien con anterioridad al pago de la misma, se deberá establecer la forma en que se verificará el pago.

La declaración de la utilidad pública y de la necesidad será realizada por la autoridad que la ley faculta para tal efecto mientras que el monto de la indemnización será determinada por el estudio realizado por peritos que el juez competente haya nombrado.

El precio que se fije como indemnización no podrá ser mayor en un veinticinco por ciento del que el dueño hubiere dado en los dos años anteriores en sus declaraciones ante la Dirección General de Contribuciones¹⁶⁶; o del que aparezca en la escritura de adquisición, sin recargo, si la propiedad se hubiere adquirido dentro de los últimos tres

¹⁶⁶ A partir de 1990 es la **Dirección General De Impuestos Internos**

años¹⁶⁷. Dentro del valor de la indemnización deberá incluirse los daños y perjuicios que se ocasionarán al propietario por motivo de la expropiación.

Además, la ley establece la retrocesión de la expropiación, al establecer que en el caso de no ejecutarse la obra que motivó la expropiación, o en el caso que aún ejecutada resultase algún sobrante, así como en el de quedar las fincas sin aplicación por haber terminado el objeto de la enajenación forzosa, si el adquirente quisiere vender el predio, lo hará saber al expropiado, quien tendrá derecho preferente a recobrarlo, devolviendo la suma recibida o la que proporcionalmente corresponda a la parcela sobrante, aumentada con el valor de las mejoras necesarias o útiles que hubiere o disminuida en la estimación de los deterioros que haya experimentado por los perjuicios que se hubieren seguido de la expropiación; todo a justa tasación de peritos¹⁶⁸.

¹⁶⁷ Art. 4.- Si no hubiere avenimiento sobre el precio, o algún otro punto de la negociación, se procederá a la expropiación forzosa, llenando los requisitos siguientes:

- 1.- Declaración de que el fin perseguido es de utilidad pública.
- 2.- Declaración de que para satisfacerlo se necesita indispensablemente el todo o parte de los bienes que se pretende expropiar.
- 3.- Justiprecio de lo que se haya de enajenar o ceder.
- 4.- Pago del precio que representa la indemnización de lo que forzosamente se enajene o ceda, y el establecimiento de la forma de pago cuando este haya de ser posterior a la ocupación.

El precio que se fije no podrá ser mayor en un veinticinco por ciento del que el dueño hubiere dado en los dos años anteriores en sus declaraciones ante la Dirección General de Contribuciones; o del que aparezca en la escritura de adquisición, sin recargo, si la propiedad se hubiere adquirido dentro de los últimos tres años.

¹⁶⁸ Art. 27.- En el caso de no ejecutarse la obra que motivó la expropiación, o en el de que aun ejecutada resultase algún sobrante, así como en el de quedar las fincas sin aplicación por haber terminado el objeto de la enajenación forzosa, si el adquirente quisiere vender el predio, lo hará saber al expropiado, quien tendrá derecho preferente a recobrarlo,

4.2.3 Ley de Desarrollo y Ordenamiento Territorial del Área Metropolitana de San Salvador y de los Municipios Aledaños¹⁶⁹.

La ley de desarrollo y ordenamiento territorial del área metropolitana de san salvador y de los municipios aledaños tiene por objeto regular el ordenamiento territorial y el desarrollo urbano y rural del Área Metropolitana de San Salvador y Municipios Aledaños, mediante el mejor aprovechamiento de los recursos de las distintas zonas y la plena utilización de los instrumentos de planeación.

La ley de desarrollo estipula la expropiación como parte del proceso de desarrollo y ordenamiento del área metropolitana y de los municipios aledaños, regulando las condiciones bajo las cuales se realizarían las expropiaciones que fueran necesarias para lograr cumplir con la finalidad de dicha ley.

Así, manifiesta que aquellas estructuras que no se encuentren dentro de los parámetros de infraestructura o de estructura que contempla el plan metropolitano de desarrollo y ordenamiento territorial, serán calificados como

devolviendo la suma recibida o la que proporcionalmente corresponda a la parcela sobrante, aumentada con el valor de las mejoras necesarias o útiles que hubiere o disminuída en la estimación de los deterioros que haya experimentado por los perjuicios que se hubieren seguido de la expropiación; todo a justa tasación de peritos, de conformidad a esta ley.

Si pasados tres meses después de la notificación, el expropiado no usare del derecho que le concede el inciso anterior, cualquiera que fuere el motivo, podrá el expropiador enajenarlo libremente.

¹⁶⁹ Ley de Desarrollo y Ordenamiento Territorial del Área Metropolitana de San Salvador y de los Municipios Aledaños del 8 de diciembre de 1993, publicada en el D.O. núm. 18, tomo 322.

“fuera de desarrollo” lo cual implica que no podrán realizarse mejoras de infraestructura para incrementar el valor del inmueble en caso que sea necesaria la expropiación del bien¹⁷⁰.

En caso de necesitarse la expropiación de un inmueble, se realizarán las diligencias, bajo el proceso común de expropiación, que permitirán declarar la utilidad pública de los inmuebles sobre los cuales se desea adquirir el dominio¹⁷¹.

El uso que según la ley deberá darse al inmueble que fue objeto de expropiación, será exclusivamente para el fin que fue expropiado, de lo contrario el propietario tendrá derecho a recuperarlo por medio de la retrocesión con el único requisito de devolverle al Municipio o al Estado -

¹⁷⁰ Art. 25.- Las estructuras o infraestructuras existentes que a la fecha de aprobación del Plan Metropolitano de Desarrollo y Ordenamiento Territorial del AMSS, no estuvieren de conformidad con el mismo, serán calificadas como fuera de desarrollo, no pudiendo realizarse en ellas obras de consolidación y aumento de volumen, modernización o cualquier otra que incremente su valor de expropiación, pudiendo únicamente realizar las reparaciones indispensables para mantener la higiene, el ornato y la conservación del inmueble.

¹⁷¹ Art. 28 .- La aprobación del Plan Metropolitano de Desarrollo y Ordenamiento Territorial del AMSS, dará lugar a iniciar el procedimiento correspondiente ante los tribunales competentes, a fin de que sean declarados de utilidad pública los inmuebles que de acuerdo con las determinaciones del Plan, hayan de ser objeto de expropiación o imposición de servidumbre de conformidad al Código Municipal.

dependiendo que quien realizó la expropiación del bien- lo que en concepto de indemnización se recibió¹⁷².

Sobre el proceso a seguir para fijar cuantía y modo de pago de la indemnización no se establece nada, sin embargo, en virtud del derecho común, podría fijarse la cuantía y modo de pago por medio de las reglas y procedimientos establecidos en la ley de expropiación y ocupación de bienes de Estado.

Una de las ventajas que la presente ley otorga a los propietarios, es que da la posibilidad de impugnar mediante apelación, cualquier disposición urbanística que afecte el derecho de propiedad¹⁷³.

Sobre este punto, la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, al realizar el análisis de un caso referente a la limitación de derecho de propiedad estableció que no todos los actos que la administración realice

¹⁷² Art. 29 .- Todo inmueble que en virtud de haber sido declarado de utilidad pública fuere expropiado, deberá ser utilizado exclusivamente para el fin específico que motivó su expropiación.

En caso de que se realizare el Plan Metropolitano u obra sin que el inmueble expropiado fuere utilizado, el expropiado tendrá derecho a la devolución del bien, previo reembolso a favor del Estado o del Municipio según el caso, de la cantidad de dinero que recibió en concepto de indemnización.

¹⁷³ Art. 26.- Toda persona natural o jurídica tendrá el derecho de apelar ante el COAMSS, por una disposición urbanística que a su juicio perjudique a su propiedad, dentro de los noventa días siguientes contados a partir de su notificación.

El COAMSS, oirá dentro del término de quince días a la OPAMSS, y conteste o no, resolverá dentro de los treinta días siguientes.

y que interfieran con la propiedad, serán constitutivos de una limitación sobre la misma¹⁷⁴.

4.2.4 Ley Especial de Protección al Patrimonio Cultural de El Salvador¹⁷⁵

La LEY ESPECIAL DE PROTECCION AL PATRIMONIO CULTURAL DE EL SALVADOR tiene como principal objetivo regular el rescate, investigación, conservación, protección, promoción, fomento, desarrollo, difusión y valoración del Patrimonio o Tesoro Cultural Salvadoreño.

¹⁷⁴ “De modo previo al estudio sobre el fondo del proceso, esta Sala estima pertinente aclarar algunos aspectos relativos a la suplencia de la queja deficiente que este Tribunal ha hecho en el presente caso, específicamente en relación con el derecho de propiedad que se supone lesionado.

La parte actora. en su demanda, señala que los derechos protegidos por la Constitución que le han sido violados son los derechos de propiedad y audiencia así como el principio de legalidad. Sin embargo, específicamente en cuanto al primero de los derechos, este Tribunal, considera que si bien es cierto, podría confundirse con el derecho de propiedad, en el caso que nos ocupa se trata más bien de un "derecho a la libertad económica", ya que se trata de una actividad humana que, también genéricamente, presupone normalmente un trabajo o una profesión de quien realiza tal actividad. Tal derecho, -el cual, más adelante será analizado y aplicado al caso concreto-, se encuentra consagrado en nuestra Constitución en el artículo 102 inciso I', que literalmente prescribe: "Se garantiza la libertad económica en lo que no se oponga al interés social'....

Por lo anterior, esta Sala aclara que aunque la parte demandante denomine la categoría jurídica material violentada como derecho de propiedad, puede suplirse su argumentación en el sentido de entender que en este caso en particular, lo que la Constitución y las leyes garantizan es el derecho a la libertad económica. ” Sentencia Definitiva de Amparo. Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, del 04 de mayo de 1999. Ref. 132-9.

¹⁷⁵ Ley Especial De Protección Al Patrimonio Cultural De El Salvador del 26 de mayo de 1993, publicada en el D.O. núm. 98, tomo 319

Para tal fin se requiere la posibilidad de la expropiación de aquellos bienes que sean considerados como de importancia o gran valor cultural.

Es por ello que la ley da la facultad a la administración pública de adquirir bienes denominados por la ley como bienes culturales. Al ser inscrito un bien cultural, éste podría ser objeto de la adquisición por parte del Estado ya sea de forma directa o por medio de la expropiación, para lo cual se deben cumplir con los requisitos que la Constitución de la República establece, es decir, haber sido declarado de utilidad pública y previa indemnización¹⁷⁶.

Además establece dicha normativa que la expropiación procederá, cuando el propietario o tenedor no cumpla con las obligaciones de conservar y cuidar el bien que ha sido calificado como cultural. Así mismo procederá en caso que el bien haya sido declarado monumento nacional o por haber sido objeto de declararse de utilidad pública, con lo cual se deberá verificar que las diligencias de declaración sean realizadas de acuerdo al procedimiento establecido en el derecho común, es decir, por un juez de primera

¹⁷⁶ Art. 28.- Inscrito el bien cultural mueble, así como el área, zona o sitio cultural en el Registro respectivo, el Estado establecerá a través del Ministerio los criterios para adquirir su propiedad por negociación directa o mediante expropiación, de conformidad a lo prescrito en la Constitución de la República, previa indemnización.

Podrá así mismo, celebrar convenios con el propietario, poseedor o tenedor, para la preservación, conservación, restauración y mantenimiento de los bienes culturales de que se trate.

El Estado podrá realizar contratos de arrendamiento, comodato o fideicomiso de un bien cultural público en propiedad del Estado, a fin de garantizar el goce de los servicios del bien a la mayoría de la población a criterio del Ministerio y para fines estrictamente culturales.

instancia¹⁷⁷. Además de establecerse, que los bienes que no fueron debidamente cuidados y resguardados deberán pasar a manos del Estado, además de establecerse sanciones pecuniarias debido al daño que pudo haberse ocasionado al bien.

Los bienes que pasen a manos del Estado en virtud de la expropiación ingresarán al patrimonio cultural salvadoreño, previa indemnización, la cual será fijada por el valuó que realice el personal designado para tal efecto y que pertenezca al Ministerio de Educación.

4.2.5 Ley de la Administración Nacional de Acueductos y Alcantarillados. (ANDA)

Según esta Ley pueden expropiarse uno o varios inmuebles sin importar si estos son de uno o de varios dueños, en caso de no poder adquirirlos por medio de contratación directa con el propietario, es decir, por medio de acuerdo que garantice el traspaso del inmueble, siempre y cuando medie una causa de utilidad pública o de interés social así como lo establece la Constitución de la República.

La indemnización como tal, es uno de los requisitos fundamentales de la expropiación como lo establece la doctrina y que es recogida por nuestra constitución y ésta podrá ser no previa si las circunstancias así lo determinan.

¹⁷⁷ Art. 32.- Procederá a la expropiación de un bien cultural mueble o inmueble, cuando el propietario o tenedor no cumpla con las medidas de conservación; cuando haya sido declarado monumento nacional y no se cumpla con tales medidas o por causa de utilidad pública previamente calificada por el juez competente, mediante el procedimiento establecido en el derecho común.

Esta ley establece un procedimiento relativamente sencillo, en el sentido que deberá conocer un juez competente, cumplir con las etapas procesales, hasta llegar a una sentencia que decreta la expropiación o que la declare sin lugar. Si se decreta la expropiación, en la Sentencia se debe establecer el monto de la indemnización la cual debe ser previa por regla general, pero podrá diferir si la expropiación tuviera carácter de urgente como lo establece el artículo 62 de esta ley.

Por otro lado es prioritario determinar cómo esta ley establece el procedimiento a seguir para llevar a cabo el proceso expropiatorio amparado con esta ley, y podemos identificar los siguientes elementos:

- a) El proceso se inicia por una demanda.
- b) Deberá conocer el juez competente.
- c) El emplazamiento se hará por medio de un aviso que se publicará una sola vez en el Diario Oficial y en tres de los periódicos de mayor circulación en la República
- d) Termino probatorio por ocho días improrrogables donde las partes presentaran sus respectivos argumentos
- e) Sentencia definitiva decretando la expropiación o declarándola sin lugar

Cabe aclarar que la causa en que el juez funde su sentencia será por dictamen técnico realizado por peritos nombrados por él mismo.

4.2.6 Ley Especial para la Afectación y Destino de las Tierras Rústicas Excedentes de las 245 Hectáreas¹⁷⁸

¹⁷⁸ Ley Especial para la Afectación y Destino de las Tierras Rústicas Excedentes de las 245 Hectáreas del 26 de febrero de 1988 publicada en el D.O. núm. 29, tomo 840

La ley especial para la afectación y destino de las tierras rústicas excedentes de las 245 hectáreas declara la expropiación de aquellas propiedades que como su nombre lo indica, excedían de doscientas cuarenta y cinco hectáreas de tierras rústica, límite que fue establecido por la Constitución de 1983 en su artículo 105 .

El presupuesto para que se realicen la expropiación en este caso es que por causa imputable a sus propietarios o poseedores no fue transferido en el plazo de tres años que establecía el mismo artículo.

Así mismo y en cumplimiento a lo establecido en dicho artículo, la ley especial para la afectación y destino de las tierras surge para determinar el destino de las tierras que no hayan sido transferidas, al finalizar el período anteriormente establecido.

La ley manifiesta que el ente rector en ésta ley es el Instituto Salvadoreño de Transformación Agraria (ISTA), el cual deberá asumir la titularidad de los bienes inmuebles que hayan sido expropiados, al asumir la titularidad, el ISTA deberá ser el encargado de realizar el pago de los bienes expropiados, dicho pago deberá realizarse de forma inmediata por medio de los bonos de la Reforma Agraria¹⁷⁹ al expropiado, que deberá comparecer ante el ISTA a recibirla.

¹⁷⁹ Art. 9.- El ISTA pagará de inmediato los bienes expropiados por esta Ley, por medio de bonos de la Reforma Agraria, serie "C", emitidos con base en la Ley Especial de Emisión de Bonos de Reforma Agraria, contenida en el Decreto 220 de la Junta Revolucionaria de Gobierno, de fecha 9 de mayo de 1980, publicado en el Diario Oficial N° 86, Tomo 267, de la misma fecha. Estos bonos comenzarán a devengar intereses a partir de la fecha de expropiación.

El pago inmediato no podrá verificarse en todos los casos ya que si el monto excede de diez millones de colones,¹⁸⁰ podrá pagarse a plazos.

La forma en la cual se realizaría la determinación de la indemnización no se establece en dicha ley, por lo que se deberá hacer uso de las disposiciones contenidas sobre ese punto en la Ley de Expropiación y de Ocupación de Bienes por el Estado.

Cuando el monto exceda de diez millones de colones, podrá pagarse a plazos.

Los bonos pagados de acuerdo con esta Ley serán aceptados como garantía para la obtención de financiamiento en las instituciones financieras, para proyectos que se destinen a los siguientes fines:

- a) Inversión en mejoras de cultivos permanentes o ampliación de los mismos;
- b) Inversión en mejoras de suelos, obras de infraestructura de riego, instalaciones agrícolas o pecuarias;
- c) Compra de maquinaria o equipo que sirva directamente a los fines de la explotación agrícola, pecuaria, forestal, pesquera, avícola y cualquier otra que tienda a conservar o explotar racionalmente los recursos naturales renovables;
- d) Para la instalación o ampliación de agroindustrias, de conformidad a las leyes de la materia.

Además, deberán ser aceptados al 100% de su valor nominal para el pago de los impuestos sucesorales y de donación.

¹⁸⁰ 1142857.14 de Dólares.

4.2.7 Ley Básica De La Reforma Agraria¹⁸¹

En ésta ley se reconoce y garantiza la propiedad privada en función social y por tal motivo pueden expropiarse los inmuebles por naturaleza, por adherencia y por destinación de uso agrícola, ganadero y forestal, con las excepciones y limitaciones que la misma ley establece. Asimismo queda afectado el ganado, maquinaria y equipo que se encuentre permanentemente en el inmueble intervenido y hayan sido usados directamente para el normal y eficiente desarrollo de las labores productivas de esa unidad, siempre y cuando sea por causa de utilidad pública o de interés social.

La expropiación procede por Ministerio de Ley y podrá el Estado tomar posesión de los bienes aún cuando no se haya formalizado el traspaso de los mismos. La Certificación de esta Acta servirá de título de dominio y se deberá inscribir en el correspondiente Registro de la Propiedad Raíz. El ISTA, en dicha acta de intervención y posesión debe hacer constar el Derecho a la indemnización que tiene el propietario.

El avalúo que se realizara para determinar el valor del precio o indemnización se pagará parte en efectivo y parte en bonos de la reforma agraria y su monto se determinará en base al promedio del valor declarado por sus propietarios en los ejercicios impositivos para impuesto de vialidad durante los años 1976 y 1977, si no fuere posible de esta manera se hará por

¹⁸¹ Ley Básica de la Reforma Agraria del 5 de marzo de 1980, publicada en el D. O. número 46 tomo 266

medio de un valor estimado al momento de manifestar su voluntad de vender¹⁸².

El ISTA resolverá su acuerdo o desacuerdo con el precio propuesto. En caso de desacuerdo el ISTA hará una contraoferta, sobre la que deberá manifestarse el propietario dentro del tercero día hábil de que fuese notificado. Si rechazare la contraoferta se procederá a la expropiación y se indemnizará con base al precio allí determinado¹⁸³.

Si el propietario no compareciere, el monto de la indemnización será fijado por el ISTA tomando en cuenta el valor promedio de los inmuebles de la misma clase ubicados en la zona. En caso que los propietarios no se presentaren a recoger la indemnización, el ISTA la depositará en el Banco de Fomento Agropecuario y se tendrá por pagada la indemnización.

¹⁸² Art. 13.- El precio o indemnización de las tierras y demás bienes que se adquieran se pagará parte en efectivo y parte en bonos de la reforma agraria y su monto se determinará en base al promedio del valor declarado por sus propietarios en los ejercicios impositivos para impuesto de vialidad durante los años 1976 y 1977.

Si el propietario no hubiere declarado el valor del inmueble en los ejercicios impositivos determinados anteriormente, expresará el valor en que estime los bienes afectados, al momento de manifestar su voluntad de vender.

El ISTA resolverá en la siguiente sesión de Junta Directiva, su acuerdo o desacuerdo con el precio propuesto. En caso de desacuerdo el ISTA hará una contraoferta, sobre la que deberá manifestarse el propietario dentro del tercero día hábil de que fuese notificado. Si rechazare la contraoferta se procederá a la expropiación y se indemnizará con base al precio allí determinado.

Si el propietario no compareciere, el monto de la indemnización será fijado por el ISTA tomando en cuenta el valor promedio de los inmuebles de la misma clase ubicados en la zona.

¹⁸³ Ibid.

Así mismo, la ley establece las formas en que serán repartidos los porcentajes entre dinero y bonos y cuáles serán los bonos que se emitirán para pagar la indemnización.

4.2.8 Ley del ISTA

En esta Ley también se contempla la posibilidad de que el ISTA pueda expropiar por causa de utilidad pública y de interés social, aquellos bienes muebles e inmuebles que no han sido cedidos por los propietarios voluntariamente.

Uno de los aspectos que es de gran relevancia en este cuerpo normativo es que la declaración de utilidad pública está contemplada en la misma, es decir, que la ley misma declara cuales son los bienes que poseen esta calidad, sin necesidad de que exista una declaración previa de otro órgano competente del Estado.

Con relación al procedimiento que determina la ley , será competente para conocer sobre el Juicio de Expropiación los Jueces de Primera Instancia que conozcan en materia civil del Distrito Judicial donde se encuentra el inmueble a expropiar y si hubieran varios Jueces competentes podrá conocer cualquiera de ellos.

También se infiere que en dicha Ley el procedimiento que se debe seguir en los Juicios de Expropiación se ven marcadas todas las etapas del juicio desde la interposición de la demanda hasta la ejecutoria de la Sentencia.

Es a través de una Sentencia pronunciada por un juez competente donde se decretará la expropiación o se declara sin lugar.

La forma para determinar el justiprecio de los predios rústicos es a través de dos peritos nombrados por parte del Ministerio de Hacienda quienes tendrán la obligación de valorar o tomar en cuenta todos los elementos, circunstancias y condiciones que determinen dicho valor, tomando en cuenta, según jurisprudencia, las mejoras que posea el bien objeto de expropiación.

Las mejoras, se traducen en un incremento de la capacidad productiva, o del valor en globo del inmueble. Constituyen así un valor patrimonial, que debe ser retribuido al inversor por quien se apropie de ellas. De esta manera se ejecuta un acto de justicia en aquél, y se evita en éste un enriquecimiento indebido.

En sentencia pronunciada por la Sala de lo Contencioso Administrativa a las doce horas del día diez de marzo de mil novecientos ochenta y nueve, dejó sentado que a las mejoras introducidas a la empresa agrícola ha de asignársele un valor independiente al de la tierra. Similar criterio se estableció en resolución de las once horas del día veintiséis de junio de mil novecientos ochenta y nueve, así, fueron declaradas ilegales todas aquellas resoluciones pronunciadas por el Instituto Salvadoreño de Transformación Agraria al negar el pago de la indemnización por las mejoras, por el hecho que las mejoras introducidas en la empresa agrícola como lo son en este caso equipo, maquinaria, obras civiles como bordas, pista de aterrizaje, muelle, tendidos de energía eléctrica, bodegas, báscula, etc, forman parte del objeto expropiado”¹⁸⁴.

¹⁸⁴ Sala De Lo Contencioso Administrativo *Sentencia definitiva* del día veintiséis de mayo de mil novecientos noventa y ocho. Ref. 70-M-94

El objeto expropiado lo constituye tanto los bienes inmuebles por adherencia y destinación que se encontraren al momento de la expropiación, como las mejoras que en él se hubieren realizado¹⁸⁵.

En el Juicio de expropiación, por regla general el pago de la indemnización debe ser previa, pero podrá hacerse total o parcialmente en bonos si el expropiado manifiesta estar de acuerdo y si en la sentencia de expropiación se resuelve que el pago de la indemnización debe hacerse a plazo, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 106 de la Constitución de la Republica, lo mismo podrá efectuarse en bonos de transformación agraria siempre que el vencimiento de éstos coincida con los plazos señalados para el pago y el expropiado manifiestare su aceptación en el juicio. En este caso en particular es preciso definir en qué consisten los llamados “bonos” de la Reforma Agraria y se definen como” El bono u obligación negociable es un título valor que incorpora la participación de su tenedor, en un crédito colectivo a cargo de la entidad emisora. O dicho en otras palabras, incorpora una parte alícuota de una deuda de la entidad emisora, a favor del conjunto de tenedores, los cuales constituyen una colectividad”¹⁸⁶.

4.2.9 Ley de La Comisión Ejecutiva Hidroeléctrica del Río Lempa

Todos los bienes muebles y raíces y sus accesorios que la Comisión estime necesarios serán declarados de utilidad pública y podrán ser expropiados.

¹⁸⁵ <http://www.csj.gob.sv/lineas%20jurisprudenciales.nsf/7ed21ad699499a6d06256d2b0058c5f5/aa2f29790acbde460625699e005a3c32?OpenDocument>

¹⁸⁶ LARA VELADO, Roberto, *Introducción al Estudio del Derecho Mercantil*, Editorial Universitaria, Primera Edición, El Salvado, 1972. Pág. 172

Se declara necesaria la expropiación de los inmuebles que deban ser inundados por los embalses, de los que tenga que utilizarse para establecer, servir o atender las presas, plantas, colectores, yacimientos, pozos, almacenes, oficinas y demás instalaciones principales o accesorias a las obras que emprende la Comisión, por si o por concesionario o contratista, así como los terrenos, servidumbres o derechos de vía necesarios para construir, operar y mantener líneas de transmisión, canales, ductos y demás instalaciones necesarias para el mantenimiento y operación de sus sistemas.

En esta ley no se contempla el procedimiento a seguir en los juicios de expropiación ni tampoco hace referencia al Juez competente para conocer de esta clase de juicios, asimismo no se determina si se deben seguir todas las etapas procesales, solo se menciona que si procede la expropiación por causa de utilidad pública e interés social.

4.2.10 Código Municipal

Cuando el Consejo Municipal requiera de la adquisición de un inmueble lo podrá hacer también mediante la vía forzosa, es decir a través del procedimiento de expropiación que procede por causa de utilidad pública y de interés social.

Será competente para conocer del juicio de expropiación los Jueces de lo Civil o en su defecto el Juez de Primera Instancia a cuya jurisdicción correspondiere el municipio interesado. Cuando hubieran dos o más jueces competentes conocerán a prevención.

También podemos contemplar en dicho Código el procedimiento que se debe seguir en los Juicios de Expropiación y se ven marcadas todas las

etapas del juicio desde la interposición de la demanda hasta la ejecutoria de la Sentencia.

Para determinar el justiprecio de los inmuebles se hará por medio de valúo que realizarán dos peritos nombrados por el Juez competente y quienes deberán ser analistas de la Dirección General del Presupuesto.

Es por medio de Sentencia definitiva que se declara la utilidad pública o el interés social local, y se decreta la expropiación o se declara sin lugar, en el primer caso se determinará el valor de la indemnización con base en los valúos realizados por los dos peritos nombrados por el Juez competente con respecto a cada inmueble y la forma y condiciones del pago.

4.2.11 Ley De Inversiones

La expropiación procederá por causa de utilidad pública o de interés social y previa una justa indemnización a excepción cuando la expropiación sea motivada por causas provenientes de guerra, de calamidad pública o cuando tenga por objeto el aprovisionamiento de agua o de energía eléctrica, o la construcción de viviendas o de carreteras, caminos o vías públicas de cualquier clase, la indemnización podrá no ser previa.

Cuando lo justifique el monto de la indemnización, el pago podrá hacerse a plazos, en cuyo caso se reconocerán los intereses bancarios que correspondan. Dicho pago deberá hacerse preferentemente en efectivo.

En caso de controversias el Tribunal de Justicia competente para conocer será el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI).

Al final identificar los elementos esenciales que se encuentran en los distintos cuerpos normativos es de especial importancia, ya que esto permite determinar de manera clara como las distintas leyes contemplan los aspectos más esenciales de esta institución jurídica, que al final son presupuestos básicos que se encuentran inmersos en las distintas leyes que regulan el proceso expropiatorio. Por tal razón analizaremos los siguientes elementos:

4.3 Generalidades de la Expropiación en el ámbito jurídico nacional.

4.3.1 Objeto de la expropiación

De conformidad a la Ley Básica de la Reforma Agraria el objeto de expropiación comprende a los inmuebles por naturaleza como los bienes inmuebles por adherencia y destinación. También han de considerarse las mejoras introducidas a la empresa agrícola.

Jurisprudencia costarricense ha dejado sentado que “las mejoras se configuran en una fattispecie compleja, compuesta de un acto jurídico - acto real no negociable – de mejoramiento, y de un hecho natural que constituye el resultado del acto de mejoramiento, o sea, la mejora material”.

Las mejoras, se traducen en un incremento de la capacidad productiva, o del valor en globo del inmueble. Constituyen así un valor patrimonial, que debe ser retribuido al inversor por quien se apropie de ellas. De esta manera se ejecuta un acto de justicia en aquél, y se evita en éste un enriquecimiento indebido.

En sentencia pronunciada por la Sala de lo Contencioso Administrativa a las doce horas del día diez de marzo de mil novecientos ochenta y nueve, dejó sentado que a las mejoras introducidas a la empresa agrícola ha de asignársele un valor independiente al de la tierra. Similar criterio se

estableció en resolución de las once horas del día veintiséis de junio de mil novecientos ochenta y nueve.

En virtud de lo anterior, el objeto expropiado lo constituye tanto los bienes inmuebles por adherencia y destinación que se encontraren al momento de la expropiación, como las mejoras que en él se hubieren realizado.

4.3.2 Status del expropiado

Los sujetos que intervienen en la expropiación básicamente son tres: expropiante, beneficiario y expropiado.

El expropiado, es el titular de los derechos reales o intereses económicos directos sobre la cosa expropiable

La condición de expropiado es una cualidad ob rem, ya que está determinada por la relación con el objeto de la expropiación.

4.3.3 Sujetos expropiados

La concurrencia de dos o más sujetos que ostentan derechos sobre un mismo inmueble, se conoce como “concurso de titularidades expropiadas”, y es reconocido expresamente por el Derecho comparado. Por ejemplo, el Reglamento de la Ley de Expropiación Forzosa Española el veintisiete de abril de 1957, regula que los arrendatarios rústicos y urbanos tienen derecho a una indemnización independiente, al igual que los precaristas, y sólo el resto de los titulares secundarios tendrán que hacer valer sus derechos sobre el justo precio de la expropiación principal, minorando la indemnización del propietario.

Ha quedado expresado, que las mejoras se traducen en un incremento de la

capacidad productiva o del valor en globo del inmueble, que ha de ser retribuido por quien se apropie de ellas.

En una relación entre el arrendatario y arrendante, la ejecución de las mejoras trae como consecuencia la necesidad de su adecuada indemnización al finalizar el contrato, pues éstas pasarán a poder del arrendador.

Consecuentemente, la calidad de arrendatario no es óbice para que el sujeto se considere expropiado, cuando ha introducido mejoras en un inmueble que ha sido de expropiación.

4.3.4 Indemnización

La indemnización es un elemento integrante de la expropiación, que opera como una medida compensatoria ante el acto unilateral de expropiación ejecutado por el Estado.

En nuestro ordenamiento jurídico, la indemnización es un elemento esencial de expropiación, plasmado en el artículo 106 de la Constitución el cual establece: "la expropiación procederá por causa de utilidad pública o de interés social, legalmente comprobados, y previa una justa indemnización..."

La indemnización por expropiación opera como medida indispensable y compensatoria de un acto unilateral del Estado. La Sala reproduce en sus considerandos los parámetros para indemnizar, que según Marienhoff debe de cumplir con el rasgo de objetividad. Criterio que afirma que el valor debe ser equivalente al valor en plaza y al contado; lo cual hace cumplir la condición de ser presente y actual, derivación de una conmutación de

valores. En este sentido se adopta el criterio de costo de reproducción o reposición, que traduce lo que ha de invertirse para obtener un bien similar.

Ante los parámetros doctrinales la Sala de lo Contencioso Administrativo apunta diferencias por la singularidad del proceso de reforma agraria en El Salvador. “Resulta así, que la indemnización puede no ser previa y en dinero en efectivo”, pero “jamás debe alejarse del parámetro de justicia”.

La Sala estima los criterios de justicia en la indemnización. Primero, la indemnización debe ser actual, que implica el valor que tiene el bien al ser transferido al expropiante. Segundo, la indemnización debe ser integral, por lo cual, el valor debe comprender la depreciación monetaria, intereses, exención de impuestos y valores que constituyan la consistencia jurídica de lo que se priva. La depreciación monetaria funciona como criterio importante en especial, por la tardanza en los pagos o cuando la desposesión desfavorece al expropiado, por falta de coincidencia entre lo desposeído y pagado. La depreciación se justifica para evitar perjuicios al expropiado¹⁸⁷.

Sin embargo, la indeterminación no será incrementada con los intereses que puedan generarse por la demora del pago de la misma, siempre y cuando se haya demostrado la disposición del expropiante de realizar el pago de las indemnizaciones.

Así, la sala de lo Constitucional al realizar un análisis exhaustivo de las actuaciones realizadas por del ISTA en una expropiación realizada en el año de 1998, estableció que el derecho a la propiedad del expropiado no

¹⁸⁷ Sentencia del día once de septiembre de mil novecientos noventa ocho. Ref. 26-I-96. Sentencia del día veintiséis de mayo de mil novecientos noventa ocho. Ref. 70-M-94

había sido vulnerado y que la intención por parte de la Administración de indemnizar había existido desde el momento en que se procedió a realizar la expropiación, no siendo posible su cancelación por haber sido dilatado el proceso por parte del expropiado, por lo que los intereses a la fecha de la resolución no serían tomados en cuenta¹⁸⁸.

4.3.5 Integralidad

La integralidad de la indemnización implica que en ella han de comprenderse todos los valores que constituyan la consistencia jurídica de lo que se priva.

Los bienes objeto de expropiación deben comprenderse en la indemnización, ya que como consecuencia lógica a la privación patrimonial de un bien, se le contrapone su resarcimiento vía indemnización.

Caso contrario, se avalaría un acto de naturaleza confiscatoria, figura expresamente prohibida por nuestra Constitución en su artículo 106 inciso último, e incluso en la Constitución de 1962, artículo 138, el cual literalmente dispone: "Se prohíbe la confiscación ya sea como pena o en cualquier otro concepto. Las autoridades que contravengan este precepto responderán en todo tiempo con sus personas y bienes del daño inferido".

En consecuencia, el destinatario de la indemnización ha de ser el sujeto que sufre la merma en su patrimonio, por consiguiente, si las mejoras de un inmueble fueron introducidas por un arrendatario, será éste el destinatario de la compensación¹⁸⁹.

¹⁸⁸ Sentencia Definitiva, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia del catorce de mayo del 2010, referencia número 27-99

¹⁸⁹ Ibidem.

4.3.6 Expropiación por ministerio de ley

La expresión por ministerio de ley quiere significar que no sería necesario un acto que decretara la expropiación, ni mucho menos un acto que declarara de utilidad pública los inmuebles que se pretendían expropiar, sino que verificadas las actuaciones que el legislador previó debía realizarse, es decir, tomar posesión e intervenir, se levanta el acta y se inscribe la documentación correspondiente en el Registro de la Propiedad Raíz e Hipotecas, se verificaría la expropiación por ministerio de ley; pero era necesario que la autoridad administrativa actuara en el sentido previsto por el legislador para identificar los inmuebles que quedarían expropiados.

La expresión por ministerio de ley no significa que no deberá haber ninguna actuación para que opere el efecto previsto por el legislador; simplemente implica que no habrá necesidad de que se decrete el acto de expropiación, sino que cumplidos los requisitos legales operaría la expropiación.

Por otro lado, en virtud de la Constitución de 1983 en su artículo 105, el legislador constituyente ha determinado que el Estado no puede reducir la extensión máxima de tierra ya fijada por la Constitución; en consecuencia, la cantidad máxima de tierra rústica que puede tenerse en el territorio nacional no puede fijarse en un límite inferior a doscientos cuarenta y cinco hectáreas, cualquier disposición legal o actuación de autoridad en otro sentido iría en contra de la norma constitucional.

El artículo 265 de la Constitución expresa que el legislador constituyente reconoce la vigencia de todas las leyes y decretos relativos al proceso de la Reforma Agraria en todo lo que no contradigan el texto de la misma Constitución.

La Ley Básica de la Reforma Agraria determinó como derecho de reserva cien o ciento cincuenta hectáreas, según la naturaleza del suelo; debe entenderse que tales disposiciones no pueden ser aplicadas a los procedimientos expropiatorios iniciados por el ISTA después que la Constitución actual entró en vigencia, ya que no puede aplicarse la Ley Básica de la Reforma Agraria en cuanto a los límites máximos de tenencia de tierra rústica o derecho de reserva, pues tal como se ha expresado, en este sentido entra en contradicción con la norma máxima, por lo que es el límite establecido por ésta el que debe aplicarse.

Es decir, que los inmuebles que, pudiendo haber resultado afectados por la Ley Básica de la Reforma Agraria, no lo fueron por no haberse realizado por parte de la autoridad administrativa las actuaciones previstas por el legislador como necesarias para que operara el traspaso del dominio a favor del Estado, antes de la entrada en vigencia de la Constitución actual, quedaron sujeto a lo dispuesto por ésta¹⁹⁰.

La Ley para la Afectación y Traspaso de Tierras Agrícolas a favor de sus Cultivadores Directos, ordenamiento jurídico, emitido en una coyuntura en que los problemas del agro y sus consecuentes implicaciones sociales exigían la toma de medidas de reestructuración en el agro, tuvo como principal fin expropiar las tierras que no fueran explotadas directamente por sus propietarios, bajo la óptica que las tierras que no son explotadas directamente no cumplen con la función social de la propiedad privada, aún cuando no excedan los límites de tenencia o reserva permitidos. El especial carácter y naturaleza de esta Ley, la dotaron de especiales caracteres.

¹⁹⁰ Sentencia del día quince de mayo de mil novecientos noventa y seis. Ref.77-C-93

Consecuentemente, durante la vigencia de la referida ley, produjo consecuentemente la afectación o expropiación de los inmuebles que se encontraran bajo las condiciones que señalaba la referida ley en su artículo 1º, inmuebles que por ende no eran potencialmente expropiables, sino fueron expropiados ipso iure por la vigencia de la Ley¹⁹¹.

4.4 La Competencia.

En la ley de expropiación y ocupación de bienes por el Estado se establece que la autoridad competente para conocer en diligencias ordinarias de Expropiación, será el Juez de Primera Instancia del domicilio del Propietario.

Este precepto es el que continúa dominando en las demás leyes que regulan el instituto expropiatorio, sin embargo el Artículo 141 del Código Municipal manifiesta que “Será competente para conocer de los juicios de expropiación... uno de los jueces de lo Civil o en su defecto el Juez de Primera Instancia a cuya jurisdicción correspondiera el municipio interesado”¹⁹².

4.5 Fases Del Proceso Expropiatorio.

En este punto en particular podemos determinar que existen dos etapas dentro del proceso expropiatorio salvadoreño, y que son coincidentes con la

¹⁹¹ Sentencia del día treinta de agosto de mil novecientos noventa y seis. Ref. 31-D-95

¹⁹² Código Municipal de El Salvador, Decreto legislativo, n°274, Diario Oficial n°23, Tomo 290 de fecha 31/01/1986. Art, 141.

doctrina: una parte de trato directo o fase administrativa y la de la expropiación forzosa o fase judicial.

Ya que todas los cuerpos normativos hablan en una primera instancia de un acuerdo entre las partes y de no conseguirse se procederá a la utilización del poder coactivo del Estado por medio del Órgano Judicial

4.6 Modos De Terminar El Proceso Expropiatorio

Los presupuestos por los cuales se considera concluido el proceso expropiatorio estipulados en la ley y que se revisten no solo de carácter legal sino también de un carácter doctrinal, son:

1. Por sentencia definitiva.
2. Por Decreto de Expropiación emitido por autoridad administrativa.
3. Por Avenimiento Expropiatorio.
4. Por desistimiento.
5. Por abandono de la Expropiación
6. Por retrocesión

4.7 Semejanzas y Diferencias entre la Ley de Expropiación y de Ocupación de Bienes por el Estado (Ley General) y las otras Figuras Jurídicas.

4.7.1 Diferencia en relación al procedimiento

Una diferencia entre La Ley de Expropiación y de Ocupación de Bienes por el Estado en adelante Ley General, con los otros sistemas jurídicos que contemplan la expropiación es que la primera tiene un procedimiento mixto pues en él conocen tanto la autoridad administrativa como la Judicial, además se hace una declaratoria de Utilidad Pública y se emite un Decreto de Expropiación, y determinando si hay lugar o no a la ocupación del bien que se trata de Expropiar, fijando por medio de peritos el monto de la

Indemnización cuando no hay acuerdo entre las partes acerca del valor de dicha Indemnización, así como también conoce de la entrega material del inmueble y demás aspectos que por su naturaleza jurisdiccional son de exclusiva competencia, lo que no sucede con las otras figuras jurídicas.

4.7.2 Diferencia en relación a la clase de juicio

En la Ley General el juicio de expropiación se trata de un juicio sumario extraordinario (Art. 11), por otro lado las distintas leyes especiales de expropiación se trata de un Juicio Civil Sumario Especial.

4.7.3 Diferencia en relación a la Competencia

En la Ley General, el Juez competente para conocer sobre el juicio de expropiación es el Juez de Primera Instancia del domicilio del propietario del inmueble a expropiar (Art. 10), igual sucede con la Ley de ANDA, Ley Básica de la Reforma Agraria, Ley del ISTA, a excepción del Código Municipal que establece reglas distintas y el Juez competente para conocer sobre el juicio de expropiación es el Juez de los Civil y en su defecto los Jueces de Primera Instancia a cuya jurisdicción corresponde el municipio interesado.

4.7.4 Semejanzas entre la Ley General y las Leyes Especiales

- a) Se expropia por causa de utilidad pública y de interés social.
- b) Justiprecio
- c) Debe haber una indemnización previa a excepción de algunos casos específicos determinados en las leyes especiales.
- d) Para determinar el monto de la indemnización debe hacerse por medio de peritos.
- e) Presencia de las etapas procesales desde la interposición de la demanda hasta la ejecutoria de la Sentencia.

- f) Se debe decretar la expropiación a excepción de la Ley Básica de la Reforma Agraria pues decreta por ministerio de ley.

CAPITULO V

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

CONCLUSIONES

- El derecho a la propiedad es un derecho fundamental de toda persona, entiéndase ésta como una persona natural o persona jurídica atendiendo a la definición de la ley, éste derecho como tal se ha venido perfeccionando a lo largo del desarrollo del hombre y consecuentemente de los sistemas jurídicos, pero este derecho no es un derecho absoluto o perpetuo, ya que puede ser limitado o afectado por las limitaciones jurídicas a la propiedad, que afectan directamente a la propiedad de las cosas, como lo es la Expropiación que es una institución jurídica que constituye una limitación o restricción al derecho fundamental de la Propiedad.
- La Constitución de la República no manifiesta que solamente se podrán expropiar bienes inmuebles, por lo que los objetos susceptibles de expropiación serán aquellos que puedan ser objeto de apropiación, pudiendo expropiarse por lo tanto bienes muebles e incluso derechos respetando de esta manera la doctrina referente a la expropiación y los tratados internacionales que contienen el derecho a la propiedad.
- Si bien es cierto la expropiación irregular según la doctrina puede llevarse a cabo en algunos casos específicos, nuestra legislación no contempla en ningún cuerpo normativo la posibilidad de realizar de manera real la aplicación de la expropiación irregular ya que nuestra

legislación solo contempla la expropiación forzosa o también conocida como expropiación directa.

- La constitución de la República habla que el sujeto expropiado debe ser indemnizado de manera previa y justa, pero este presupuesto puede o no cumplirse ya que el pago de la indemnización puede diferir del momento de la ejecución de la expropiación y puede realizarse en pagos si así fuera necesario.
- El artículo 106 de nuestra constitución contempla la expropiación como una manera legal en que el Estado puede apropiarse de los bienes de un particular, atendiendo como única causa que fundamenta la expropiación la utilidad pública o el interés social, esto significa que nuestro ordenamiento jurídico solamente regula la expropiación directa o también llamada forzosa por estas dos causas, dejando de lado cualquier otro tipo de expropiación que se encuentre regulada en otro cuerpo legal sea nacional o extranjero o de carácter internacional.
- Para establecer la determinación del valor de la cosa expropiada deberá valorarse todas las circunstancias y sobre todo el momento en el cual se establece el proceso expropiatorio por tal razón no existe un criterio o fórmula establecida para determinar el valor de la cosa expropiada.
- El Tratado de Libre Comercio firmado entre Centro América, República Dominicana y los Estados Unidos de Norte América sin duda es un acuerdo comercial que tiene como fin primordial hacer

más expedita la relación económica entre la región Centroamericana, la República Dominicana y los Estados Unidos de Norte América que son los países firmantes de este tratado, pero al estudiar de una manera más detallada especialmente su capítulo diez es posible percibir que este instrumento jurídico fue creado para limitar la intervención o regulación del mismo Estado en la actividad económica de los inversionistas.

- La mayoría de tratados internacionales o acuerdos de inversión o cualquiera similar a estos que tiene como fundamento salvaguardar las inversiones extranjeras prohíbe la expropiación o la confiscación, pero en ningún instrumento habla explícitamente sobre la expropiación indirecta. Y al final todos tienden a limitar al Estado en el ejercicio de su poder de imperio la posibilidad de regular o intervenir las actividades de empresarios extranjeros ya que esta intervención se considera en muchos de los casos una violación al Tratado.
- Con relación a la expropiación indirecta es difícil determinar con exactitud que es la expropiación indirecta, pero es más difícil establecer cuando se está frente a ella , y consecuentemente es de gran complejidad identificar cuando se está frente a una acción legal de autorregulación o defensa de un Estado, ya que existe una ambigüedad en el término, no hay una definición clara de qué es la expropiación indirecta, abonado a esto no existen un criterio y postura definida de los tribunales arbitrales en relación a este término, ya que sus resoluciones o “laudos” no ayudan a determinar con exactitud los parámetros de la expropiación indirecta y sus distintas formas de

manifestación, pero lo más preocupante es que este término de Expropiación Indirecta en los laudos arbitrales cada vez adquiere una mayor amplitud de aplicación para los mismos tribunales arbitrales.

- El arbitraje es una institución jurídica que se ha convertido en una de las formas más eficientes y expeditas para resolver controversia entre las partes, las relaciones mercantiles internacional son las que más se han beneficiado de esta institución, por que los tratados internacionales o cualquier otro tipo de acuerdo internacional en materia de inversión contemplan el arbitraje como media preferente para la solución de conflictos. El problema se presenta en que no existe un estudio por parte de los Estados, en especial del Estado Salvadoreño de los conocimiento acerca de sus principios rectores, y consecuentemente el estudio de sus orientaciones más modernas del arbitraje, y a esto se le suma la escasa práctica del arbitraje a nivel doméstico como internacional, poniendo al Estado en una posición de desventaja en los procesos arbitrales a los cuales se somete.

RECOMENDACIONES.

- Recomendar a la comunidad jurídica profundizar en el estudio de la institución Arbitral, ya que existe una seria deficiencia en nuestro país de la aplicación de este mecanismo jurídico y así poder intervenir en los procesos arbitrales de manera más eficiente.
- El Estado Salvadoreño debe firmar tratados o acuerdos de inversión que le permitan cierto nivel de defensa jurídica y administrativa frente a los inversionistas internacionales ya que el Tratado de Libre

Comercio no facilita en ningún sentido la defensa real de los Estados Parte.

- El Gobierno de El Salvador no debe permitir un TLC o acuerdos de inversión u otros instrumentos similares de inversión sin legitimidad, es decir, sin ser consultado entre todos los sectores vivos del país. Es indispensable que el Gobierno garantice mecanismos de vigilancia y participación ciudadana en el proceso de negociación y aprobación del cualquier acuerdo comercial.
- La publicidad de los procesos arbitrales es un aspecto de vital importancia, y es el Estado el encargado de facilitar la información a la población para que los inversionista internacionales no ejerzan presión sobre los gobiernos, ya que este mecanismo como funciona actualmente protege al inversionista.
- Actualizar la Ley de Expropiación y de Ocupación de bienes por el Estado mediante una reformas que respondan a las necesidades actuales de nuestra sociedad, introduciendo cambios cuantitativos capaces de desarrollar los principios contenidos en el Artículo 106 de la Constitución de la República, en cuanto a Expropiación se refieren, así como de uniformar principios jurídicos con Leyes Especiales de Expropiación para que funcionen armónicamente dentro del Sistema Jurídico.
- Hacer un análisis exhaustivo sobre los demás cuerpos legislativos que regulan la expropiación forzosa en el sentido de establecer uniformidades de los procedimientos.

- Salvaguardar los intereses supremos de la sociedad salvadoreña como lo es el interés común protegiendo de esa manera los principios jurídicos fundamentales y los derechos de los ciudadanos.

BIBLIOGRAFIA

LIBROS

ALESSANDRI RODRÍGUEZ, ARTURO y SOMARRIVA UDURRAGA, MANUELI. “**Los Bienes y los Derechos Reales**”, Tercera Edición, Chile 1974.

BLACKABY, NIGEL Y OTROS. “**Redfern & Hunter on International Arbitration**”. Quinta edición. Oxford University Press. 2009..

BORDA GUILLERMO, ANTONIO, “*Tratado De Derecho Civil*”, “**Tratado de Derechos Reales**”, Tomo I, Edición 2002.

BRAVO PERALTA, MARTIN VIRGILIO, “**El Arbitraje Económico en México**”, Primera edición, editorial Porrúa, Mexico 2002,

BROCHES, ARON. **Selected Essays**. World Bank, ICSID, and Other Subjects of Public and Private International Law; Martinus Nijhoff Publishers; Dordrecht, Boston, London; 1995,

CABANELLAS DE TORRES, GUILLERMO. “*Diccionario Jurídico Elemental*”, Editorial Heliasta, Edición 2003,

CALLEJAS GUTIÉRREZ, RAFAEL “**Expropiación Forzosa**” Edición España , casa Editora Saturnino Callejas Fernández, 1902

CASTRO, MAXIMINO. “**Curso de Procedimientos Civiles**”. Tomo III, Buenos Aires Argentina, 1927. Biblioteca Jurídica Argentina. Decimoquinta edición, Buenos Aires, Argentina 2001,

DIEZ, MANUEL MARÍA. “**Manual De Derecho Administrativo**”, Tomo II editorial plus ultra 588 páginas año 1997,

EVANS DE LA CUADRA, ENRIQUE.; **Actas Oficiales de la comisión Constituyente de Chile**. Presentado en sesión N° 161 de la Comisión de Estudio. 1975,

EYZAGUIRRE Y SIQUEIROS, “**Enforcemen of Arbitration Agreements**”, Mexico, 1998,

FLORES GARCÍA, FERNANDO, **Teoría general de la composición del litigio**, México Porruá 2003, *Universidad Nacional Autónoma de México*.

FONT, MIGUEL ÁNGEL, **Guía De Estudio: Procesal Civil Y Comercial**, editorial estudio 2009 Pag. 362

FOUCHARD, GAILLARD Y GOLDMAN. International Commercial Arbitration, Kluwer Law International, 1999

GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO. “**Curso De Derecho Administrativo**”, Tomo II, Décima Edición, 2006

GARCÍA OVIEDO, CARLOS, “**Manual de Derecho Administrativo**”, Tomo I, Novena Edición, EISA, Madrid, 1970,

GONZÁLEZ ROMÁN, HÉCTOR, “**Derecho Romano**”, *Tomo I*, segunda edición, 2003.

INSTITUTO DE INVESTIGACIÓN JURÍDICA UNAM, “**Diccionario Jurídico Mexicano**”, Tomo VII, pags 447, 2008,

J. PAULSSON. Denial of Justice in International Law, Cambridge Press, 2005

JIMÉNEZ FIGUERES, DYALÁ , “**Arbitraje Comercial Internacional y de Inversiones**”, Universidad De Chile , 2009.

KATZAROV, KONSTANTIN. “**Teoría de la Nacionalización, El Estado y la Propiedad**”. Dirección General de Publicaciones, Universidad Nacional Autónoma de México. Primera Edición. 1963.

LINARES QUINTANA, SEGUNDO V. “**Reglas para la Interpretación Constitucional Plus Ultra**”, Tomo 5, Buenos Aires 1987.

MARIENHOFF, MIGUEL S. “**Tratado de Derecho Administrativo Tomo IV**”, Argentina, 1998,

MARZORATI, OSVALDO. “**Enforcement of arbitration agreement in Latin America**”. Argentina 1999.

MENTHON, FRANCOIS, “**El papel del arbitraje dentro de la evolución judicial**”, París, 1916.

NEWCOMBE, ANDREW PAUL. **“Regulatory Expropriation, Investment Protection and International Law: When Is Government Regulation Expropriatory and When Should Compensation Be Paid?”**. Universidad de Toronto, Canada. 1999.

P. FOUCHARD, E. GAILLARD Y B. GOLDMAN, **“International Commercial Arbitration”**, *Kluwer Law International*, 1999

PETERSON, LUKE ERIC. **“Bilateral Investment Treaties and Development Policy-Making.”** International Institute for Sustainable Development” International Institute for Sustainable Development. Canada. 2004.

PETERSON, LUKE ERIC. **“Derechos humanos y tratados bilaterales de inversión. Panorama del papel de la legislación de derechos humanos en el arbitraje entre inversores y Estados”**. Centro Internacional de Derechos Humanos y Desarrollo Democrático. Canadá. 2009

PETIT, EUGENE, **“Tratado Elemental de Derecho Romano”**, Editorial Universidad, Pags 712, 1994,

RODRÍGUEZ MORO, NEMESIO. **“La Expropiación Forzosa”**, Primera Edición, España 1953, Impr. Provincial de Vizcaya

ROJINA VILLEGAS, RAFAEL, **“Derecho Civil Mexicano”**, 1 III, *Bienes, derechos reales y posesión*; 4ª edición, México, 1976

SIRAUS, “**Why International Commercial Arbitration is Lagging in Latin America: Problems and cure**”, 33 ARB.J.21 (1978).

STEPHEN H. GIFIS, *Law Dictionary (Barron's Legal Guides)* (Barron's Educational Series, New York, 2003).

TUTASAURA CASTELLANOS, ÓSCAR. “**Arbitraje Comercial**”.
<http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-2713295>

UNCTAD. “**Taking of Property**”. *UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements* (New York and Geneva: United Nations), United Nations publication, Sales No. E.00.II.D.4. 2000.

YANNACA-SMALL, Catherine. Directorate For Financial And Enterprise Affairs. “**Indirect Expropriation**” **And The “Right To Regulate” In International Investment Law**”. Organisation For Economic Co-Operation And Development. 2004.

LEGISLACION

Reglamento del Mecanismo Complementario (Ciadi)

The Uncitral Model Law and 1988 Spanish Arbitration Act.

Decreto Legislativo 456 del 28 junio del 2001. Publicado en el Diario Oficial N° 130 Tomo 352 del 11 de Junio de 2000.

Ley de inversiones, Decreto Legislativo N° 732 del 14 de Octubre de 1999. Publicado en el Diario Oficial N° 210. Tomo 345 del 11 de Noviembre de 1999.

Declaración de los Derechos de la Mujer y de la Ciudadana redactada en 1791 por Olympe de Gouges.

Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, 18 de abril de 1961
Entró en vigor el 24 de abril de 1964.

Convención Europea de Derechos Humanos

La Convención sobre Derecho Procesal Internacional, suscrita en Montevideo 1889 por seis países latinoamericanos, La Convención Boliviana sobre ejecución de Laudos extranjeros, suscrita en Caracas en 1911

La Convención de Derecho Internacional Privado que dio origen al Código de Derecho Internacional Privado, también conocido como el Código de Bustamante, suscrito en la Habana en 1928.

Convenio de Washington de 1965

Tratado Bilateral de Inversiones, *Chile y Tunisia* (1998); TBI entre China y Jordán (2001); TBI entre Kuwait y Lituania (2001).

Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje de El Salvador. Decreto Legislativo N°: 914 Tomo: 356 D. Oficial: 153 Fecha:11/07/2002

Ley de inversiones, Decreto Legislativo N° 732 del 14 de Octubre de 1999. Publicado en el Diario Oficial N° 210. Tomo 345 del 11 de Noviembre de 1999.

REVISTAS.

Boletín Informativo de la Cámara Nacional de Comercio de Bolivia,
Boletín Conciliación y Arbitraje Vol. 02, septiembre - octubre de 2006.

BRAHM GARCIA, ENRIQUE, “**El concepto de propiedad en el código Napoleónico**” universidad de chile. [Revista chilena de derecho](#), ISSN 0716-0747, [Vol. 23, N° 1, 1996](#) ,

DUMBERRY, Patrick *The NAFTA Investment Dispute Settlement Mechanism and the Admissibility of the Amicus Curiae Brief by NGO's*, 4 *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, 1, 58-79 (2002).

Gaceta No. 41, expediente No. 305-95, página No. 35, sentencia: 26-09- 96.

Gaceta No. 47, expediente No. 1270-96, página No. 24, sentencia: 17-02-98

Gaceta No. 48, expediente No. 183-97, página No. 28, sentencia: 20- 05-98

Gaceta No. 7, expediente No. 164- 87, página No. 28, sentencia: 25-02-88.

KUNDMÜLLER, Franz (2003); *ICSID, «bella durmiente» despabilada ante la atronadora globalización y el fragor creciente de las controversias en materia de inversión extranjera*; en *Revista Iberoamericana de Arbitraje y Mediación*.

Revista Española de Derecho Administrativo, numero 89, ene-mar 1996,.

Revista jurídica, “*Instituto de Investigaciones Jurídicas de México*”, edición enero-marzo 2009.

Revista de la Corte Española de Arbitraje, 255, 2004, C. Conejero ROOS. “El impacto de la ley de la CNUDMI, sobre arbitraje comercial internacional en América Latina, un análisis comparativo”,

SENTENCIAS.

Sentencia Definitiva de Amparo, Ref. 583-2005 de las trece horas y cuarenta minutos del día veintidós de Noviembre del año dos mil seis

Sentencia Definitiva de Amparo, Ref. 583-2005 de las trece horas y cuarenta minutos del día veintidós de Noviembre del año dos mil seis.

Sentencia Definitiva de Inconstitucionalidad, Ref.: 23-98 pronunciada a las diez horas del día seis de septiembre de mil novecientos noventa y nueve

Sentencia Definitiva de Amparo, Ref.: 583-2005 , *pronunciada por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia*, a las trece horas con cuarenta y siete minutos del día veintidós de noviembre de dos mil seis.

Sentencia Definitiva de Amparo, Ref. 27-99, *pronunciada por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia*, a las diez horas con cincuenta y dos minutos del día catorce de mayo de dos mil diez.

Sentencia Definitiva de Juicio Contencioso Administrativo. Ref. 111-S-2000 de las catorce horas del día treinta y uno de enero de dos mil tres.

Corte Constitucional, Bogotá, Colombia, Sentencia C-221 de 1997, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

Referencia jurisprudencial Starrett Housing Corp. V. Islamic Republic of Iran, Award No. ITL 32-24-1, 4 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 122, 156-57 (Dec. 19, 1983)

LAUDOS.

AES Summit Generation Ltd. y AES Tisza Eromu KFT vs. Hungría, CIADI ARB/07/22.

Aguas Argentinas S.A., Suez Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. y Vivendi Universal S.A. vs. República Argentina. Caso CIADI No. ARB/03/19,

Aguas Provinciales de Santa Fe S.A., Suez Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. e InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. vs. República Argentina. Caso CIADI ARB/03/17, decisión sobre intervención de *Amicus Curiae*.

Amco Asia Corp y otros contra la República de Indonesia. Decisión de solicitud de medidas provisionales, 9 de diciembre 1983. Caso CIADI No ARB/81/1.

Aurelia Antonieta, Enmiendas a las Reglas del CIADI del 2006 y Reglas de Mecanismo Complementario, 21 ICSID Review: Foreign Investment Law Journal 427, 441(2006) (Autoridad 2 de la Demandada) refiriéndose al BIT Modelo de los EE.UU. de 2004.

Azurix Corp. contra República Argentina, Decisión sobre la solicitud de anulación de la República Argentina Caso CIADI No ARB/01/12.

Marvin Roy Feldman Karpa c. Estados Unidos Mexicanos. Caso CIADI No. ARB(AF)/99/1, Laudo del 16 de diciembre de 2002.

Biwater Gauff Ltd. contra. la República de Tanzania. *Orden de procedimiento numero 3 y nota introductoria a las tres ordenes de procedimiento* (Introductory Note to Three Procedural Orders). Caso CIADI N° ARB/05/22

Biwater Gauff Ltd. contra. la República de Tanzania. *Orden de procedimiento numero 3.* Caso CIADI N° ARB/05/22.

Biwater Gauff Ltd. vs. la República de Tanzania. Caso CIADI ARB/05/22, decisión 5 del 2 de febrero, 2007.

Emilio Agustín Maffezini V El Reino De España. *Decisión Del Tribunal Sobre Excepciones A La Jurisdicción.* Caso Ciadi No. Arb/97/7. *Gas Natural SDG, SA v Republica de Argentina*, Decisión de Jurisdicción, Case CIADI No ARB/03/10, IIC 115 (2005).

Generation Ukraine, Inc v Ukraine, Laudo final, Caso CIADI No ARB/00/9, IIC 116 (2003); 44 ILM 404 (2005).

Metalclad Corporation contra los Estados Unidos Mejicanos, *Laudo CIADI* No ARB(AF)/97/1.

Sempra Energy International contra la República Argentina. Pág. 39. Párrafo 284; retomando el criterio establecido en *Pope & Talbot Inc v Government of Canada*.

Técnicas Medioambientales Tecmed S. A. contra los Estados Unidos Mejianos, *Laudo CIADI* No ARB(AF)/00/2.

Waste Management, Inc. v. United Mexican States. *Opinión disidente del arbitro Keith HIGHET*. *Laudo CIADI* No. ARB(AF)/98/2.

PÁGINAS WEB

www.icsid.worldbank.org/ICSID/ICSID/RulesMain.jsp.

www.servilex.com.pe/arbitraje/colaboraciones/inversion.html

www.worldbank.org/icsid/basicdoc/basicdoc.htm

http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1303

http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=ShowHome&pageName=AboutICSID_Home.

<http://www.asil.org/ilib/Enron.pdf>

<http://www.interarb.com/vl/>

<http://www.oas.org>

www.OMPI.com

www. Derecho.unam.mx “conceptos jurídicos internacionales”

www.kluwerarbitrationblog.com. Epaminontas Triantafilou, *A More Expansive Role for Amici Curiae in Investment Arbitration?* (11 de mayo, 2009).

www.pacrim-mining.com/s/ReqFilings.asp.

www.presidencia.gub.uy/proley/2004proley.htm

www.intracen.org/tfs/docs/glossary/ts.htm

www.cl.invertia.com/noticias/noticia.aspx?idNoticia=200803112248_AFP_224800-TX-SXH27&idtel.