

Práctica arbitral

Protección estatal del medio ambiente vs. interés patrimonial del inversionista

(Marion y Reinhard Unglaude v. Costa Rica)

Ivette S. ESIS V. *

Sumario: I. Preámbulo. II. El caso *Marion y Reinhard Unglaude v. Costa Rica*: Los hechos y argumentos de las partes. III. De las Condiciones para una expropiación lícita bajo el Derecho Internacional. 1. Utilidad pública. 2. No discriminación. 3. Debido proceso. 4. Pago de una compensación. 3.5. ¿Ilícitud de la medida expropiatoria dictada por las autoridades costarricenses? IV. La indemnización de la propiedad expropiada ilícitamente.

I. Preámbulo

Cada año, de octubre a marzo, llegan varios ejemplares de tortugas baulas (*Dermochelys coriacea*) a la zona de Playa Grande, ubicada en una franja de territorio costarricense ubicado a orillas del Océano Pacífico. Esta especie, caracterizada por su gran tamaño e interés científico y turístico, ha hecho de ese lugar costero su hábitat natural para desovar y anidar sus huevos. Durante los últimos años, las tortugas baulas se encuentran en peligro de extinción debido, entre otras causas, a la contaminación, la caza ilegal y al saqueo de sus nidos. Ante esta situación y conscientes de la necesidad de preservar el medio ambiente y mantener el equilibrio del ecosistema –en especial, proteger el desove de las tortugas–, las autoridades de Costa Rica dictaron una serie de medidas de protección en dicha zona costera a principios de la década de los años noventa. Mediante Decreto Ejecutivo n° 20518, de fecha 5 de junio de 1991, fue declarado el lugar como Parque Nacional Marino Las Baulas. Cuatro años más tarde, fue promulgada la Ley n° 7524 del 10 de julio de 1995, que sentó las bases para la creación definitiva y la administración del mencionado Parque Nacional¹. Esta legislación –y, en particular, su artículo 2– ordenó la potencial expropiación de los terrenos privados ubicados en la franja que ocupa el Parque Nacional. Es decir, bajo los preceptos de la referida Ley, los propietarios mantenían el ejercicio de los atributos del derecho de propiedad, siempre y cuando no fuesen adquiridos por el Estado.

* Doctora en Derecho (Universidad de Valencia), *Magister Scientiarum* en Derecho Internacional Privado y Comparado (Universidad Central de Venezuela), Abogada en ejercicio y Profesora de Derecho Comparado (Universidad Metropolitana, Venezuela).

¹ *Vid.* la página oficial del Sistema Costarricense de Información Jurídica: http://www.pgr.go.cr/scij/busqueda/normativa/pronunciamento/pro_repartidor.asp?param1=PRD¶m6=1&nDictamen=16140&strTipM=T [Fecha de visita: 22/11/2012].

Posterior a dichos acontecimientos, las autoridades de Costa Rica dictaron una serie de medidas entre los años 2003 al 2009 con el propósito de preservar el ecosistema marino del Parque Nacional. Algunas de esas medidas generaron cierta incertidumbre por parte de inversionistas extranjeros que poseen intereses económicos en la zona. El riesgo latente de una eventual expropiación en estos casos constituye una de las principales preocupaciones de los inversionistas. Aunque el objetivo subyacente de este tipo de medidas gubernamentales consiste en mantener y preservar el bienestar del colectivo y del medio que lo rodea en términos generales, también es cierto que su ejercicio trae como consecuencia la disminución de los derechos e intereses patrimoniales de los particulares.

La expropiación alude a la privación de la propiedad de un bien tangible o intangible de una persona física o jurídica para pasar a manos del Estado o un ente de su propiedad. La potestad expropiatoria de los Estados no es ilimitada toda vez que debe cumplirse con ciertas garantías: que obedezca a razones de utilidad pública con el propósito de favorecer a una colectividad; que no sea discriminatoria; se respete el Derecho al debido proceso; y, finalmente, sea pagado por parte del Estado receptor una compensación. No obstante lo anterior, existen una serie de medidas expropiatorias que no cumplen con todos los parámetros impuestos por el Derecho internacional. En tal sentido, presentamos en este artículo un breve análisis del reciente laudo arbitral dictado en el caso *Marion Unglaube y Reinhard Unglaube v. República de Costa Rica*². En este asunto, los inversionistas de nacionalidad alemana demandaron a la República ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) por la violación de varias obligaciones expuestas en el Tratado Bilateral de Promoción y Protección de Inversiones suscrito entre Costa Rica y Alemania; y, particularmente, por la expropiación de una franja de terreno en la zona de Playa Grande, Municipio Santa Cruz, Distrito de Cabo Velas, ubicado en la Provincia de Guanacaste.

A continuación examinamos, en primer lugar, los hechos del caso. Luego, en segundo lugar, analizamos los requisitos que debe reunir una medida expropiatoria lícita bajo el Derecho internacional y, posteriormente, estudiamos algunas cuestiones referidas a la indemnización dictaminada por el Tribunal de la propiedad expropiada ilegalmente.

II. El caso *Marion y Reinhard Unglaube v. Costa Rica*: Los hechos y argumentos de las partes

Los señores Marion y Reinhard Unglaube, nacionales de Alemania, demandaron a la República de Costa Rica ante el CIADI al considerar que la demandada incumplió ciertos parámetros convencionales contenidos en el

² *Marion Unglaube y Reinhard Unglaube v. República de Costa Rica*, Casos No. ARB/08/1 y ARB/09/20, Laudo Arbitral de fecha 16(05/2012, disponible en: icsid.worldbank.org/icsid y en www.italaw.com [Fecha de visita: 22/11/2012]. En este asunto las partes establecieron que ambos casos sean acumulados (véase párrafo 27).

Tratado sobre Fomento y Recíproca Protección de Inversiones entre Alemania y Costa Rica (suscrito en 1994 y en vigencia desde 1998). El problema entre las partes surgió por la supuesta expropiación de ciertos terrenos –propiedad de los demandantes– destinados a proyectos de interés turísticos en la zona, por parte de la demandada. La propiedad de los señores Unglaube comprendía dos áreas vecinas destinadas a la construcción de un proyecto ecológico. La primera denominada Propiedad Fase I, tiene un área de 29,5 hectáreas la cual, luego de urbanizada, fue vendida a compradores privados. En ella se ubican 161 lotes residenciales, 16 comercios, un hotel y dos zonas reservadas. La segunda, denominada Propiedad Fase II, con una superficie de 3,5 hectáreas se ubica en la zona norte de la Propiedad Fase I.

Los demandantes expusieron que, hasta la fecha de presentación de sus argumentos ante el CIADI, han sido propietarios responsables de cuidar el ecosistema de la zona y han prestado su colaboración con las autoridades costarricenses. En la década de los años noventa, estaban conscientes que dichas autoridades consideraban declarar parte de la zona como Parque Nacional. Preocupados por la situación, el señor Unglaube se reunió con las autoridades del Estado receptor y ofreció donar terrenos para colaborar con la creación del Parque. Sin embargo, en 1991, las autoridades del Estado receptor promulgaron el Decreto 20518 en el que se anunció: (i) la creación del parque para proteger a las tortugas baulas que llegan hasta la zona para desovar; y, (ii) la intención de adquirir propiedades privadas ubicadas en dicho territorio. A pesar de la entrada en vigencia de dicha legislación, los Señores Unglaube reiteraron su oferta de donación a finales del año 1991 a las autoridades costarricenses y presentaron una propuesta de plano modificado para reflejar la donación y los espacios verdes. Dicha propuesta fue aceptada y se anunció un acuerdo entre las partes en 1992. Gracias a dicho Acuerdo, fue urbanizada la zona de la Propiedad Fase I y los lotes de terreno fueron vendidos posteriormente.

En 1995 fue promulgada la Ley 7524 de Creación del Parque Nacional Marino Las Baulas de Guanacaste. Dicha legislación contempló como límites del Parque Nacional una franja de 125 metros de pleamar ordinarias aguas adentro³ y ordenó la eventual expropiación de los terrenos privados. Sin embargo, no hubo iniciativa gubernamental de expropiar el terreno sino hasta 2003, cuando las autoridades dictaron la Resolución n° 375. Conforme a ella, se declaró como de interés público el terreno de la Propiedad Fase II y fue ordenada la expropiación completa del terreno para no perjudicar a la propietaria toda vez que el inmueble quedaría enclavado (6000 metros se encuentran dentro de los límites del parque nacional) por causa de la medida. Un año después, las autoridades costarricenses revocaron la orden de expropiación por cuanto se demostró que sólo se encontraba dentro del Parque Nacional una franja de terreno de 75 metros propiedad de los Señores Unglaube. Luego, a finales de

³ La interpretación de este término causó no pocos inconvenientes y problemas interpretativos. Al final se consideró que debía entenderse como “tierra adentro”.

ese año, hubo un nuevo intento de expropiación de dicha porción de terreno. Los demandantes objetaron la medida por considerar que dicho terreno no formaba parte del área del Parque Nacional. A partir de ese momento, las autoridades comenzaron a rechazar las peticiones de obtención de permisos de desarrollo que incluyeran propiedades declaradas como Parque Nacional. Cuatro años más tarde, vista la demora de una década en iniciar los trámites para la expropiación de los inmuebles privados en el marco de la Ley de 1995, en 2008 la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica ordenó al Estado a pagar los daños y perjuicios sufridos por el congelamiento al que se sometió a los propietarios sin definir un plazo razonable para el trámite de la expropiación. En ese mismo año, los Señores Unglaude llegaron un acuerdo con las autoridades costarricenses de manera que las segundas revisaran las evaluaciones de la Propiedad Fase II y, con su visto bueno, los primeros podrían proceder a su desarrollo. Sin embargo, para el año 2009, los demandantes no tenían respuesta definitiva.

Los demandantes indicaron que el Estado no había comprado su propiedad como tampoco había otorgado los permisos para permitir el ejercicio y goce de sus derechos de propiedad. Y, en tal sentido, invocaron la violación del art. 4.2º del Tratado entre Alemania y Costa Rica. En particular, el incumplimiento por parte del Estado receptor de no expropiar nacionalizar o someter a otras medidas que en sus repercusiones equivalgan a expropiación o nacionalización sino a favor del interés público, debiendo ser indemnizadas conforme a los parámetros del referido Tratado.

Durante el curso del procedimiento arbitral ante el CIADI, la República de Costa Rica argumentó que había actuado de buena fe en todo momento, garantizando el Derecho a la propiedad privada conforme a la Constitución y las Leyes y que no opuso impedimentos para la concesión de los permisos necesarios para urbanizar la zona de Playa Grande a favor de los demandantes. Indicó, asimismo, que se había acordado una indemnización por la cantidad de 786.000 Dólares USA para resarcir a los Señores Unglaude por los daños causados por la demora en la expropiación de la franja de 75 metros que forman parte del Parque Nacional Marino Las Baulas, sin perjuicio que en fecha posterior y durante el curso de un proceso judicial los demandantes obtuviesen una suma mayor.

III. De las condiciones para una expropiación lícita bajo el Derecho internacional

La desposesión de bienes propiedad de inversionistas foráneos por parte de los países receptores no es más que el ejercicio soberano que les asiste a éstos últimos. La esencia del dictamen de medidas de expropiación se traduce en la transmisión obligada de la propiedad de los particulares a favor de los Estados⁴; y, al mismo tiempo, también les asiste el deber de cumplimiento de una serie de obligaciones. Estos deberes se traducen en una serie de

⁴ L. Fraga Pittaluga, *El arbitraje en el Derecho administrativo*, Caracas, Torino, 2000, p. 104.

estándares o garantías para la protección de inversiones y se encuentran en los convenios regionales y APPRI: (1) utilidad pública, (2) principio de no discriminación, (3) debido proceso, y (4) pago de una compensación.

También se reconoce en dichos acuerdos internacionales la posibilidad de que los Estados dicten otro tipo de medidas cuyos efectos son equivalentes a una expropiación –expropiación indirecta–, tales como la pérdida de control de la propiedad o el menoscabo de beneficios económicos similares a los derivados de una expropiación directa, por causa de actos o leyes promulgadas en la materia⁵. A continuación nos aproximamos a un breve análisis de los requerimientos convencionales de una expropiación:

1. Utilidad pública

La potestad expropiatoria de los Estados no es ilimitada, toda vez que debe cumplir con ciertas garantías. Al respecto, la doctrina apunta: “Esta concepción material o sustantiva de la expropiación es la que explica que por regla general en Derecho comparado no se haga alusión a la expropiación como una figura concreta como un acto administrativo, ni siquiera como un acto complejo ni como un procedimiento. Es un conjunto de garantías que debe cumplir la autoridad pública para llevar a cabo cualquier privación de la propiedad privada, para que sean legítimas y apegadas al derecho de propiedad”⁶.

Una de las garantías que deben cumplir los entes gubernamentales consiste en fundamentar que la medida de desposesión obedezca a causas de utilidad pública o del interés social. Bajo los preceptos del Derecho administrativo, tal justificación corresponde a la *causa expropriandi*, que debe estar definida en la ley, en el decreto o en el acto gubernamental que dicta la medida⁷. De esta forma, al identificar la finalidad pública se logra, por un lado, racionalizar la potestad expropiatoria de los Estados; y, por otro, una vez dictada la medida de desposesión, permite asegurar que el bien será efectivamente utilizado conforme a los fines previstos y no otros⁸. Los Estados tienen discreción para determinar su ámbito y las razones por las cuales tal acción puede satisfacer el interés del colectivo⁹. Sin embargo, en

⁵ A. Mezgravis, “Las inversiones petroleras en Venezuela y el arbitraje ante el CIADI”, *Arbitraje comercial interno e internacional. Reflexiones teóricas y experiencias prácticas*, Caracas, ACPS, Serie Eventos No. 18, 2005, p. 373; R.D. Bishop, “International Arbitration of Petroleum Disputes: The Development of a *Lex Petrolia*”, *International Energy and Minerals Arbitration*, Paper 2, Mineral Law Series, Texas, Rocky Mountain Mineral Law Foundation, 2002, p. 21.

⁶ A. Canova González, L.A. Herrera Orellana y K. Anzola Spadaro, *¿Expropiaciones o vías de hecho?*, Caracas, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo (FUDENA), UCAB, 2009, p. 38.

⁷ E. García de Enterría y T.-R. Fernández, *Curso de Derecho administrativo*, II, 11ª ed., Madrid, Thomson Civitas, 2008, p. 233.

⁸ J.A. Santamaría Pastor, *Principios de Derecho administrativo general*, II, 2ª ed., Madrid, Iustel, 2009, p. 464.

⁹ K. Hober, *Investment arbitration in Eastern Europe: In search of a definition of expropriation*. Jurisnet, LLC, New York, 2008, p. 8. A. Reinisch, “Legality of expropriations”, en *Standards of Investment Protection*, 1ª ed., Oxford–Nueva York, Oxford University Press, 2008, 172–173; I. García Rodríguez, *La protección de las inversiones exteriores (Los acuerdos de promoción y protección recíproca de las inversiones celebradas por España)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, p. 206.

la práctica, cada Tribunal Arbitral en función de los supuestos del caso y al sistema de fuentes aplicable, aprecia este requerimiento en forma autónoma.

En el asunto *Compañía del Desarrollo de Santa Elena, S.A. v. República de Costa Rica* (2000)¹⁰, el demandante nacional de EE UU reclamó la debida compensación por causa de la expropiación de un inmueble, de una extensa área de terreno y en el que se ubicaban varias especies animales y vegetales. El propósito del inversionista era desarrollar en él un proyecto turístico. Aunque las partes estaban de acuerdo con la procedencia de la expropiación y con la jurisdicción del tribunal arbitral, el punto de discusión era la compensación. El Tribunal Arbitral aclaró en su laudo que, bajo las reglas del Derecho internacional, el gobierno costarricense puede expropiar las propiedades que se encuentran en su territorio, aun cuando sus titulares sean extranjeros. Ello resultaría posible siempre que se cumplan los requisitos de utilidad pública y una pronta, efectiva y adecuada compensación. Al respecto, y atendiendo a los hechos del litigio suscitado, consideró legítima la causa de utilidad pública invocada por las autoridades de Costa Rica, toda vez que la motivación de la medida de desposesión correspondió a razones de protección del medio ambiente.

Al igual que el asunto *Santa Elena*, en el caso bajo análisis en este artículo (*Marion Unglaube y Reinhard Unglaube v. República de Costa Rica*) el Tribunal Arbitral consideró que la expropiación tuvo como objetivo la protección del medioambiente en pro de preservar el hábitat natural de las tortugas baulas¹¹.

2. No discriminación

Este principio cuenta con una presencia amplia y desde antiguo en la realidad jurídica internacional. Dicho principio, que es dúctil y que puede ser aplicable a situaciones bien diferenciadas, es definido por la doctrina como: "... La obligación del Estado receptor de no perjudicar las inversiones extranjeras en su gestión, mantenimiento, uso, goce o liquidación a través de medidas injustas. La discriminación es entonces una característica negativa que recae sobre las medidas tomadas por el Estado anfitrión, cuando estén apuntadas hacia la inversión o hacia el inversionista foráneo, con la intención de causarle un daño, de manera que su contenido sea perjudicial en compara-

¹⁰ *Compañía del Desarrollo de Santa Elena, S.A. v. República de Costa Rica*, Caso No. ARB/96/1, Laudo arbitral dictado el día 17/02/2000. Su texto original está disponible en <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet> [Fecha de visita: 13/04/2011].

¹¹ *Marion Unglaube y Reinhard Unglaube v. República de Costa Rica*, cit., párrafo 304. Al respecto el Tribunal Arbitral destacó: "Las propiedades en cuestión se encuentran en Playa Grande o en sus cercanías –uno de los sitios de nidificación más importantes del mundo para la tortuga baula altamente en peligro de extinción– es decir, donde estas grandes tortugas hembras salen del mar, cavan un hoyo considerable en la arena, depositan típicamente unos 56–60 huevos grandes, los cubren y luego parten. Las crías, cuando nacen unos 60 días más tarde, tienen pocas capacidades y son presa fácil para las aves marinas y otros animales", párrafo 163.

ción con las medidas que afectan al mismo sector o sectores muy similares manejados por nacionales, quebrantándose así el principio de igualdad”¹².

El eventual carácter discriminatorio de las medidas adoptadas por un Estado o sus entes constituye un punto de análisis para los Tribunales Arbitrales en cada caso donde se alega. No se trata de una tarea sencilla, por cuanto no es fácilmente perfectible¹³. Al respecto, la doctrina expone que el principio de no discriminación comprende dos elementos: 1) Las medidas dictadas contra un inversionista obedece a razones no relacionadas con su objeto, por ejemplo, la nacionalidad de la compañía, y, 2) Involucra un tratamiento inadecuado contra éste, con el propósito de causarle un daño¹⁴.

En el caso bajo estudio, el Tribunal Arbitral no encontró indicios de un trato discriminatorio hacia los inversionistas alemanes por parte del Estado receptor.

3. Debido proceso

El debido proceso constituye una de las más importantes garantías legales, recogida en textos constitucionales de diversos países del orbe y en los textos internacionales sobre derechos fundamentales. Nos encontramos ante un concepto jurídico indeterminado, susceptible de no pocas descripciones según su contexto y corresponde a una obligación del país anfitrión de garantizar al inversionista el acceso a su sistema de administración de justicia cuando considere se están violando sus derechos¹⁵.

Se ha discutido en la doctrina cuál es el verdadero alcance de la garantía del debido proceso en el supuesto de una expropiación de una inversión foránea. Para un sector, este requisito se centra en el concepto de denegación de justicia del Estado receptor y puede abarcar todo tipo de defectos procesales que cometan las autoridades competentes¹⁶. Otro sector considera que el requerimiento del debido proceso se extiende a la protección del derecho del inversionista foráneo a reclamar, ante las instancias competentes, su derecho a una compensación producto de la expropiación de su inversión¹⁷.

¹² T.B. de Maekelt, “Tratados bilaterales de protección de inversiones. Análisis de las cláusulas arbitrales y su aplicación”, en *Arbitraje comercial interno e internacional. Reflexiones teóricas y experiencias prácticas*, Caracas, Comité Venezolano de Arbitraje y Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Eventos No. 18, 2005, p. 337.

¹³ J.W. Salacuse, *The Law of Investment Treaties*, Oxford / Nueva York, Oxford University Press, 2010, p. 321.

¹⁴ A.F.M. Maniruzzaman, “Expropriation of alien property and the Principle of non-discrimination in International Law of Foreign Investment: An Overview”, *Journal of Transnational Law & Policy*, vol. 8, n° 57, 1998–1999, p. 59. T. B. de Maekelt, “Tratados bilaterales de protección de inversiones...”, *loc. cit.*, p. 338.

¹⁵ A. Reinisch, “Legality of...”, *loc. cit.*, p. 191–192.

¹⁶ W.D. Verwey y N.J. Schrijver, “The Taking of Foreign Property under International Law: A New Legal Perspective?”, *Netherlands Yearb. Int’l L.*, vol. 15, 1984, p. 10. Los autores advierten respecto a la falta de consenso sobre el alcance del requisito: “... *It is not clear today to what extent it still is considered as part of the Western concept of customary international law and, therewith, of the hard-core requirements of the ‘international standard’.*”

¹⁷ A. Reinisch, “Legality of...”, *loc. cit.*, p. 189.

Consideramos que el requisito del debido proceso se refiere a la garantía brindada por el Estado receptor al inversionista respecto a que el proceso expropiatorio se lleve a cabo de acuerdo al procedimiento legalmente establecido y que el propio inversor pueda acudir ante las autoridades competentes para hacer valer sus derechos e intereses, a fin de obtener una decisión judicial y, de ser el caso, pueda ejercer contra ella los recursos legales correspondientes.

En el asunto en estudio, el Tribunal Arbitral indicó la inexistencia de pruebas que demostraran que la República habría incumplido su deber:

“Como los Gobiernos tienen una medida considerable de deferencia en materia regulatoria y administrativa de los asuntos confinados en sus fronteras, estas diferencias no son significativas en la medida de lo que concierne a este Tribunal, a menos que involucren o condonen la arbitrariedad, el comportamiento discriminatorio, la falta de debido proceso u otras características contrarias a la conciencia, sean manifiestamente “inadecuadas o inapropiadas” o que de otro modo desafíen claramente a la lógica o a la equidad fundamental”¹⁸.

4. Pago de una compensación

La compensación consiste en el pago de una suma de dinero por parte del Estado receptor al inversionista foráneo, a los fines de moderar la situación del afectado por la pérdida de su derecho patrimonial. Constituye uno de los requisitos esenciales para considerar una expropiación lícita, junto a la causa de utilidad pública y la no discriminación, de una expropiación¹⁹.

El cumplimiento de esta obligación constituye un límite a la potestad expropiatoria de los Estados²⁰, y responde a la garantía patrimonial del particular de ser compensado por la privación del derecho de propiedad que ejercía sobre sus activos²¹. Dependiendo de la solución convencional aplicable, el pago del derecho patrimonial corresponde al valor que tenía para el momento justo antes de hacerse pública la medida de expropiación o de nacionalización, más el pago de intereses a tasa comercial de mercado.

En el asunto bajo análisis en este artículo, el Tribunal Arbitral indicó en su laudo que, vista la importancia de las iniciativas en pro de la protección de las tortugas baulas, el Estado receptor pudo haber promulgado una ley para expropiar toda la península, incluyendo la propiedad de los inversionistas alemanes²².

¹⁸ *Marion Unglaube y Reinhard Unglaube v. República de Costa Rica...*, cit., párrafo 258.

¹⁹ En sede convencional multilateral, así lo expresan los artículos 13 del TCE, 1110 del TLCAN, 10.7 de CAFTA-Dr, 4 del Protocolo de Colonia y VI del ASEAN. En sede convencional bilateral, los artículos 4, 6, 5 y 3 de los APPRI Modelo de Alemania, Estados Unidos, Francia y Canadá, respectivamente.

²⁰ I. Marboe, *Calculation of Compensation and Damages in International Investment Law*, Oxford / New York, Oxford University Press, 2009, p. 13.

²¹ R. Parada, *Derecho administrativo*, I, *Parte General*, 17^a ed. Madrid – Buenos Aires – Barcelona, Marcial Pons, 2008, pp. 537–538. En este sentido, la doctrina califica el pago de la compensación como “... presupuesto de legitimidad para el ejercicio de la potestad expropiatoria (...). No se trata de un crédito de resarcimiento, sino la de una carga que ha de cumplir el beneficiario interesado en llevar a efecto la expropiación (...), para que sea a su favor”. *Vid.* E. García de Enterría y T.–R. Fernández, *Curso de Derecho administrativo*, II..., *op. cit.*, p. 281.

²² *Marion Unglaube y Reinhard Unglaube v. República de Costa Rica...*, cit., párrafo 210.

No obstante lo anterior, cuando la República identificó la expropiación de la franja de los 75 metros: (a) no dictó medidas en pro de formalizar la expropiación para el año 1995 con la promulgación de la Ley especial en ese año (sino que lo hizo tardíamente y en forma indirecta a partir del 22 de julio de 2003); y, (b) no obtuvo los fondos necesarios para el pago de la compensación. Visto que la indemnización no fue pagada a los demandantes dentro de un plazo razonable luego que el Estado receptor declaró la expropiación, el Tribunal Arbitral consideró que la República de Costa Rica había violado el Tratado ratificado con Alemania²³.

5. ¿Ilicitud de la medida expropiatoria dictada por las autoridades costarricenses?

Un acto estatal es lícito de acuerdo al Derecho internacional cuando cumple con los requerimientos convencionales indicados para su dictamen²⁴. Por tanto, una medida expropiatoria que cumpla con las condiciones antes mencionadas es lícita desde el punto de vista transfronterizo. El problema se presenta cuando el acto estatal no cumple con alguno de esos requisitos y que, por su causa, se producen efectos contrarios a nacionales de otros Estados.

En el caso bajo estudio, una situación similar a la descrita se suscitó toda vez que los inversionistas alemanes afectados por las medidas dictadas por el Estado receptor, no fueron indemnizados. En efecto, el propio Tribunal en el asunto bajo estudio consideró que: “... *lo que torna la expropiación ilegal es el incumplimiento del deber de pagar una indemnización*”²⁵.

Al ejecutar un Estado un acto ilegal desde la perspectiva transfronteriza, se activa el sistema de responsabilidad internacional de los Estados. Este sistema parte del principio general del Derecho conforme al cual todo aquel que viole una norma y, como producto de esa violación, cause un daño a otra, está obligado a repararle. Por tanto, cuando un Estado –o sus órganos estatales o entes de su propiedad– ejecuta un acto de acción u omisión en contravención de las normas convencionales, infringiendo un daño a otro Estado o a sus nacionales, está en el deber de reparar ese perjuicio²⁶.

Sobre este importante tema la Comisión de Derecho Internacional de la ONU, concluyó en el año 2001 el Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad

²³ *Ibid.*, párrafo 305.

²⁴ I. Iruretagoiena Agirrezabalaga, *El arbitraje en los litigios de expropiación de inversiones extranjeras*, Barcelona, Bosch, Colección Arbitraje Comercial y de Inversión, 2010, pp. 259–260.

²⁵ *Marion Unglaube y Reinhard Unglaube v. República de Costa Rica...*, *cit.*, párrafo 305.

²⁶ R. McCorquodale, *International Law Beyond the State. Essays on Sovereignty, Non-State Actors and Human Rights*, Londres, Cameron May Publishing, 2011, pp. 336–337. *Vid.* también E. Jiménez de Aréchaga, *El Derecho internacional contemporáneo*, Madrid, Tecnos, 1980, pp. 327 ss; y, J.F. Resek, *Direito internacional público. Curso elementar*, 9ª ed., São Paulo, Saraiva Editora, 2002, pp. 261 ss. Resek explica que la activación del sistema de responsabilidad internacional de los Estados se produce en tanto se demuestre la vinculación del acto estatal con la obligación de Derecho internacional infringida y el daño causado como consecuencia de éste.

de los Estados por Actos Ilícitos Internacionales (Proyecto de Artículos)²⁷. Conforme a dichas reglas, los Estados, valga la redundancia, son responsables por la comisión de actos (de acción y de omisión) contrarios a las obligaciones previamente contraídas con otros Estados²⁸. Esta misma regla aplica cuando realizados por medio de sus órganos, entes, empresas bajo control estatal e, incluso, personas físicas o jurídicas que estén actuando en su nombre.

Este deber de reparación –valga la redundancia– siguiendo el lineamiento del caso *Chorzow Factory*²⁹ y del art. 35 del Proyecto de Artículos, se efectúa a través del restablecimiento al afectado de la situación existente para el momento previo a la conducta estatal ilegal. Podríamos pensar como una eventual solución en este supuesto, la devolución por parte del Estado receptor al inversionista extranjero de la propiedad expropiada en el mismo estado en que se encontraba antes de ser dictada la medida expropiatoria. Sin embargo, no siempre esto es posible.

Cuando no pueda llevarse a cabo la restitución debe el Estado receptor indemnizar al inversionista por los daños y perjuicios causados, a efectos de impedir que el primero retenga indebidamente derechos patrimoniales del segundo a través de la comisión de actos contrarios a los convenios internacionales³⁰. De esta forma, la indemnización se traduce, en principio, en el pago de una suma de dinero equivalente al bien expropiado en forma ilegal.

²⁷ Este Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad de los Estados por Actos Ilícitos Internacionales, fue preparado por la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas en 1930. Luego, bajo la responsabilidad de Roberto Ago, Willem Riphagen y Gaetano Arangio-Ruiz, su texto final fue aprobado en el año 2001, durante la 85ª sesión de la Asamblea General de Naciones Unidas el 12/12/2001. Su texto se encuentra disponible en: www.daccess-org.org/tmp/7791698.htm [Fecha de visita: 11/11/2009].

²⁸ J.J. Coe y N. Rubins, “Regulatory Expropriation and the Tecmed case: context and contributions”, en: *International Investment Law and Arbitration: Leading cases from the ISCID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law* (T. Weiler, ed.), Londres, Cameron May, 2007, pp.17 ss; R. Dolzer y C. Schreuer, *Principles of International Investment law*, Oxford–Nueva York, Oxford University Press, 2008, p. 611.

²⁹ El Tribunal Permanente de Justicia Internacional aplicó el principio de reparación integral en el asunto *Chorzow Factory* (1928). En dicho asunto, fue condenada Polonia por haber incumplido el convenio internacional suscrito con Alemania, al dictar medidas de expropiación contra intereses patrimoniales de nacionales alemanes en una zona limítrofe. En particular, el Tribunal Internacional precisó: “*The essential principle contained in the actual notion of an illegal act – a principle which seems to be established by international practice and in particular by the decisions of arbitral tribunals – is that reparation must, as far as possible, wipe out all the consequences of the illegal act and re-establish the situation which would, in all probability, have existed if that act had not been committed. Restitution in kind, or, if this is not possible, payment of a sum corresponding to the value which a restitution in kind would bear; the award, if need be, of damages for loss sustained which would not be covered by restitution in kind or payment in place of it – such are the principles which should serve to determine the amount of compensation due for an act contrary to international law*”. *Fábrica en Chorzow (Alemania v. Polonia)*, Decisión sobre Indemnización de fecha 13/09/1928, p. 47.

³⁰ I. García Rodríguez, *La protección de las inversiones exteriores...*, op. cit., p. 208. La autora califica el supuesto cuando los Estados expropián la propiedad de inversionistas extranjeros sin que medie compensación como un acto de enriquecimiento ilícito. Vid. también: M. Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, 3ª ed. Cambridge, 2010, pp. 418–419.

Así, el Tribunal Arbitral en el asunto bajo análisis en este artículo consideró que:

“... Cuando la propiedad ha sido objeto de expropiación ilícita, la parte perjudicada podrá obtener: 1) el valor mayor que una inversión pudiera haber adquirido hasta la fecha del laudo, y 2) gastos imprevistos. La ilegalidad de la expropiación también puede influir en otras elecciones discretionales realizadas por los árbitros al momento del cálculo de la indemnización”³¹.

IV. Indemnización de la propiedad expropiada ilícitamente

Como señalamos anteriormente, en el caso de los Señores Unglaude contra la República de Costa Rica, la expropiación fue ilegal por cuanto la República no cumplió con la obligación de compensar debidamente a los inversionistas, a pesar de las promesas de pago de una eventual indemnización. Muy similar al asunto *Compañía del Desarrollo de Santa Elena, S.A. v. Costa Rica* (2000), esa legítima justificación de protección del medioambiente no altera la obligación de la República de pagar al inversor la compensación exigida en sede convencional.

La comisión de un acto ilegal acarrea responsabilidad internacional al Estado anfitrión y, consecuentemente, producto de este hecho, debe una reparación al inversor. Por lo tanto, la indemnización responde a la sanción aplicable a los supuestos de incumplimiento de los parámetros internacionales de una nacionalización o una expropiación.

La doctrina en esta materia, ante los supuestos de expropiaciones ilegales y la falta de normativa especial convencional en la materia, reseña la aplicación del principio de reparación total o integral (*full reparation*) conforme al cual el Estado receptor debe pagar los daños y perjuicios causados al inversionista³². Este principio ha sido valorado como un mecanismo de integración idóneo ante la laguna existente en los Tratados Internacionales.

En el asunto bajo estudio, el Tribunal Arbitral indicó que conforme al artículo 4.2º del Tratado entre Alemania y Costa Rica sobre promoción y protección de inversiones, la indemnización correspondería al valor de la inversión antes de hacerse pública la medida expropiatoria. Sin embargo, vista la ilegalidad de la expropiación por falta del pago oportuno de la compensación, aplicó la regla de reparación integral expuesta en el caso *Chorzow Factory* y en la práctica internacional posterior.

De este modo, el panel de árbitros consideró que la indemnización debía incluir el valor justo de mercado de la inversión, tomando en cuenta sus ca-

³¹ *Marion Unglaube y Reinhard Unglaube v. República de Costa Rica...cit.*, párrafo 307.

³² J.W. Salacuse, *The Law of Investment Treaties...*, *op. cit.*, p. 327; I. Marboe, *Calculation of Compensation and Damages...*, *op. cit.*, p. 16; M. Sornarajah, *The International Law on Foreign...*, *op. cit.*, p. 446; Q.C. McLachlan, L. Shore y M. Weiniger, *International Investment Arbitration: Substantive principles*, Oxford / Nueva York, Oxford University Press, 2008, p. 334 y P. Bienvenu y M. Valasek, “Compensation for Unlawful Expropriation and other Recent Manifestations of the Principle of full Reparation in International Investment Law”, en *50 Years of the New York Convention*. International Council for Commercial Arbitration (ICCA), Congress Series, No. 14 (J. Van den Berg, ed.). Kluwer Law International, 2009, p. 231.

racterísticas particulares (siendo una franja de terreno ubicada en zona protegida y no una empresa en funcionamiento), calculado al 1º de enero de 2006 (como fecha probable de expropiación definitiva por parte de las autoridades costarricenses), a una tasa de interés aplicable a las Letras del Tesoro de los Estados Unidos de América a 5 años, calculados desde la fecha del laudo arbitral.

En definitiva, toda expropiación bajo la óptica del Derecho internacional debe cumplir una serie de requerimientos convencionales para calificarla como lícita: atender a una causa *expropriandi*, no ser discriminatoria, que no viole el principio del debido proceso y se acompañar del pago de una compensación. Sin embargo, la práctica nos indica que no siempre los Estados receptores cumplen con dichos requisitos. Por tanto, dado el juego de intereses que se presenta entre las partes, cada Tribunal Arbitral debe considerar no sólo a las fuentes jurídicas aplicables sino también a las circunstancias fácticas del caso a los fines de brindar una verdadera justicia material al asunto planteado.