

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"



LA VALORACIÓN DE BIENES NACIONALIZADOS POR UNA JURIDICCIÓN INTERNACIONAL

DR. EDGAR NASSAR GUIER

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	50
I. EL ESTÁNDAR DE LA REPARACIÓN ADOPTADO POR EL TRIBUNAL	51
A. La determinación del estándar y su fundamento legal	51
B. El efecto de la legalidad o ilegalidad de la expropiación en la determinación del estándar de la reparación	54
II. LA FIJACIÓN DEL MONTO DE LA INDEMNIZACIÓN	56
A. El contexto económico de la expropiación	56
B. La naturaleza económica de los bienes expropiados	57
C. Los métodos de valoración de los bienes expropiados	57
CONCLUSIÓN	60
NOTAS	61
BIBLIOGRAFÍA	63

INTRODUCCIÓN

Mucho se ha hablado en los últimos meses sobre el posible sometimiento a un tribunal arbitral internacional de los litigios entre el Gobierno costarricense y los ciudadanos estadounidenses que no han sido indemnizados por las expropiaciones de que fueron objeto sus bienes. Básicamente lo que está en disputa en estos casos no es la legalidad o ilegalidad de las expropiaciones, sino el monto de la indemnización que debe ser cancelada por el Estado costarricense si bien los criterios legales que se utilicen en la valoración de los bienes expropiados dependerán en gran medida de lo que se disponga en la cláusula de derecho aplicable que contenga el compromiso arbitral que se suscita en su oportunidad, el hecho de ser sometido el litigio a un tribunal internacional permite suponer que los principios jurídicos internacionales en la materia serán aplicados de manera principal o accesorio.

Teniendo en cuenta la observación anterior, es útil examinar las decisiones en materia de expropiaciones rendidas por el Tribunal de Reclamaciones Iraní-estadounidense, a manera de ilustración sobre la aplicación por una jurisdicción internacional del derecho internacional de las expropiaciones y, específicamente, de los principios aplicables a la determinación de la indemnización.

El Tribunal de Reclamaciones Iraní-americanas fue instaurado por los "Acuerdos de Argel" del 19 de enero de 1981, suscritos entre la República Islámica de Irán y los Estados Unidos de América para poner fin a la crisis de los rehenes de la embajada norteamericana en Teherán. A este Tribunal se le ha encargado el conocimiento de los numerosos diferendos jurídicos entre ambos países surgidos como consecuencia de la Revolución Islámica. Su sede fue ubicada en La Haya, Holanda, y consta de tres cámaras integradas cada una por tres árbitros. En virtud de los lazos estrechos que

existieron entre los dos países en el período anterior a la Revolución Islámica, las reclamaciones presentadas ante el Tribunal han sido muy diversas, generándose una vasta jurisprudencia en los más variados dominios jurídicos internacionales. Con ocasión de los litigios ligados a las expropiaciones realizadas por el gobierno iraní sobre bienes propiedad de ciudadanos estadounidenses, el Tribunal tuvo oportunidad de pronunciarse sobre una serie de aspectos controversiales del derecho internacional de las expropiaciones.

En este sentido, el Tribunal estimó que si bien el derecho internacional tiene por lícita una expropiación realizada por razones de interés público sobre bienes pertenecientes a un extranjero, también reconoció a este último su derecho a recibir una indemnización por la propiedad expropiada.

El problema específico que abordaremos en el presente estudio es, precisamente, la manera como las diferentes Cámaras que componen el Tribunal han abordado el problema de la determinación del **quantum** de la indemnización que debe pagarse por los daños sufridos por las personas físicas o jurídicas norteamericanas afectadas por las medidas de expropiación tomadas por el gobierno de la República Islámica. Lo anterior implica el examen de una serie de problemas específicos: en una primera parte, analizaremos el criterio o estándar de la indemnización que ha sido adoptado por el Tribunal (I), lo que a su vez nos conduce a examinar, por un lado, el problema de su escogencia y de su fundamento legal (A), y por otro lado, el de los efectos que la calificación de la expropiación como legal o ilegal tienen sobre el estándar aplicable a la indemnización (B). Posteriormente, en una segunda parte, abordaremos la valoración de los daños (II), operación que implica la toma en consideración del contexto económico general en el cual la expropiación tuvo lugar (A), la natura-

leza económica de los bienes expropiados (B) y los métodos de valoración de los cuales se vale el Tribunal para fijar el monto de la reparación (C).

Para el examen de cada uno de estos aspectos, se hará uso de las decisiones que han sido adoptadas por el Tribunal en los diferentes casos de expropiaciones, y en particular, las operadas sobre sociedades mercantiles. Intentaremos establecer la existencia o no de lineamientos generales en las soluciones, que nos ayuden, a su vez, a determinar nuevas

orientaciones en el derecho internacional de las expropiaciones.

Podemos deplorar la insuficiencia de consideraciones jurídicas en la mayor parte de las decisiones examinadas, los cuales se fundan frecuentemente sobre la consideración de los aspectos puramente fácticos del caso examinado, sin entrar a examinar los principios jurídicos en que se apoyan. Esta circunstancia nos ha obligado a recurrir a las opiniones individuales de los integrantes del Tribunal, en la medida que nos aclaran el contenido de las decisiones.

I. EL ESTÁNDAR DE LA REPARACIÓN ADOPTADO POR EL TRIBUNAL

Desde un punto de vista teórico, pueden señalarse dos clases de reparaciones en derecho internacional público: la **restitutio in integrum** y la indemnización. A pesar de que la primera es la modalidad de principio de la reparación¹, las decisiones del Tribunal se han limitado a otorgar una indemnización equivalente al valor de los bienes expropiados. La **restitutio in integrum** no ha sido discutida por la sencilla razón de que el Tribunal no cuenta con los mecanismos para ordenar reparaciones de esta naturaleza, sino que tiene a su disposición una cuenta de seguridad, según fue dispuesto en los Acuerdos de Argel, que es alimentada por ambos estados, y cuyos fondos sirven para satisfacer las indemnizaciones fijadas.

Como paso previo a la fijación de los montos de la indemnización, el Tribunal se ha pronunciado sobre si la misma debería ser parcial o total, es decir, sobre el criterio o estándar que se aplicará para su determinación. A continuación analizaremos el estándar adoptado por el Tribunal, su fundamento legal, y los efectos que la calificación sobre la legalidad internacional de la expropiación puede tener sobre el mismo.

A. La adopción de un estándar de la reparación y su fundamento legal

La adopción en las decisiones de un estándar de indemnización único, a saber, el de la "indemnización integral, pronta y efectiva"² o, mejor conocido por su denominación en inglés como **full compensation**, no se tradujo en un acuerdo sobre su fundamento legal ni sobre su implementación. Las decisiones de las Cámaras encuentran el sustento legal para aplicar este estándar en el Tratado de Amistad Iraní-americano, en el derecho internacional consuetudinario, o en ambos.

1. El estándar previsto en el Tratado de Amistad

Las partes iraníes alegaron ante el Tribunal en múltiples ocasiones que el Tratado de Amistad con los Estados Unidos estaba caduco, y que por lo tanto carecía de efectos respecto a los hechos ocurridos entre 1978 y 1980. Sin embargo el Tribunal adoptará el criterio sostenido por la **Corte Internacional de Justicia (CIJ)** en el caso del "**Personal Diplomático y Consular de los Estados**

Unidos en Teherán" de 1980, en el cual estimó que dicho convenio internacional se encontraba en vigor en el mes de noviembre de 1979, es decir en el momento de producirse la Revolución Islámica.

En párrafo 3 del artículo 4 del Tratado de Amistad Iraní-estadounidense del 15 de agosto de 1955 disponía:

*"Property of national and companies of either High Contracting Party, including interests in property, shall receive the most constant protection and security within the territories of the other High Contracting Party, in no case less than required by International Law. Such property shall not be taken without the prompt payment of the just compensation. Such compensation shall be in an effectively realizable form and shall represent the **full equivalent** of the property taken, and adequate provision shall have been made at or prior to the time of taking for the determination and payment thereof"*⁵.

Las decisiones del Tribunal que tratan sobre expropiaciones manifestarán una evolución en la interpretación dada a esta cláusula de protección de inversiones, tal como veremos a continuación.

2. El recurso al derecho internacional consuetudinario para la determinación del estándar de la reparación

En los tres primeros casos sobre expropiaciones sometidos⁴, el Tribunal no tomó posición alguna respecto del Tratado de Amistad, recurriendo al derecho internacional consuetudinario para determinar el estándar de indemnización que se aplicaría:

"El requiriente es titular en virtud del derecho internacional y de los

*principios generales de derecho a una indemnización por el valor integral (**full value**) de la propiedad de la cual fue despojado"*⁵.

Habré que esperar el laudo rendido en el caso "Sea Land Service Inc. v./Irán" para que el Tribunal mencione el Tratado de Amistad, asimilando el contenido de la cláusula en materia de tratamiento de inversiones extranjeras con la regla de derecho internacional consuetudinario:

*No hay nada en el artículo II o en el artículo IV del Tratado que extienda la responsabilidad internacional del Estado más allá de la categoría de actos reconocidos por el derecho internacional como al origen de la responsabilidad por una expropiación; el concepto de expropiación es el mismo en el Tratado que en el derecho internacional,..."*⁶

En la decisión rendida en el caso "INA v/ Irán", un **obiter dictum** afirma que el derecho internacional consuetudinario era diferente al derecho convencional aplicable en el caso en examen:

*"En el evento de una nacionalización a gran escala de carácter lícita el derecho internacional ha sufrido una gradual revaluación, que ha tenido como consecuencia la disminución del valor doctrinal de cualquier estándar de indemnización integral como se ha pretendido en este caso"*⁷.

Este **dictum** va a provocar que los integrantes de la Cámara se pronuncien con respecto del estándar de la indemnización en derecho internacional consuetudinario en sus "opiniones individuales". Así, por un lado, el árbitro Lagergren, Presidente de la Cámara I, considera la doctrina **Hull** como superada, estimando que la regla de derecho internacional general establece un estándar de

indemnización parcial, que el denomina "indemnización apropiada" (**appropriate compensation**):

*"El principio de "indemnización apropiada", que toma en consideración todas las circunstancias relevantes, ha ciertamente encontrado considerable apoyo en comentarios recientes y pareciera ser actualmente considerado como el estándar legal correcto, al menos en los casos surgidos de nacionalizaciones a larga escala de empresas comerciales de importancia fundamental para la economía de la nación, materia en la cual el estándar Hull parece inadecuado"*⁸.

Por otro lado, el árbitro norteamericano Holtzman se pronunciará de una manera diferente, estimando que el estándar de indemnización integral refleja el estado actual del derecho internacional consuetudinario. Agrega que, en un mundo económicamente interdependiente, el derecho internacional debe estar dirigido a promover la inversión disminuyendo los riesgos a los cuales está expuesta⁹.

En el caso "SEDCO Inc. v/ N.I.O.C. and Iran", la National Iranian Oil Co., alegó que la aplicación del Tratado de Amistad a la expropiación que se examinaba era improcedente, y que en caso de que el Tribunal tuviere un criterio contrario, debería interpretar el artículo 4 par. 2 como operando un reenvío al derecho internacional contemporáneo, el cual según la compañía demandada, no exigía más que el pago de una indemnización parcial que debía:

*"...ser calculada a la luz de todas las circunstancias del caso, y estimado su monto de conformidad con el principio de enriquecimiento sin causa (unjust enrichment)"*¹⁰.

En la decisión rendida en este caso¹¹, el Tribunal reconoce, por una parte, que las

afirmaciones sobre el estado actual del derecho consuetudinario sobre este particular son difíciles de sustentar en virtud del cuestionable valor probatorio de la mayor parte de la práctica interestatal disponible, en particular de los "acuerdos uniformes de indemnización" (**lump sum agreements**), y de los tratados bilaterales de protección de las inversiones¹². Por otra parte, apoyándose en la **Revolución 1803** de la Asamblea General de las Naciones Unidas, la jurisprudencia internacional y la doctrina moderna, el Tribunal considerará que ante un caso como el que se examinaba debía otorgarse una indemnización integral por la propiedad expropiada. El Tribunal no se pronunció sobre el estándar que se aplicaría en los casos de nacionalizaciones a gran escala.

En la decisión "**Sola Tiles Inc. v. Iran**", bien que las partes no habían hecho mención alguna del Tratado de Amistad, la Cámara I decidirá de conformidad con éste y con el derecho consuetudinario, de esta manera adoptando el estándar de la reparación integral¹³. No obstante, la Cámara I subrayará la tendencia contemporánea de utilizar el término "apropiado" para calificar el estándar de la indemnización en derecho internacional general. Esta fórmula busca que todas las circunstancias relevantes sean tomadas en consideración en un caso dado, lo que no excluye que una indemnización "integral" pueda ser "apropiada", según lo ha revelado la práctica judicial y arbitral a juicio del Tribunal¹⁴.

3. La aplicación del estándar del Tratado como *lex specialis*.

En la decisión rendida en el caso "INA", donde la parte iraní no había impugnado la aplicación del Tratado de Amistad, que el Tribunal va a separarse del derecho internacional consuetudinario y aplicará el estándar de **full compensation** en tanto que **lex specialis**:

*"...para los efectos de este caso nos encontramos en presencia de una **lex specialis**, en la forma de un*

*Tratado de Amistad, que en principio prevalece sobre las normas generales*¹⁵.

El Tribunal interpretó que la expresión "the full equivalent of the property taken":

*"...da derecho al reclamante a percibir una indemnización igual al valor de mercado (fair market value) de sus acciones..."*¹⁶.

Posteriormente, el Tribunal agrega que "valor de mercado" (fair market value) puede ser definido como:

*"...el monto que un comprador de buena fe hubiera pagado a un vendedor de buena fe por las acciones de una empresa en buen funcionamiento"*¹⁷.

En las decisiones "**Phelps Dodge Corp. v/ Iran**", "**Payne v/Iran**" y "**AMOCO International Finance Corp. v/Iran**", el Tribunal adoptó el estándar de indemnización integral, previsto en el Tratado de Amistad, sin entrar a discutir el contenido del derecho internacional consuetudinario, por ser el Tratado, a juicio del Tribunal, claramente aplicable en el momento en que ocurrió la expropiación.

B. La legalidad o ilegalidad de la expropiación y la determinación del estándar de la reparación aplicable.

Con excepción de dos decisiones, el Tribunal ha estimado como irrelevante para el cálculo de la indemnización la legalidad o ilegalidad de la expropiación, la cual en todo caso deberá ser "integral". Así, en la decisión "**SEDCO Inc. v/ Iran**", el Tribunal consideró que:

*"...según el derecho internacional consuetudinario en un caso como el presente una indemnización integral debe ser reconocida respecto de los bienes expropiados. Esto se aplica sea legal o no la expropiación"*¹⁸.

De manera opuesta, en las decisiones "**INA**" y "**AMOCO**", el Tribunal considerará oportuno hacer la distinción señalada, aunque únicamente en el segundo se valdrá de ésta para no otorgar una indemnización integral. Por un lado, en la decisión "**INA**", el Tribunal, en un "**obiter dictum**", manifiesta su convicción de que en ciertas circunstancias, el derecho internacional consuetudinario permite el pago de una indemnización parcial. El árbitro Lagergren desarrollará esta idea en una opinión individual anexa a la misma decisión, en la cual, luego de examinar la práctica internacional contemporánea, concluye que:

*"...una aplicación de los habituales principios de derecho internacional, tal como están contenidos en la fórmula "indemnización apropiada", en un caso de nacionalizaciones lícitas a larga escala en un Estado que lleva a cabo un proceso radical de reestructuración económica normalmente requiere que el criterio del "valor de mercado" (fair market value) sea descartado al tomarse en cuenta "todas las circunstancias"*¹⁹.

No obstante lo anterior, ninguna referencia hace el referido árbitro con respecto del estándar que se aplicaría en el caso de una expropiación ilegal.

Por otro lado, en el caso "**AMOCO**" la parte demandante afirmaba que el derecho internacional exige el pago de una indemnización independientemente de la legalidad o ilegalidad de la expropiación. Sin embargo, agrega, en la eventualidad de que ésta sea ilícita, el estándar de indemnización sería más favorable al propietario expropiado que en el caso de una expropiación lícita. Por su parte, los demandados, la compañía pública NIOC, y el Gobierno iraní, afirmaban que en el caso de una nacionalización lícita la indemnización debería ser sustancialmente inferior que en el caso de una expropiación ilícita y que, en todo caso, la indemnización no podría incluir el **lucrum cessans**.

Ante tales pretensiones de ambas partes, y dado que el Tratado de Amistad se limitaba a establecer el estándar de la indemnización únicamente en el caso de una expropiación lícita, el Tribunal para decidir, recurrirá al derecho internacional consuetudinario:

*"...una nacionalización en violación del Tratado haría aplicables las reglas relativas a la responsabilidad del Estado que son prevista no por el Tratado sino por derecho consuetudinario"*²⁰.

En la decisión rendida en el caso "AMOCO", la Cámara III adopta la distinción entre expropiación legal e ilegal a partir de una atrevida lectura del célebre **dictum** de la **Corte Permanente de Justicia Internacional** (CPJI) en el caso de la "Fábrica de Chorzow" de 1928. El Tribunal encuentra que en virtud de esta decisión:

*"...una clara distinción debe ser hecha entre expropiaciones legales e ilegales, puesto que las reglas aplicables a la indemnización a pagar por el Estado expropiante difieren según la calificación legal de la expropiación"*²¹.

A continuación, la Cámara III identifica la dicotomía: mientras que una expropiación legal da derecho solamente a una indemnización equitativa ("el precio justo de lo que fue expropiado"), una expropiación legal obliga al Estado a reparar todos los daños sufridos por el propietario:

*"...la reparación debe, en la medida de lo posible, borrar todas las consecuencias del acto ilegal y reestablecer la situación que probablemente hubiera existido de no haber sido cometido ese acto"*²².

Traducido al lenguaje tradicional del derecho internacional, ello equivale a decir que:

*"... el **damnus emergens**, que debe ser indemnizado en cualquier caso (...) la diferencia es que si la expropiación es legal el valor de la empresa en el momento del despojo es la medida y el límite de la indemnización, mientras que si es ilegal, este valores, o podría ser, solo una parte de la reparación que debe ser pagada"*²³.

A partir de un análisis de las preguntas hechas por la Corte Permanente de Justicia Internacional al experto nombrado en el caso de la "Fábrica Chorzow", la Cámara III del Tribunal va a identificar los elementos que deberán ser tomados en cuenta al realizarse el cálculo del valor de la empresa "en buena marcha" (**going concern**) expropiada. La Cámara, presidida por el jurista francés M. Virally, estimará que la CPJI había distinguido en el fallo citado entre las "perspectivas futuras" de una empresa (**future prospects**) y la capitalización de las ganancias futuras (**lost profits** o **lucrum cessans**), distinción de la cual se valdrá el Tribunal a la hora de determinar el método apropiado para el cálculo del valor de la indemnización, tal como lo veremos en la Segunda Parte del presente artículo²⁴.

Por lo demás, esta interpretación del **dictum** de la CPJI fue rechazada por el árbitro americano Brower en su opinión individual, estimando que representaba un "**misunderstanding of economics**". Para él esta edición, en última instancia: "...es acorde con la conclusión de que el valor de la empresa incluye las ganancias potenciales", subrayando que la decisión se contradice al afirmar, por un lado, que el valor de la empresa es su valor **going concern**, mientras que, por otro lado, no acepta la inclusión del **lucrum cessans** en la indemnización.

II. LA DETERMINACIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN

Como se señaló anteriormente, el acuerdo en la adopción del estándar de la indemnización no se reflejó en una selección uniforme del método para valorar los bienes expropiados. El efecto, este último es subordinado a las circunstancias particulares del caso que se examina:

*"La cuestión del método va más allá del problema del estándar de la indemnización, dado que varios métodos son disponibles y la escogencia entre ellos dependerá de las circunstancias particulares de cada caso"*²⁶.

Antes de abordar propiamente los métodos de valoración disponibles, analizaremos dos de los factores que el Tribunal ha considerado relevantes para el cálculo de las indemnizaciones.

A. El contexto económico de la expropiación

Ha sido generalmente admitido que la valoración de los bienes expropiados debe hacer caso omiso de toda disminución del valor producto de la expropiación misma. Así en la decisión "AIG v/ Iran and Central Insurance of Iran", el Tribunal dispuso que:

*"Al establecerse el valor **going concern** de una empresa (...) es necesario excluir los efectos de las acciones tomadas por el Estado nacionalizante en relación con la empresa cuyo valor ha sido afectado por esas actuaciones..."*²⁷.

De igual forma, en la decisión "Amoco International Finance Corp. v/ Iran", el Tribunal se negó a tomar en cuenta el "**discounted rate**" que implica por sí mismo el riesgo de que los

bienes puedan ser eventualmente expropiados:

*"...siempre ha sido reconocido que los efectos de las perspectivas de expropiación en el mercado de los bienes expropiados debe ser eliminada para la evaluación de la indemnización que debe pagarse, dado que son artificiales y no tienen relación con el valor real de esos bienes"*³¹.

Sin embargo el Tribunal consideró en la decisión "AIG v Iran and Central Insurance Of Iran" que el contexto económico general del país al momento de llevarse a cabo la expropiación debía ser tomado en consideración:

*"...incluyendo las vicisitudes económicas de un período revolucionario, en la medida en que estas condiciones no sean consideradas como producto de la expropiación atribuida al gobierno"*²⁸.

En consecuencia:

*"...los cambios anteriores en las condiciones generales políticas, sociales y económicas que pudieron haber afectado las perspectivas de los negocios de la empresa hasta la fecha en que fue expropiada deben ser considerados. El carácter efímero o permanente de estos cambios determinará su impacto global en las perspectivas futuras de la empresa"*²⁹.

En las decisiones "INA v/ Iran", "Payne v/ Iran" y "Phel Dodge Corp.", el mismo principio fue adoptado por el Tribunal, considerándose que el valor de las empresas nacionalizadas, fue afectado en razón del "**pessimistic**

business outlook" existente una vez que la Revolución Islámica culminó.

En fin, puede afirmarse que para el Tribunal los efectos de la expropiación misma sobre el valor de los bienes expropiados no han sido considerados relevantes para la valoración. Sin embargo, se ha tomado en cuenta los efectos del contexto económica, política o social sobre las actividades de la empresa nacionalizada siempre y cuando se hayan manifestado con anterioridad a la expropiación.

B. La naturaleza económica de los bienes expropiados

Sobre este aspecto dos observaciones importantes pueden ser formuladas:

1. El Tribunal ha prestado atención a la naturaleza particular de los bienes expropiados. Los simples bienes tangibles han sido estimados de manera diferente que los **"integrated business entity"**, lo que se tradujo, como se verá más adelante, en la adopción de diferentes métodos para el cálculo de la indemnización, y en la inclusión o no del **lucrum cessans**.
2. El sector particular de la economía al cual pertenecen los bienes expropiados y sus expectativas futuras de desarrollo han sido tomados en consideración en varias decisiones del Tribunal. Así, en la decisión "Phels Dodge", el Tribunal examinó las perspectivas futuras de una industria de cable:

"...el Tribunal no podría propiamente ignorar los evidentes y significativos efectos de la Revolución iraní en las perspectivas de negocios de SICAB, al menos a corto y mediano plazo"³².

Este elemento fue tomado en consideración en el caso "Payne v/ Iran", donde la expropiación era sobre bienes expuestos a un gran

margen de riesgo en el contexto posrevolucionario, dependiendo la demanda de servicios de la voluntad del gobierno iraní, su principal cliente³³.

De manera semejante, en el fallo rendido en el caso "AIG", en el cual las empresas nacionalizadas eran compañías de seguros, el Tribunal estimó que sus actividades económicas hubieran sido afectadas tarde o temprano por la partida de los grupos sociales acomodados de Irán, lo cual hacía poner en duda su carácter **going concern**.

Por último, en la decisión "Amoco v/ Iran" el Tribunal tendrá presente la inestabilidad de los precios del petróleo para rechazar el método de cálculo propuesto por el requiriente.

C. Los métodos de valoración de bienes expropiados

A fin de determinar las indemnizaciones las Cámaras aplicaron diferentes métodos de valoración en las decisiones. En todos los casos, con excepción de dos, los requirientes pidieron que los bienes expropiados fueran evaluados en su valor **"going concern"**, lo que equivalía a solicitar que se tomara en cuenta:

*"...no sólo el valor contable de los activos de la empresa (**net book value**), sino también elementos como el buen nombre y la probable utilidad futura que la compañía hubiera tenido de continuar operando bajo su antigua administración"³⁴.*

Para llegar a este resultado los requirientes propusieron el método llamado **Discounted Cash Flow (DCF)** o del valor de rendimiento, que consiste en establecer el valor de la empresa a una fecha determinada a partir de una estimación de las probables ganancias futuras, teniendo en cuenta los riesgos inherentes a la actividad de la empresa expropiada. En el caso que las ganancias no estén limitadas en el tiempo por la duración de

un contrato, este método debe anticiparlas hasta el momento en que la aplicación de los factores de descuento las reduce a cero.

Por su lado, el gobierno de la República Islámica de Irán, fundándose en la teoría del enriquecimiento injusto, propuso valorar los bienes expropiados en su valor contable (**net book value**), es decir el valor de los activos tangibles menos los pasivos registrados en las cuentas, y sin que se indemnicen las ganancias futuras.

El Tribunal en la decisión "AIG" se valdrá de una combinación de los métodos propuestos por las partes, considerando que:

*"El método apropiado consiste en valorar la compañía como una empresa en buena marcha (**going concern**), tomando en cuenta no solo el valor contable de sus activos sino también elementos tales como el buen nombre y la probable rentabilidad futura"³⁵.*

En este caso el Tribunal, a partir del valor mínimo (obtenido por el método del valor contable) y del valor máximo (obtenido con base al DCF) propuestos por las partes, optará por realizar una aproximación del valor "tomando en cuenta todas las circunstancias relevantes".

En el caso "INA", la parte requiriente reclamó una indemnización igual al precio pagado por sus acciones un año antes de la expropiación. El Tribunal decidió que el demandante tenía derecho a una indemnización igual al valor normal (**fair market value**) de las acciones, definido éste como:

"El monto que un comprador de buena fe hubiera pagado a un vendedor de buena fe por las acciones de una empresa en buena marcha, sin considerar cualquier disminución en el valor debida a la nacionalización misma o a su anticipación, y excluyendo cualquier consideración de hechos posteriores que hubiera

podido aumentar o disminuir el valor de las acciones"³⁶.

En este caso, los integrantes del Tribunal terminarán por aceptar la evaluación propuesta por los demandantes, pues estimaron que el valor de las acciones no disminuyó durante el año anterior a la Revolución Islámica.

En la decisión "Phelps Dodge Corp.", la Cámara rechazó el método DCF en virtud de la empresa expropiada no podía ser considerada como **going concern** antes de la expropiación y, en consecuencia, la clientela y el **lucrum cessans** no podrían ser evaluados.

En contraste con lo anterior, en el caso "Payne v/ Iran", el Tribunal reconoció que las compañías implicadas eran **going concern** en el momento de la expropiación. No obstante, estimó necesario considerar los efectos de la Revolución sobre la actividad de la empresa antes de que se llevara a cabo la expropiación, pues, en efecto, una disminución en el volumen de sus ventas se había venido operando desde que aquella había acontecido. El Tribunal estimó que si la expropiación:

"...hubiera ocurrido antes, cuando los efectos de la Revolución no era todavía manifiestos, hubiera sido justificado aplicar el método de evaluación similar al propuesto por el requiriente. Sin embargo, el Tribunal considera que los efectos de la Revolución seriamente afectaron la confiabilidad de las dos compañías y el valor de su buen nombre, particularmente por el hecho de que son compañías de servicios"³⁷.

A partir de estas constataciones, el Tribunal prefirió establecer una aproximación del valor "tomando en cuenta todas las circunstancias del caso", sin entrar a analizar los fundamentos legales para proceder de esta manera.

Las circunstancias particulares del caso condujeron al Tribunal a rechazar una valoración **going concern** en el caso "Sola tiles Inc.":

*"...los tribunales arbitrales, incluyendo éste, han declinado valorar la propiedad expropiada como un **going concern** cuando factores concretos relativos a la propiedad misma hacen el uso de este método imposible o inapropiado"³⁸.*

En el caso examinado, el Tribunal luego de estimar que no estaba en capacidad de asignar valor a la clientela, ni al monto del **lucrum cessans**, optará por fijar una indemnización equivalente al valor contable de los valores tangibles.

Es en la decisión "Amoco v/ Iran" donde los aspectos ligados a la fijación de la indemnización serán tratados abundantemente. La sociedad demandante reclamaba el valor de mercado de los bienes expropiados, proponiendo como método de evaluación el DCF. Por su parte, la NIDC y la República Islámica proponían el método del valor contable (**net book value**). El Tribunal se apartó en su fallo de ambas soluciones propuestas, por considerarlas inadecuadas para establecer el valor **going concern** de la empresa nacionalizada. En lo que respecta al método DCF, su rechazo se fundó en varios motivos:

- i. Lo rechaza **prima facie** dado que este método equivale a la **restitutio in integrum**, la cual está reservada a expropiaciones ilegales (de conformidad con la interpretación de la decisión de la CPJI señalada), y en este caso el Tribunal consideró que se trataba de una expropiación legal.
- ii. Este método convierte al **lucrum cessans** en el único elemento que debe ser tomado en cuenta en la indemnización.
- iii. El Tribunal estima poco fiable el método DCF: la capitalización de entradas futuras hipotéticas podría estar al origen de un enriquecimiento injusto por parte del particular indemnizado. El Tribunal subraya que, en el caso que se examinaba, la

ausencia de un mercado libre para los bienes expropiados hacía ilusoria la aplicación de métodos que buscarían determinar su valor de mercado:

"Es un problema de probabilidades, pero es difícil decir, cuando uno toma nota de todas las conjeturas subjetivas incorporadas en la mayoría de estas metodologías, cuál es el grado de probabilidad alcanzado"³⁹.

Al mismo tiempo que reconoce su uso extendido en el mundo de los negocios, el Tribunal recuerda que:

"Una nacionalización no puede ser equiparada a una inversión o a una transacción en un mercado libre"⁴⁰.

Posteriormente, tampoco acepta el método propuesto por los demandados, considerando que:

"...un bien nacionalizado no es solo una colección de activos tangibles. Este puede incluir activos intangibles también (...) ellos normalmente son indemnizados como los activos tangibles, aun si ellos no están incluidos en los libros"⁴¹.

Finalmente, el Tribunal enuncia los principios que lo guiarán en su labor:

"...la escogencia entre todos los métodos disponibles debe ser hecha mas bien con vista en el fin que se propone alcanzar, a fin de evitar resultados arbitrarios y llegar a una equitativa indemnización de conformidad con los estándares legales aplicables"⁴².

Es decir, que el Tribunal subordina los medios al fin: con el objeto de fijar una indemnización equitativa procederá a hacer uso de varios métodos, siempre y cuando ello sea posible. A continuación, en el mismo, el Tribunal procedió a indicar a las partes los datos de base

de para llevar a cabo la valoración, la cual se implementarían en una decisión futura sobre el particular.

- i. "Khemco", la empresa nacionalizada, era y continuaba siendo una unidad económica de producción **going concern**.
- ii. El valor **going concern** comprende los bienes financieros y materiales, pero también los bienes intangibles como la clientela y las perspectivas comerciales.
- iii. El Tribunal tomará prestada la noción de "expectativas legítimas" del célebre laudo arbitral rendido en el caso "Aminoil v/ Libia", subrayando que:

"En el caso presente, las expectativas legítimas de las Partes pueden ser solo deducidas del historial de la empresa y de sus componentes, como también de los términos del acuerdo Khemco, tomado en cuenta las circunstancias prevalecientes en el momento de la expropiación"⁴³.

- iv. Las deudas contraídas por "Khemco".

No obstante el extenso razonamiento del caso "AMOCO", el Tribunal se vale del método DCF en una decisión posterior, "Starret Housing Corp. v/ Iran". En este fallo el Tribunal determinó el valor **going concern** a través de un análisis detallado del valor de los bienes expropiados.

CONCLUSIÓN

Las decisiones de las diferentes Cámaras que componen el Tribunal concuerdan en adoptar la regla de la indemnización integral como estándar de la reparación, que consiste en el equivalente del "valor de mercado" de los bienes expropiados. En el caso particular de las expropiaciones sobre unidades económicas de producción, la indemnización representó lo que se consideró era su valor **going concern**, es decir, en cuanto empresa generadora de ganancias.

Para determinar el carácter **going concern** de los bienes expropiados las decisiones concuerdan al tomar en consideración las circunstancias propias del caso en examen, es decir, por una parte, de la situación político-económica general del país y, por otra parte, de las perspectivas futuras de la actividad económica particular en la que desarrolla sus actividades la empresa expropiada.

La armonía en la jurisprudencia se termina ahí. El problema del método de cálculo del valor **going concern** de los bienes expropiados, que

en definitiva no es otro que el de darle un lugar o no al **lucrum cessans** dentro de la indemnización, no ha gozado de un tratamiento uniforme en las decisiones. Se han fijado indemnizaciones que buscan más un balance de las pretensiones de las partes, que una aplicación rígida de principios jurídicos a través de los diferentes métodos.

La decisión "Amoco v/ Iran" ha ido más allá que fijar una indemnización balanceada, sino que ha traspuesto el espíritu de reconciliación de las pretensiones de las partes a los mismos principios jurídicos aplicables. Esta situación se ha traducido en una fórmula de compromiso sobre el contenido de las reglas de derecho aplicables a la determinación de la indemnización, conduciendo al Tribunal a hacer distinciones que no se imponían: se puede uno preguntar si una distinción en el cálculo de la indemnización fundada sobre el carácter legal o ilegal de la expropiación no deja la puerta abierta a la fijación de una indemnización de naturaleza **punitiva**, aspecto novedoso dentro del derecho internacional, aunque no por ello

conveniente. También podemos interrogarnos sobre lo bien fundado de la distinción entre **lucrum cessans** y las "perspectivas futuras" de la empresa, y sobre la cual además la decisión no es muy convincente respecto a sus consecuencias.

Finalmente, podemos interrogarnos sobre la utilidad de este estudio. Se puede poner en tela de duda que las decisiones del Tribunal puedan ser invocadas como prueba irrefutables del contenido del derecho internacional en la materia. En que medida estas decisiones han sido afectadas por los términos del artículo 4 párrafo 2 del Tratado de Amistad, y por el hecho que los montos acordados sean pagados en

dólares provenientes de la cuenta de garantía establecida por los acuerdos de Argel. Se sabe bien que la incertidumbre sobre la actitud que asumirá el Estado condenado al pago de la indemnización, puede conducir a los árbitros a escoger los métodos de evaluación compatibles con la capacidad de aquél. A ello se agrega lo exigüe de los considerandos de la mayor parte de las decisiones, y en las cuales, los concernientes a la evaluación de los daños, aparte de ser los más reducidos, son los más oscuros. A pesar de estas reservas, el análisis anterior ilustra **grosso modo** la manera como el problema de la indemnización por expropiación puede ser abordado por un tribunal transnacional.

NOTAS

1. En el caso de la "Fábrica de Chorzow" la CPJI declaró: "El principio esencial es que la reparación debe en lo posible borrar todas las consecuencias del acto ilícito y restablecer el estado que habría existido según todas las apariencias si el dicho acto no hubiera sido cometido" (decisión N° 13, 13 setiembre 1928, Serie A, N° 17, p. 47).
2. Formulada empleada por Cordell Hull, Secretario de Estado norteamericano en su nota del 3 de abril de 1940 al embajador mexicano en Washington, donde expresa la posición del gobierno norteamericano respecto a las expropiaciones (**doctrina Hull**).
3. Recopilación de Tratados de las Naciones Unidas, Vol. 284, p. 115.
4. Esos casos son: "**Tippets, Abbet, Mc Carthy, Tratten c/ Tams and AFFA**", Iran-U.S. Claims Tribunal Report, 1984/II, vol. 6, p. 219 ss; "**American International Group c/ Iran**", 1984/I., col. 23, p. 1 ss; "**Starret Housing Corp. c/ Iran**", Iran-U.S. C.T.R., 1983/III, vol. 4, p. 122 ss.
5. "Tippets...", op. cit., p. 225.
6. "Sea Land Service Inc. v/ Iran", Iran-US CTR, 1984/II, p. 168.
7. "INA Corp. v/Iran", Iran-US CTR, 1985/I, p. 380.
8. Ibid., p. 388.
9. Ibid., p. 401.
10. "SEDCO Inc. v/NIOC and Iran", ILM, 1986/III, p. 632.
La teoría del enriquecimiento injusto había sido anteriormente adoptada por el Tribunal en "Sea Land Service Inc. v/ Iran". Contra la adopción de esta teoría se pronuncia el profesor Seild-Hohenverdern en "L'valuation des dommages dans les arbitrages transnationaux", AFDI, 1987, p. 21 quien estima que: "...es la pérdida sufrida por el inversionista y no el enriquecimiento del Estado lo que determina el monto de los daños".
11. "SEDCO", op. cit., p. 632.

12. La Corte Internacional de Justicia se pronunció de manera similar en el caso del "Barcelona Traction" (Recueil des arts et avis consultatifs, 1970, p. 40).
13. "Sola Tiles Inc. v/ Iran", Iran-US CTR, 1987/ I, p. 234.
14. Ibid., p. 236.
15. "INA", op. cit., p. 378.
16. Ibid., p. 378.
17. Ibid., p. 379.
18. "SEDCO", op. cit., p. 634.
19. "INA", op. cit., p. 390.
20. "Amoco International Finance Corp. v/ Iran", ILM, 1988, vol. 27, p. 1340.
21. Ibid., p. 1360.
22. Ibid., p. 1361.
23. Ibid., p. 1361
24. Para el Tribunal la noción de "perspectivas futuras" se refiere: "...al hecho de que la empresa era una "empresa en buena marcha" (**going concern**), que ha demostrado una cierta habilidad para obtener ganancias (...): éste es un elemento de su valor en el momento de la expropiación" (24). Ibid., op. cit., p. 1362,
25. Esta aparente contradicción hace que el árbitro Brower se interrogue: "Qu significa valor "**going concern**" sino el de una empresa en tanto que generadora de ganancias? Ibid., op. cit., p. 1400.
26. Ibid., op. cit., p. 1364. En términos semejante se expresa Roger Wesley en "A compensation framework for expropriated property in the developping countries", in Lillich, R. "The Valusation of Nationalizaed Property", Vol. III, p. 18.
27. "AIG", op. cit., p. 910.
28. Brower. Ch., op. cit., 1987, p. 655.
29. "AIG", op. cit., p. 10.
30. "Phelp Dodges Corp.", op. cit., p. 627.
31. "Amoco", op. cit., p. 1373.
32. "Phelp Dodges Corp.", 1987, p. 665.
33. "Payne v/ Iran", op. cit., p. 15.
34. "AIG", op. cit., p. 11.
35. Ibid., op. cit., p. 11.
36. "INA", op. cit., p. 380.
37. "Payne v/ Iran", op. cit., p. 15.
38. "Sola Tile", op. cit., p. 237.
39. "Amoco" op. cit., p. 1367. Sobre el carácter especulativo de este método, ver Seid-Hohenveldern, op. cit., p. 1368.
40. Ibid., op. cit., p. 1368.
41. Ibid., op. cit., p. 1367.
42. Ibid., op. cit., p. 1367.
43. Ibid., op. cit., p. 1377.

BIBLIOGRAFÍA

- AUDIT, Bernard: "Les Accords d'Alger du 19 janvier 1981 tendant a l'arbitrage des différends entre les Etats-Unis et l'Iran", *Clunet*, 1982, p. 713 ss.
- AUDIT, Bernard: "Le Tribunal des Différends Irano-américains", *Clunet*, 1985, p. 856 ss.
- BROWE, Charles: "Current developments in the law of expropriation and compensation: Preliminary survey of awards of the Iran-US Claims Tribunal", *International Lawyer*, 1987, p. 639 ss.
- CLAGGET, Brice: "The expropriation issue before the Iran-US Claims Tribunal: Is 'Just Compensation' required by International Law or not?", *Law and Policy in International Business*, 1984, p. 813, ss.
- CROOK, John: "Applicable law in international arbitration: the Iran-US Claims Tribunal experience", *American Journal of International Law*, 1989, vol. 83.
- DOLZER, Rudolf: "Indirect expropriation of alien property", *ICSID Review*, 1986, p. 41 ss.
- FRIEDMAN, Oscar: "Compensation cases – Leading and misleading", *American Journal of International Law*, 1985, p. 420 ss.
- GAM, Pamela: "Compensation standard for expropriation", *Columbia Journal of International Law*, 1985, p. 615, ss.
- JONES, David: "The Iran-US Claims Tribunal: Private rights and State responsibility", *Virginia Journal of International Law*, 1984, p. 259 ss.
- LILLITCH, R.B.: "The valuation of nationalized property in International Law", *The University Press of Virginia*, cuatro volúmenes, 1972-1987.
- MENDELSON, M.H.: "Compensation for expropriation: The case law", *American Journal of International Law*, 1985, p. 414 ss.
- PELLONPAA, M. y FITZMAURICE, M.: "Taking of property in the practice of the Iran-US Claims Tribunal", *Netherlands Yearbook of International Law*, 1988, p. 55 ss.
- STEWART, David: "The Iran-US Claims Tribunal: a review of developments 1983-1984", *Law and Policy in International Business*, 1984, p. 677 ss.
- SCHACTER, Oscar: "Compensation for expropriation", *American Journal of International Law*, 1984, p. 124 ss.
- SEIDL-HOHENVERDERNER, Ignaz: "L'évaluation des dommages dans les arbitrages transnationaux", *Annuaire Français de Droit International*, 1987, 1987, p. 7 ss.
- SWANSON, Steven: "Iran-US Claims Tribunal: A policy analysis of the expropriation cases", *Case Western Reserve Journal of International Law*, 1986, p. 307 ss.
- VERWEY, W.D. y SCHRIJVER, NJ: "The taking of foreign property under International law: A new legal perspective?", *Netherlands Yearbook of International Law*, 1984, p. 3 ss.
- Jurisprudencia del Tribunal de Reclamaciones Iraní-americanas:**
- "American International Group Inc. and American Insurance Co. v/ Iran and Central Insurance of Iran"**, **AWARD**, 19 de diciembre de 1983, 23 I.L.M. 1 (1984).
- "AMOCO International Finance Corporation v/ Iran"**, **PARTIAL AWARD**, 14 de julio de 1987, 27 ILM 1314 (1988).

"INA v/ Iran", Iran-US Claims Tribunal Report, 1985/I, p. 373.

"PAYNE v/ Iran", Iran-US Claims Tribunal Report, 1986/III, p. 355 ss.

"Phel Dodge Corp. and Overseas Private Investment Corp v/ Iran", AWARD, 19 de marzo de 1986, 25 ILM 619 (1986).

"Sea Land Service Inc. v/ Iran", Iran-US Claims Tribunal Report, 1984/II, p. 160 ss.

"SEDCO Inc. v/ NIOC and Iran", INTERLOCUTORY AWARD, 27 de marzo de 1986, 25 ILM 629 (1986).

"Sola Tiles Inc. v/ Iran", Iran-US Claims Tribunal Report, 1987/I, p. 223 ss.

Starret Housing Corp. c/ Iran", Iran-US Claims Tribunal Report, 1983/II, p. 122 ss.

"Tippets, Abbet, McCarthy, Stratton v/ Tams-AFFA", Iran-US Claims Tribunal Report, 1984/II, p. 219 ss.
