

LA EXPERIENCIA DEL CAPÍTULO DE INVERSIONES DEL TRATADO DE LIBRE COMERCIO DE AMÉRICA DEL NORTE (TLCAN). LECCIONES PARA EL ALCA

Gustavo VEGA CÁNOVAS

SUMARIO: I. México, Canadá y el capítulo 11 del TLCAN. II. Principales disposiciones del capítulo 11. III. Tratamiento que se otorga a los inversionistas de la región. IV. Expropiación y compensación. V. Prohibiciones a los gobiernos de coartar la libertad de los inversionistas. VI. Otras disposiciones sobre inversión. VII. El sistema de solución de controversias entre un inversionista y un Estado anfitrión. VIII. Principales innovaciones del capítulo 11 del TLCAN. IX. Demandas presentadas al amparo del capítulo 11. X. Demandas contra México. XI. Demandas contra Canadá. XII. Casos sin concluir del capítulo 11. XIII. Temas de preocupación que han surgido a raíz de las demandas entabladas al amparo del capítulo 11. XIV. Desempeño del mecanismo inversionista-Estado anfitrión en el TLCAN. XV. Lecciones para el ALCA. XVI. Recomendaciones.

Desde 1994, en América Latina hemos estado enfrascados en la negociación del Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA), la cual surgió de una iniciativa de los Estados Unidos, y en la que la mayoría de los países latinoamericanos cifran sus esperanzas para recuperar la senda del crecimiento económico. El ALCA forma parte de un proyecto multidimensional más amplio denominado “La Iniciativa para las Américas”, que además de promover la creación de un área de libre comercio busca for-

talecer las incipientes democracias latinoamericanas, promover la defensa de los derechos humanos y la seguridad de la región.

En cuanto al área de libre comercio propiamente dicha, su propósito es liberar y promover el comercio y la inversión entre todos los países del hemisferio occidental. Un segundo objetivo es mejorar la gestión de las relaciones comerciales y de inversión. Para alcanzar dicho propósito, el ALCA probablemente incluya diversos procedimientos para resolver y minimizar los conflictos inherentes a las relaciones económicas más intensas, que es de esperar generará el proceso de liberación. Uno de los procedimientos que muy probablemente será incluido en el ALCA es el que en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte y los llamados tratados de protección a la inversión se ha denominado “mecanismo inversionista-Estado anfitrión”.

El propósito de este trabajo es hacer un recuento de la experiencia del mecanismo de resolución de disputas inversionista-Estado anfitrión, que se incluyó en el capítulo 11 del TLCAN, y extraer algunas lecciones para la negociación del ALCA. Consideramos el análisis de esta experiencia de suma relevancia, ya que es muy probable que el gobierno de Estados Unidos insista en que se incluya un mecanismo similar en el ALCA y porque el mecanismo de solución de disputas inversionista-Estado del TLCAN ha sido sujeto a críticas no del todo merecidas, y de hecho en nuestra opinión puede ser un modelo adecuado para utilizar en el ALCA siempre y cuando se hagan algunas reformas que en este artículo se proponen.

En la segunda sección del artículo examino las causas esenciales que motivaron a Canadá y a México a negociar un capítulo sobre inversión, como parte del TLCAN y sus disposiciones básicas. En esta sección también enfatizo lo innovadoras que resultan las normas del TLCAN en materia de inversión en comparación con otros acuerdos internacionales. En la tercera, se hace un resumen de las controversias que se han planteado ante este mecanismo, y se hace un recuento de los casos que se han planteado y resuelto ante tribunales arbitrales. En la cuarta

sección se discuten algunas de las principales críticas que se han dirigido contra el mecanismo, y se realiza una evaluación general de su eficacia. En la parte final se extraen las principales lecciones de esta experiencia para el ALCA.

I. MÉXICO, CANADÁ Y EL CAPÍTULO 11 DEL TLCAN

Conviene hincar recordando que uno de los objetivos más importantes del TLCAN es aumentar las oportunidades de inversión en las economías miembro, objetivo que tuvo una particular relevancia para Canadá y, aún más, para México. A partir de los años ochenta ambos países empezaron a manifestar su interés por atraer IED de muy diversas maneras. Canadá, por ejemplo, empezó por:

... liberalizar unilateralmente su régimen de inversión internacional y consolidó esto en una serie de acuerdos internacionales, el primero de los cuales fue el ALCEUC [Acuerdo de Libre Comercio entre Estados Unidos y Canadá], y después en varios acuerdos bilaterales, en su mayoría con países en vías de desarrollo, en el TLCAN, y en fecha más reciente, de manera multilateral en el Acuerdo General sobre Comercio y Servicios (AGCSM) que contiene disposiciones importantes en materia de inversión) y en otros acuerdos que siguen siendo defendidos y negociados.¹

De la misma manera, como parte de su programa de reforma estructural de principios de los años ochenta, México adoptó medidas unilaterales de liberalización de su régimen de inversión, que se fueron consolidando gradualmente en el GATT, el TLCAN y en un número creciente de tratados bilaterales de in-

¹ Wilkie, Christopher, “The Origins of NAFTA Investment Provisions: Economic and Policy Considerations” (Jan. 18, 2002) ponencia presentada en la Conferencia intitulada NAFTA, Chapter 11, organizada por the Centre for Trade Policy and Law, de la Universidad de Carleton en Ottawa), p. 2. <http://www.carleton.ca/ctpl/chapter11/index.htm>.

versión (TBI).² Estos acuerdos están basados en el capítulo sobre inversión del TLCAN y su propósito es fomentar y proteger la inversión extranjera, brindando las mismas garantías que el TLCAN ofrece a sus inversionistas. México ha firmado TBI con Argentina, Austria, Cuba, Finlandia, Francia, Alemania, Italia, Bélgica-Luxemburgo, Países Bajos, España y Suiza.

Dicho lo anterior, cabe destacar, sin embargo, que las disposiciones en materia de inversión del TLCAN son las más innovadoras en lo que se refiere a flujos de inversión, sobre todo si consideramos que se trata de un tratado cuyos signatarios son dos países desarrollados y una nación en vías de desarrollo.³ Este capítulo establece un régimen abierto de inversión en América del Norte y brinda un entorno predecible para la inversión y la planeación de negocios.⁴ (El capítulo 11 “comprende

² A partir de 1984 México empezó a eliminar las limitaciones a la propiedad extranjera, al modificar los reglamentos y lineamientos administrativos de la Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera de 1973. En el pasado, esta ley había facultado a la Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras (CNIE) para que suspendiera la aplicación de las restricciones a las inversiones extranjeras cuando se juzgara que éstas eran favorables al interés nacional. Tras las modificaciones de 1989, la CNIE empezó a aprobar automáticamente los proyectos de inversión en las “industrias no restringidas” que cumplían con los lineamientos diseñados para promover el comercio exterior y generar empleos fuera de las principales zonas industriales, como son la ciudad de México, Guadalajara y Monterrey. En 1993, de acuerdo con la Revisión de Políticas Comerciales del GATT, la CNIE había aprobado 98.4% de los proyectos de inversión que se sometieron a su consideración desde 1989. En diciembre de 1993 se aprobó una nueva Ley sobre Inversión Extranjera, la cual eliminó la mayoría de las restricciones incluidas en la ley de 1973.

³ La incorporación del capítulo 11 en el Tratado y la participación de Canadá y México son particularmente notables, dado que, como nos recuerda Wilkie: “A lo largo de la historia, estos dos países siempre se habían mostrado recelosos de la influencia de Estados Unidos en su economía, y esto en ocasiones desalentó la inversión estadounidense” (Wilkie, *op. cit.*, nota 1, p. 10).

⁴ Cabe mencionar que otros capítulos del TLCAN también contienen reglas relativas a la inversión: los capítulos 12 y 14 conciernen a los temas de inversión con respecto a los servicios y los servicios financieros, y el capítulo 17 se refiere a los derechos de propiedad intelectual. Las normas para el comercio relacionado con la inversión están incluidas en las reglas de origen y otras medidas relativas a la devolución y pago diferido de aranceles aduaneros. Veáse Graham, Edward M. and Wilkie, Christopher, “Regional Economic Agreements

prácticamente todas las condiciones imprescindibles que, según los expertos, debe contener un acuerdo internacional en la materia”.⁵ ¿En qué consisten esas condiciones necesarias? Es lo que veremos a continuación.

II. PRINCIPALES DISPOSICIONES DEL CAPÍTULO 11

La sección A del capítulo 11 del TLCAN dispone el tipo de tratamiento que los países miembros del TLCAN han acordado dar a los inversionistas y a las inversiones extranjeras de los otros miembros del TLCAN. En otras palabras, estas disposiciones son la protección sustantiva a la inversión dentro del TLCAN.

Las disposiciones de la sección se han organizado en cuatro diferentes grupos. El primer grupo lo constituyen las disposiciones que definen el tipo de tratamiento que da el TLCAN a los inversionistas y a la inversión extranjera. En el segundo grupo se encuentran las disposiciones que se refieren a la expropiación de una inversión extranjera dentro del TLCAN. El tercer grupo consiste en las prohibiciones a los gobiernos de coartar la libertad de los inversionistas y de sus inversiones. En el cuarto grupo se encuentran todas aquellas disposiciones que forman parte del régimen legal de inversión del TLCAN. Adicionalmente, el capítulo 11 establece un sistema de resolución de controversias para dirigir los conflictos que surjan entre los inversionistas de cualquiera de los tres países y los Estados anfitriones.

III. TRATAMIENTO QUE SE OTORGA A LOS INVERSIONISTAS DE LA REGIÓN

- Trato nacional. El artículo 1102.1 del TLCAN establece que el trato que cada parte dará, de acuerdo con el TLCAN,

and Multinational Firms: The Investment Provisions of NAFTA”, en Mirza, Hafiz (ed.), *Global Competitive Strategies in the World Economy: Multilateralism, Regionalization and the Transnational Firm*.

⁵ Vease Mateos V., Fernando de, “NAFTA, Foreign Direct Investment and Economic Integration; A Mexican Approach”, en OECD, *Migration Free Trade and Regional Integration in North America*, París, 1998, p. 8.

a los inversionistas e inversiones de las partes, será “no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a sus propios inversionistas en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación, venta u otra disposición de las inversiones”. Esta disposición también se aplica a gobiernos estatales o locales, a menos que se haya especificado una excepción particular.⁶

- Trato de nación más favorecida. Los artículos 1103, 1203 y 1406 del TLCAN disponen que el trato que cada parte dará a los inversionistas y a sus inversiones dentro del TLCAN será “no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a los inversionistas de cualquier otra parte o de un país que no sea parte, en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación, venta u otra disposición de inversiones”.
- Nivel mínimo de trato. El artículo 1105 (1) dispone que cada parte dará, a los inversionistas del TLCAN o a sus inversiones, un nivel mínimo de trato, que será el “trato acorde con el derecho internacional, incluido el trato justo y equitativo,⁷ así como protección y seguridad plenas”.⁸

⁶ Los países miembros del TLCAN hicieron algunas excepciones generales y reservas específicas por país a la aplicación del nivel de trato nacional. Estas excepciones se encuentran, entre otras, en el artículo 1108 y Anexos I, II y III del TLCAN, e incluyen excepciones generales relacionadas con la concesión de subsidios o la concesión de excepciones requeridas, entre otras, de acuerdo con las obligaciones sobre propiedad intelectual del artículo 1703.

⁷ El trato justo y equitativo se usa en relación con el trato directo que da un Estado al inversionista o a la inversión en las acciones normales de gobierno. Veáse International Court of Justice, *Case Concerning Electronica Sicula S.p.A. (ELSI)(United States of America vs. Italy)*, juicio del 20 de julio, 1989, párrafos 120-130; Rankin, Jack, *The United States of America vs. The Islamic Republic of Iran*, Case No. 10913 (3 de noviembre de 1987).

⁸ El nivel de protección y seguridad plenas se ha desarrollado en relación con la obligación de un Estado de ejercer las acciones debidas para proteger a un inversionista o una inversión de una probable amenaza de daño que proven-

IV. EXPROPIACIÓN Y COMPENSACIÓN

Las partes acordaron no expropiar las inversiones extranjeras de los socios del TLCAN, excepto por causa de utilidad pública, sobre bases de no discriminación, con apego a la legalidad y a lo que señala el artículo 1105(1) y mediante una indemnización. Esta obligación se aplica en casos de nacionalización, expropiaciones directas o indirectas, y a medidas que se equiparan a la expropiación o nacionalización.⁹

Para determinar el valor justo de mercado, un tribunal puede elegir el criterio de valoración que mejor se ajuste al valor justo en el mercado de esa inversión, incluyendo cuando se aplique el valor corriente, el valor del activo que incluya el valor fiscal declarado de los bienes tangibles u otros criterios. La indemnización debe estar basada en el valor justo de mercado que tenga la inversión inmediatamente antes de la expropiación, lo que se conoce como fecha de la expropiación. Además, la expropiación debe ser pagada sin demora en alguna divisa del Grupo de los 7 (G7), o en una divisa que pueda cambiarse a divisas del G7, y comprenderá los intereses que se hayan generado a partir de la fecha de la expropiación.¹⁰

ga de una tercera parte. Se ha invocado y discutido en demandas que han planteado pérdidas o daños resultado de conflictos armados, motines o conflictos públicos en general. Véase International Court of Justice, *Case Concerning Electronica Sicula S.p.A.* (ELSI)(United States of America vs. Italy), juicio del 20 de julio de 1989, párrafos 102-112, Decisión, *Asian Agricultural Products Limited v. Republic of Sri Lanka* (junio 27 de 1990), 30 I.L.M. 577 (1991).

⁹ Las disposiciones sobre indemnización del TLCAN, en general, aseguran que las expropiaciones sean pagadas de acuerdo con el valor justo que la inversión tenga en el mercado y que los pagos sean totales. Estos dos principios son reconocidos generalmente en el derecho internacional.

¹⁰ Los intereses serán fijados en la moneda de un país del Grupo de los Siete, o a una tasa comercial razonable equivalente para dicha divisa. Véase artículo 1110(4) y (5) del TLCAN.

V. PROHIBICIONES A LOS GOBIERNOS DE COARTAR LA LIBERTAD DE LOS INVERSIONISTAS

- a) Requisitos de desempeño. El artículo 1106 prohíbe la imposición de las medidas conocidas generalmente como requisitos de desempeño, ya sea directamente o por otros medios, “en relación con el establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción u operación de una inversión” de un inversionista extranjero. Se considera requisito de desempeño un requisito que se impone a un inversionista para producir, comprar, exportar, vender o transferir tecnología en forma restringida en relación con la conducción de su inversión. Los requisitos de desempeño típicos, por ejemplo, se refieren a la necesidad de comprar insumos de los productores locales o exportar cierto volumen de bienes por cada monto de bienes vendido en el mercado nacional. La lista en el TLCAN que comprende los requisitos de desempeño eliminados es exhaustiva.¹¹
- b) Altos ejecutivos y consejos de administración. De acuerdo con el artículo 1107 del TLCAN, las partes no pueden exigir a los inversionistas extranjeros que al elegir a los altos ejecutivos para sus empresas éstos sean de cierta nacionalidad. Sin embargo, los países socios del TLCAN pueden exigir que la mayoría de los miembros de los consejos de administración de esas empresas sean de la nacionalidad de la parte donde se encuentra la inversión, siempre que este requisito no reduzca la capacidad del inversionista para controlar su inversión.
- c) Transferencias. De acuerdo con el artículo 1109 del TLCAN, las partes del TLCAN no pueden restringir que las transferencias relacionadas con la inversión de un inversionista extranjero se hagan libremente y sin demoras,

¹¹ Véase artículo 1106(5) del TLCAN.

ya sea fuera del país anfitrión o de regreso al país del inversionista. Las partes no pueden imponer sanciones a los inversionistas en caso de que éstos no puedan regresar el capital invertido en otro de los países miembros del TLCAN. Las restricciones a los movimientos de capital sólo serán permitidas por medio de la aplicación equitativa, no discriminatoria y de buena fe de las leyes relativas de quiebra, la emisión y operaciones de valores, infracciones penales, o las disposiciones relacionadas con el cumplimiento de fallos en procedimientos contenciosos.

VI. OTRAS DISPOSICIONES SOBRE INVERSIÓN

- Una amplia definición de inversión, que incluye virtualmente cualquier inversión (todo tipo de propiedad, directa e indirecta, contingente y actual);¹²
- Considera a cualquier inversionista de un país miembro de TLCAN como si fuera uno propio, o uno de sus empresas estatales u originario del país.¹³ La inversión de un inversionista se define como una inversión que pertenece a un inversionista de TLCAN que la controla directa o indirectamente.¹⁴ Sin embargo, si un inversionista fuera de Norteamérica, con “importantes actividades de negocios” se constituye y organiza bajo las leyes de uno de los países de la región, se le brindan todos los derechos del TLCAN;¹⁵
- Los países miembros de TLCAN pueden adoptar medidas para asegurarse de que las inversiones que se lleven a cabo en sus territorios tengan en cuenta consideraciones ambientales;¹⁶

¹² Artículo 1139 del TLCAN.

¹³ *Idem.*

¹⁴ *Idem.*

¹⁵ Artículo 1113(2) del TLCAN.

¹⁶ Artículo 1114 del TLCAN.

- Se incluyen listas *negativas* (comprendidas en cuatro anexos) que excluyen industrias sensibles de las principales disposiciones del capítulo de inversión del TLCAN.¹⁷ Los anexos describen las medidas que cada país ha escogido para proteger tales industrias. Las listas de México son mucho más largas que las de Canadá y los Estados Unidos.¹⁸ También hay “excepciones de todo un sector”, las cuales se aplican a ciertos grupos, regiones o procedimientos. Éstas incluyen el proceso canadiense y el mexicano de revisión de procedimiento de adquisición de firmas domésticas de cierto tamaño.¹⁹ Para México, el tope es de 25 millones de dólares en bienes totales, y se incrementará a 150 millones de dólares después del décimo año de comenzar el TLCAN (2004).²⁰ Para Canadá, el tope se mantiene en 150 millones de dólares, que es el nivel establecido en el ALCEUC.²¹ Los Estados Unidos mantienen un amplio derecho de prohibir compras de empresas que les represente una amenaza a su seguridad nacional.²²
- El enfoque de listas *negativas* se complementó con la “cláusula automática de liberación” (*Ratchet clause*), la cual establece que si un país decide liberalizar su régimen de inver-

¹⁷ Veáse *supra*, nota 6.

¹⁸ Veáse anexo 3 del TLCAN. En dicho anexo se señalan las industrias reservadas, de acuerdo con la Constitución mexicana, al control exclusivo del Estado. Entre ellas se encuentra el petróleo y productos derivados, la electricidad, la energía y los materiales nucleares, las comunicaciones satelitales, los servicios telegráficos, radiotelegráficos y postales, los ferrocarriles, la emisión de moneda, el control de puertos marítimos y terrestres, y el control de los aereopuertos y helipuertos. Las industrias canadienses reservadas se relacionan con ciertos sectores de los recursos naturales, los servicios sociales –incluidas las políticas relativas a los pueblos aborígenes–, y el transporte. La protección de las industrias culturales, en el caso de Canadá, sigue contemplándose en el TLCAN, aunque no está incluido en los anexos.

¹⁹ Véase Anexo I del TLCAN.

²⁰ *Idem*.

²¹ *Idem*.

²² *Idem*.

siones en rubros no cubiertos por el TLCAN, el nuevo nivel de liberalización se regirá por el TLCAN.²³

VII. EL SISTEMA DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS ENTRE UN INVERSIONISTA Y UN ESTADO ANFITRIÓN

EL capítulo 11 del TLCAN establece un sistema mediante el cual inversionistas individuales o en representación de una empresa pueden reclamar ante un tribunal de arbitraje internacional violaciones por parte de un gobierno, empresas o monopolios estatales a las disposiciones del capítulo.²⁴

Antes de recurrir a un tribunal de arbitraje las partes deben primero intentar resolver la disputa a través de las consultas o la negociación.²⁵ El inversionista que tenga una queja o pretensión debe notificar a la parte en contra de quien se tenga la queja o pretensión al menos noventa días antes de que la queja se someta a arbitraje.²⁶ La notificación debe identificar al quejoso, la naturaleza de la queja, la base en la que se fundamenta la demanda y el remedio que se solicita. Una vez que un inversionista ha iniciado el procedimiento de arbitraje, no puede presentar la misma queja ante otro tribunal en cualesquiera de los países miembros del TLCAN o ante cualquier otro mecanismo de resolución de disputas.²⁷ La expresión del sometimiento al arbitraje y la renuncia a otros foros de resolución de disputas debe hacerse por escrito.²⁸ Se establece un plazo de tres años como límite para presentar quejas con base en el capítulo, el cual se mide a partir de la fecha en la cual el inversionista obtuvo o debió de obtener conocimiento de la violación y de los daños y perjuicios en que incurrió.²⁹

²³ Artículo 1101(1)(C) del TLCAN.

²⁴ Véase los artículos 1116 y 1117 del TLCAN.

²⁵ Artículo 1118 del TLCAN.

²⁶ Artículo 1119 del TLCAN.

²⁷ Artículo 1121 del TLCAN.

²⁸ Artículo 1121 (3) del TLCAN.

²⁹ Artículos 1116 (2), 1117(2).

Los tribunales de arbitraje se componen de tres árbitros, uno nombrado por cada parte en conflicto, y el tercero, el cual asume la presidencia, es seleccionado por acuerdo de las partes involucradas.³⁰ Si uno de los litigantes rehúsa nombrar uno de los árbitros, al secretario general del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversión (ICSID, por sus siglas en inglés) se le autoriza nombrar a los árbitros faltantes.³¹

VIII. PRINCIPALES INNOVACIONES DEL CAPÍTULO 11 DEL TLCAN

Aunque se ha argüido que la mayoría de las disposiciones del capítulo 11 del TLCAN se basan en tratados de inversión bilateral (BIT), que han sido negociados por los Estados Unidos y otros países industrializados con países no miembros del TLCAN desde mediados de los ochenta y el ALCEUC, en realidad es posible demostrar que las disposiciones del capítulo 11 sobre inversiones son innovadoras al comparárselas con otros acuerdos internacionales sobre inversión. Esto explica por qué el TLCAN se ha convertido en modelo a seguir por otras iniciativas de acuerdos multilaterales de inversión, como el que se estaba siguiendo para crear el fallido Acuerdo Multilateral de Inversiones (AMI).³²

Aunque el trato nacional es la piedra conceptual tanto del ALCEUC, de los BIT's y del TLCAN, varias cláusulas de inversión en el capítulo 11 van más allá de las que establecen trato nacional, expropiación y compensación, creando de esta manera normas comunes en América del Norte para el manejo de la inversión extranjera. Por ejemplo, al compararlo con el ALCEUC, el TLCAN es innovador en su cláusula que establece que los inversionistas extranjeros que residan en América del Norte obtengan el mejor trato posible en relación con otros

³⁰ Artículo 1123 del TLCAN.

³¹ Artículo 1124 del TLCAN.

³² Véase De Mateo, *op. cit.*, nota 5, p. 9.

inversionistas extranjeros cuando alguno de los países miembros tenga establecida una limitante en contra de la cláusula del trato nacional. Otra cláusula establece una amplia definición de inversión, que incluye no sólo inversiones con mayoría, sino también intereses minoritarios, inversiones en portafolios y propiedad de inmuebles. También, y a diferencia del ALCEUC, el TLCAN prohíbe el establecimiento de requisitos de nacionalidad para los directores ejecutivos o de negocios propiedad de inversionistas de los otros países miembros del TLCAN.

Otro elemento innovador del capítulo 11 es, sin duda, el mecanismo de resolución de controversias que establece para solucionar disputas entre un inversionista y el Estado anfitrión. La innovación consiste en que el TLCAN concede a los inversionistas el derecho de iniciar un juicio arbitral internacional en contra de un Estado, derecho que tradicionalmente le correspondía únicamente a los Estados. Con este mecanismo se crea un sistema de adjudicación de demandas privadas paralelo a los tribunales nacionales, y se fortalece el papel de reglas transnacionales y de estructuras administrativas internacionales en la implementación de los regímenes de inversión de América del Norte.

Otra innovación del TLCAN fue la adopción de medidas basadas en la reciprocidad y el enfoque de “lista negativa”, que identifica las industrias más sensibles en cada país. Como observan Gestrin y Rugman, “una de las ventajas de esta lista es que hace mucho más transparente la discriminación en los regímenes de inversión de los signatarios”.³³ México tiene la lista más larga de industrias reservadas.³⁴

³³ Gestrin, Michael y Rugman, Alan M., “The North American Free Trade Agreement and Foreign Direct Investment”, *Companies Without Borders: Transnational Corporations in the 1990*, p. 84.

³⁴ Véase *supra* nota 18.

IX. DEMANDAS PRESENTADAS AL AMPARO DEL CAPÍTULO 11

Luego de un arranque lento, a finales de 2002 se habían iniciado 23 casos ante el mecanismo de resolución de disputas sobre inversión del TLCAN (véase el cuadro de abajo). Nueve de ellos fueron contra Canadá, nueve contra México y cinco contra Estados Unidos. De estos 23, se han decidido ocho por parte de tribunales arbitrales,³⁵ cuatro de los cuales se iniciaron en contra del gobierno de México, dos contra el gobierno del Canadá y dos en contra del gobierno de Estados Unidos. Otro de los nueve casos contra Canadá fue resuelto por convenio entre el gobierno canadiense y un inversionista estadounidense.

RELACIÓN DE CASOS DEL CAPÍTULO 11 (1994-2003)

<i>Parte demandante</i>	<i>Parte demandada</i>	<i>Resolución</i>
Ethyl Corp (EUA)	Canadá	Resuelto con base en un fallo emitido bajo el Acuerdo sobre Comercio Internacional de Canadá, con el pago de una indemnización de trece millones de dólares a Ethyl. Una queja se presentó con base en el Acuerdo Canadiense de Comercio Internacional y la decisión fue desfavorable a la medida federal.
Azinian <i>et al.</i> (EUA)	México	El panel de arbitraje rechazó la querella.

³⁵ En el caso del capítulo 11 y de acuerdo con las reglas de arbitraje del CIADI y la UNCITRAL, el término que se utiliza para denominar a los órganos de arbitraje es el de “tribunales de arbitraje”, por lo que en esta sección del capítulo se adoptará esta denominación.

Metalclad (EUA)	México	El panel de arbitraje determinó una indemnización de 16 millones 685 mil dólares con base en el valor de la inversión. La Suprema Corte de la Columbia Británica revocó parcialmente el argumento en el que se sustentó la determinación de la indemnización.
Waste Management I (EUA)	México	El panel de arbitraje apoyó la objeción de México respecto de la jurisdicción.
Waste Management II (EUA)	México	En curso
S. D. Myers (EUA)	Canadá	El panel de arbitraje otorgó a Myers una indemnización equivalente el valor de sus pérdidas. Los tribunales nacionales revisan actualmente el caso.
Sun Belt Water (EUA)	Canadá (Columbia Británica)	El caso está suspendido y es poco probable que prosiga.
Pope and Talbot (EUA)	Canadá	El panel de arbitraje rechazó gran parte de la demanda, pero encontró que Canadá violó el artículo 1105, y con base en la verificación y revisión del incidente se le ordenó a Canadá que pagara 461,566 dólares al inversor.
Methanex (Canadá)	EUA (California)	En curso. Se encontró que la reclamación no cumplía con los requisitos del artículo 1101(1), y se invitó a Methanex a presentar de nuevo la querella. Methanex la presentó corregida en noviembre del 2002.

Ketchum (EUA)	Canadá	No prosiguió
Halchette (EUA)	México	No prosiguió
Signa (Mexico)	Canadá	No prosiguió
CEMSA (EUA) (Karpa <i>et al.</i>)	México	El panel de arbitraje encontró que México había violado el artículo 1102 y determinó una indemnización por el monto de 1.7 millones de pesos mexicanos por concepto de indemnización e intereses.
Loewen (Canadá)	EUA (Mississippi)	En curso
UPS (EUA)	Canadá	El desafío jurisdiccional presentado por Canadá fue exitoso, y el panel de arbitraje le pidió al inversor que presentara una querella modificada.
Mondev (Canadá)	EUA (Boston)	La decisión final rechazó la querella.
ADF (Cda)	EUA	La decisión final rechazó la querella.
Trammel Crow (EUA)	Canadá	En curso
Crompton (EUA)	Canadá	En curso
Robert E. Frank. (EUA)	México	En curso
Canfor (Canadá)	EUA	En curso
Fireman's Fund (EUA)	México	En curso
GAMI Investments (EUA)	MÉXICO	En curso

En la siguiente sección examinaremos brevemente los casos relacionados con México, que ya se fallaron. Despues analizaremos los casos canadienses.

X. DEMANDAS CONTRA MÉXICO

1. *Metalclad*

La empresa Metalclad Inc., dedicada al tratamiento de residuos peligrosos y ubicada en Newprot Beach, California, fue la primera que inició un procedimiento contra el gobierno de México al amparo del capítulo 11. Se trata, sin duda, del más complejo de los casos entablados contra el gobierno mexicano, pues involucró no sólo las políticas ambientales, sino también cuestiones relacionadas con las normas oficiales en tres niveles de gobierno.

El 2 de enero de 1997, Metalclad presentó su demanda ante un panel de arbitraje alegando que, a pesar de contar con la autorización previa del gobierno federal mexicano, los gobiernos de Guadalcázar y del estado de San Luis Potosí le impidieron instalar su planta de tratamiento de residuos peligrosos en el sitio llamado “La Pedrera”, en el ayuntamiento de Guadalcázar de dicho estado. Metalclad pedía una indemnización de 120 millones de dólares por haberse violado los principios de trato nacional y de NMF, así como la prohibición de aplicar requisitos de desempeño.³⁶

Según la empresa, el gobierno federal mexicano la había invitado a invertir en el sector de los rellenos sanitarios de residuos tóxicos³⁷ y le otorgó todos los permisos necesarios para construir

³⁶ Artículos 1102, 1105 y 1110 del capítulo 11 del TLCAN.

³⁷ El gobierno federal mexicano estaba interesado en promover la inversión extranjera en el tratamiento de residuos peligrosos por ser éste un sector muy poco desarrollado en México. Si bien el país genera cada año más de ocho millones de toneladas de desechos peligrosos, menos de 20% de ese volumen es tratado de una manera que no dañe el medio ambiente. En 1997 sólo había en México dos plantas para el tratamiento de desechos peligrosos. La propiedad de ambas está en su mayoría en manos de empresas extranjeras del ramo: Técnicas Medioambientales de México, ubicada en Hermosillo, Sonora, y Residuos Industriales Multiquim, S.A., que opera mayor el relleno sanitario de residuos peligrosos y es propiedad de Waste Management Inc. Véase *The Wall Street Journal*, 14 de octubre de 1997.

la planta. Con esas garantías, Metalclad procedió a construir lo que denominó un relleno sanitario “de punta” para desechos peligrosos. Sin embargo, cuando todo estaba listo, la empresa no pudo echar a andar el relleno sanitario debido, según las palabras de Metalclad, a “las acciones irrationales de diversos funcionarios estatales y municipales”. Debe señalarse que el gobierno federal tiene jurisdicción en varios sectores ambientales, como es la gestión de los residuos tóxicos, pero la zonificación compete al gobierno estatal, y el otorgamiento de permisos de construcción es facultad del gobierno municipal.

Luego de más de tres años y ocho meses de litigios, que generaron más de cinco mil páginas de alegatos tan sólo del gobierno mexicano, el tribunal de arbitraje falló a favor de Metalclad, con el argumento de que el gobierno mexicano había cometido una violación al capítulo 11 al no permitir que la empresa pusiera en marcha el relleno sanitario que había construido por carecer del supuesto permiso de construcción municipal.³⁸ El tribunal estimó que, en virtud de que altos funcionarios del gobierno habían invitado a Metalclad a hacer la inversión, y que la empresa obtuvo los permisos federales y estatales necesarios, el último requerimiento de un permiso municipal adicional constituía una violación al TLCAN. El tribunal aceptó el alegato de Metalclad en el sentido de que había confiado en la representatividad de las autoridades federales para construir, sin necesidad de un permiso municipal, y que este último debía haberle sido otorgado de manera automática. También aceptó la moción de Metalclad de que la negativa a otorgarle el permiso constituía un tipo indirecto de expropiación, y era violatoria del

³⁸ El fallo se basó en dos consideraciones distintas, pero, en opinión del tribunal, relacionadas. En primer lugar, el tribunal resolvió que el municipio no tenía autoridad para negar el permiso de construcción con base en criterios de carácter ambiental, y que sólo estaba facultado para hacerlo de haber habido fallas físicas en el diseño o la construcción del relleno sanitario. Por tanto, dado que, como justificación para negar el permiso, el municipio invocó motivos de carácter ambiental, además de los otros dos argumentos, tal decisión era improcedente.

artículo 1105 del Tratado, que establece la obligación para las partes de brindar a los inversionistas un trato conforme al derecho internacional.

México negó que los funcionarios del gobierno federal hubieran afirmado que eran suficientes los permisos federales y estatales y pretendió demostrar que la empresa sabía perfectamente que era necesario obtener los permisos municipales.³⁹

Asimismo, el tribunal consideró que México había incumplido con el deber de transparencia requerido por el TLCAN, debido a la ausencia de reglas y procedimientos claros que especificaran si, en efecto, el permiso municipal era requerido y que describieran el procedimiento para solicitar dicho permiso. El hecho de que México no hubiera brindado un marco transparente y predecible impidió que Metalclad “recibiera un trato justo y equitativo, de conformidad con lo previsto en el TLCAN”.

México consideró que el fallo había sido sumamente parcial e intentó impugnarlo solicitando su nulidad. Para tal propósito sometió el caso ante la Suprema Corte de la Columbia Británica de Canadá, el tribunal competente del sitio de arbitraje.⁴⁰

Conseguir la nulidad de un fallo es muy difícil. Es un recurso extraordinario que brindan los tribunales nacionales para impugnar un laudo sustentado en argumentos débiles. La norma de revisión que utilizan los tribunales suele ser más elevada con el fin de respetar el acuerdo de las partes para arbitrar, así como el carácter predecible de la resolución de disputas en el sistema comercial internacional. Pese a lo anterior, la Suprema Corte de la Columbia Británica revocó parcialmente el fallo del caso Metalclad en el dictamen fechado el 2 de mayo de 2001. La Corte convino con México en que el tribunal de arbitraje prime-

³⁹ El gobierno mexicano presentó evidencias de que, cuando menos dos años antes del proyecto Guadalcázar y de la presunta invitación, Metalclad ya había intentado sin éxito instalar un incinerador de desechos peligrosos y otras plantas para el tratamiento de dichos materiales.

⁴⁰ El fallo de un panel de arbitraje del TLCAN en materia de inversión es inaplicable en tanto esté en curso un proceso para revocarlo.

ro había interpretado y aplicado las normas de transparencia del capítulo 18 del TLCAN para concluir que la exigencia del permiso municipal y el procedimiento para solicitarlo constituyan una infracción a la obligación de brindar un trato acorde al derecho internacional (artículo 1105), y que después había utilizado esa conclusión como parte de su argumento para resolver que México había expropiado indirectamente la inversión de Metalclad sin otorgarle una indemnización (artículo 1110).

No obstante, el fallo se revocó tan solo de manera parcial. La Suprema Corte de la Columbia Británica encontró que México aún debía impugnar correctamente los sustentos en los que se basaba el laudo de expropiación del tribunal de arbitraje. México no logró convencer a la Suprema Corte de que otro motivo por el que el fallo debía ser revocado era por haberse considerado el decreto ambiental como una expropiación indirecta. En opinión de la Suprema Corte, la decisión del tribunal de arbitraje de definir el decreto ambiental como una medida de expropiación indirecta no excedía el alcance de la solicitud de arbitraje.

El efecto práctico del fallo fue que se recalculara el monto de la indemnización a pagar.

2. Robert Azinian, Kenneth Davitian y Ellen Baca (caso Azinian)

Los inversionistas Azinian, Davitian y Baca, accionistas de la empresa mexicana Desechos Sólidos de Naucalpan, S. A. de C. V. (DESONA), iniciaron un juicio contra el gobierno mexicano, alegando que DESONA había sido indebidamente privada de una concesión para recolectar los desechos municipales, operar un relleno sanitario, construir uno nuevo e instalar una planta de energía eléctrica, concesión que le otorgara previamente el gobierno del ayuntamiento de Naucalpan, en el Estado de México. Con ello, afirmaba la empresa, se habían violado los ar-

tículos 1110 y 1105,⁴¹ por lo que pedía una indemnización cercana a los veinte millones de dólares.⁴² El nuevo gobierno del ayuntamiento de Naucalpan anuló la concesión con el argumento de que la empresa había falseado la información sobre su capacidad financiera y su competencia técnica.⁴³

Tras un proceso de dos años y siete meses, el tribunal de arbitraje emitió su fallo, en el que desechaba por completo la demanda, pues los demandantes no habían logrado demostrar que se hubiera cometido una violación al TLCAN o a alguna otra legislación internacional. En su razonamiento para rechazar la demanda, el tribunal destacó que el TLCAN no prevé que los inversionistas puedan recurrir al arbitraje internacional por motivo de infracciones contractuales,⁴⁴ y consideró que la evidencia que proporcionó el gobierno de México había sido “suficiente para despejar cualquier duda con respecto a la *bona fides* de los jueces mexicanos”.⁴⁵ Al señalar que la disputa se había presentado ante los tribunales nacionales de México, el panel determinó que “no es posible inculpar a una autoridad gubernamental por actuar de una manera sancionada por sus tribunales, a menos que en el plano internacional se desconozca a dichos tribunales”.⁴⁶ Por último, si bien el tribunal admitió que el gobierno mexicano había sido objeto de muchas contrariedades, decidió que cada parte tendría, no obstante, que asumir sus gas-

⁴¹ El artículo 1110, referido a la expropiación, y el 1105, a la obligación de establecer una norma mínima de trato.

⁴² Azinian v. The United Mexican States, ICSID Case No. ARB (AF9/97/2 (nov.1, 1999) <http://www.worldbank.org/icsid/cases/awrds.htm>

⁴³ Debemos señalar que, si bien los demandantes impugnaron la anulación de la concesión ante los tribunales mexicanos, éstos ratificaron la anulación.

⁴⁴ El tribunal señaló que si un inversionista originario de un país miembro del TLCAN “establece una relación contractual con una autoridad pública y es objeto de una infracción por parte de dicha autoridad, no siempre está autorizado para presentar una demanda bajo los términos del TLCAN [...] dado que el Tratado] no tiene el propósito de brindar a los inversionistas extranjeros una salvaguardia contra este tipo de contrariedades”. Véase Fallo, § 83.

⁴⁵ *Ibidem*, § 103.

⁴⁶ *Ibidem*, § 97.

tos.⁴⁷ Cabe mencionar que el fallo del caso Azinian fue el primero emitido por un panel conformado de acuerdo con los términos del capítulo 11 del TLCAN.

3. Waste Management Inc. (Acaverde)

Una de las compañías más importantes de Estados Unidos en el sector de los desechos industriales, Waste Management Inc., empresa de capital público y constituida bajo las leyes del estado de Delaware, entabló una demanda tanto a nombre propio como de Acaverde, S. A. de C. V. El motivo de la demanda fue la supuesta violación a los artículos 1105 y 1110 del TLCAN, que cometiera el Consejo de la ciudad de Acapulco, en el estado de Guerrero, y el Banco Nacional de Obras y Servicios Públicos (Banobras), un banco de desarrollo de propiedad estatal, en relación con la concesión del servicio de recolección y tratamiento de desechos, que otorgara el ayuntamiento de Acapulco a Acaverde, brazo de inversión de Waste Management en México. Esta última reclamaba una indemnización de 36 millones de dólares. De acuerdo con la concesión, el gobierno municipal debía permitir que la empresa realizara el servicio de limpieza de las calles de la ciudad y tenía que otorgarle el permiso para construir un relleno sanitario. La empresa argüía que si bien había efectuado el servicio de limpieza, no había recibido pago alguno por ello, y que se le había obligado a abandonar las inversiones millonarias en dólares que había hecho en el diseño y desarrollo del relleno sanitario. La demanda se rechazó por falta de jurisdicción, a raíz de la impugnación que presentó México contra la competencia del tribunal del TLCAN.⁴⁸ Sin embar-

⁴⁷ El tribunal tomó en consideración varios motivos para no asignar una indemnización al gobierno mexicano, el más importante de los cuales fue, al parecer, lo novedoso del mecanismo, que ofrecía causales desusadas a los demandantes. Véase Fallo, § 126.

⁴⁸ El tribunal decidió que carecía de jurisdicción para conocer del asunto, pues el demandante no había cumplido con una condición esencial para solici-

go, Waste Management volvió a presentar su demanda ante un panel de arbitraje del Tratado.

XI. DEMANDAS CONTRA CANADÁ

1. *Ethyl Corp. vs. Gobierno de Canadá*

En 1997 Canadá aprobó la Ley sobre Aditivos para Gasolina a base de Manganeso (la “Ley”), que prohibía el comercio entre provincias y la importación a Canadá del producto llamado MMT, un aditivo diseñado para incrementar la eficiencia de la gasolina sin plomo para automóviles. La empresa estadounidense Ethyl producía el MMT, y una subsidiaria de ésta lo distribuía en todo el territorio canadiense. Los fabricantes de autos alegaban que el MMT afectaba el funcionamiento de los catalizadores obligatorios en los automóviles para el control de la contaminación, pero Ethyl refutó la acusación.⁴⁹ El gobierno canadiense sostuvo que la Ley era una medida de protección ambiental, pero no pudo demostrar que el MMT fuera peligro-

tar que su demanda se sometiera ante un panel de arbitraje conforme al artículo 1122 del capítulo 11. El artículo en cuestión señala que un inversionista podrá someter su demanda a arbitraje *solamente* si conviene en que el arbitraje se realice conforme a las disposiciones del TLCAN y *solamente* si renuncia a su derecho a recurrir a otros procedimientos de resolución de disputas, sean de nivel local u otros. Waste Management, no obstante, estaba participando en un arbitraje privado y en un procedimiento judicial ante los tribunales mexicanos. Por tanto, no se cumplía con el requisito de la renuncia y con la anuencia por parte del inversionista demandante de atenerse a las disposiciones sobre arbitraje del TLCAN. Al carecer de un acuerdo en materia de arbitraje, el tribunal no tenía competencia para conocer del caso y, por tanto, denegó la demanda.

⁴⁹ Soloway observa: “Lo que realmente está en el fondo de ésta es definir cuál industria [i. e., las empresas automotrices canadienses o las fabricantes estadounidenses de aditivos para gasolina] asumirá los costos tecnológicos necesarios para cumplir con las continuas demandas políticas relativas a la reducción de las emisiones”. Soloway, Julie, “Environmental Regulation as Expropriation: The Case of the NAFTA’s Chapter 11”, *Canadian Business Law Journal*, vol. 33, 2000, pp. 92 y 114.

so, además de que la Ley misma sólo prohibía el comercio del MMT, pero no la producción y distribución del producto en el comercio intraprovincial. Podía afirmarse que la Ley autorizaba o incluso alentaba a Ethyl a instalar plantas de producción en cada una de las provincias canadienses como una forma para abastecer a este mercado.

Ethyl recurrió al mecanismo de arbitraje del capítulo 11 del TLCAN para demandar al gobierno canadiense, alegando que la Ley de ese país constituía una infracción al deber de otorgarle trato nacional y una acción “equiparable a una expropiación”, de acuerdo con la fracción 1 del artículo 1101 del TLCAN. A su vez, el gobierno canadiense argüía que el tribunal carecía de competencia, pues el capítulo 11 sólo ataña a leyes directamente relacionadas con la inversión (como la revisión de leyes sobre inversión extranjera), pero no a normas elaboradas para asuntos más generales. El tribunal rechazó la objeción canadiense sobre la jurisdicción.

El tribunal nunca llegó a conocer del caso, pues las partes resolvieron por su parte la disputa, al rescindir el gobierno canadiense la Ley y pagar a Ethyl 19.3 millones de dólares canadienses. El motivo de este proceder del gobierno canadiense fue el laudo de un panel para la solución de controversias que inició Ethyl al amparo del Acuerdo sobre Comercio Interno (ACI) de Canadá, acuerdo establecido entre los gobiernos federal y provinciales del país para promover un comercio más libre dentro de sus fronteras. Dicho panel determinó que la Ley violaba el ACI, pues restringía el tránsito de productos a través de las fronteras provinciales (artículo 402) y obstaculizaba el comercio interno (artículo 403). Además, la Ley no podía acogerse al artículo 404, que preveía excepciones a lo estipulado en los artículos 402 y 403 por “objetivos legítimos”. Este fallo del panel constituyó una humillación para el gobierno federal, que siempre había respaldado al AIT, y parecía vaticinar la derrota ante el tribunal de arbitraje del capítulo 11.

Pope and Talbot Inc. vs. Gobierno de Canadá

El 29 de mayo de 1996 Canadá y Estados Unidos firmaron el Acuerdo sobre Madera de Coníferas (AMC), por el cual Canadá cobraría una cuota cuando los volúmenes de exportación de dicha madera excedieran las cantidades establecidas para cada año. Pope and Talbot Inc. –empresa estadounidense cuya subsidiaria opera molinos de aserrar en la Columbia Británica y exporta el producto a su país– objetó la forma en que Canadá había puesto en vigor el AMC e invocó varias cláusulas del capítulo 11, mismas a las que el tribunal hizo referencia en tres laudos. En el primer fallo, sobre la moción preliminar del 26 de enero de 2000, el tribunal rechazó la afirmación de Canadá de que el AMC se refería únicamente a productos, y que, por tanto, no entraba en el ámbito de competencia del capítulo 11. En el segundo fallo provisional del 26 de junio de 2000, el tribunal examinó las cuestiones sustantivas de los requisitos de desempeño, la expropiación y la desestimación. En el tercer fallo, en cuanto al fondo de la fase II, del 10 de abril de 2001, el tribunal se refirió a la norma de “trato justo y equitativo” que dispone el artículo 1105, así como a la de trato nacional, junto con otros asuntos derivados, como “circunstancias similares” que se mencionan en dicha cláusula.

En el tercer fallo, el tribunal interpretó que el artículo 1105 estipula una norma distinta de la norma mínima que requiere el derecho internacional. Esto llevó a los ministros de Comercio que actúan en la Comisión de Libre Comercio a emitir una nota explicativa, en la que declararon que “Los conceptos de ‘trato justo y equitativo’ y de ‘protección y seguridad plenas’ no implican un nivel de trato adicional o que exceda aquel que estipula la norma mínima de trato para extranjeros del derecho consuetudinario internacional”.⁵⁰ La nota también señalaba que

⁵⁰ Department of Foreign Affairs, “Pettigrew Welcomes NAFTA Commission’s Initiative to Clarify Chapter 11 Provisions”, *News Release*, Canadá, núm. 116, 1 de agosto de 2001.

“El hecho de que se determine que hubo una infracción de otra cláusula del TLCAN o de otro acuerdo internacional no implica que se haya infringido la fracción 1 del artículo 1105”.

En el segundo fallo, relativo a los asuntos sustantivos del caso, el tribunal invocó el texto de la fracción 1 del artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que con respecto a los requisitos de desempeño estipula: “Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado”. A continuación, el tribunal determinó que aunque el AMC había reducido las exportaciones de Pope and Talbot a Estados Unidos, ello no constituía un “requisito” para instalar o de otra forma operar en Canadá una empresa de propiedad extranjera, como lo especifica la fracción 1 del artículo 1106 del TLCAN. Con respecto a la expropiación y a la queja del demandante de que la restricción a sus exportaciones constituía una “medida equiparable a una expropiación”, de acuerdo con los términos de la fracción 1 del artículo 1110, el tribunal resolvió que “equiparable a” sólo significaba “equivalente”, por lo que era imposible que algo que es equivalente a algo más trascienda o sea mayor que aquello a lo que supuestamente equivale. Por tanto, el tribunal se atuvo al sentido de expropiación que ofrece el derecho internacional, y con base en ello concluyó que el impacto del AMC sobre las actividades empresariales de Pope and Talbot no era suficiente para caracterizarlo como expropiación, de acuerdo con el derecho internacional.

3. S. D. Myers, Inc. vs. Canadá

En 1990, Canadá emitió las Normas para la Exportación de Desechos de PCB, por las cuales se prohibió la exportación de PCB a todos los países, salvo a Estados Unidos. Las normas permiten exportar el PCB a Estados Unidos previa autorización de la Agencia para la Protección del Medio Ambiente (EPA por su nombre en inglés) de dicho país, que sólo se otorgaba a las instancias ofi-

ciales de Estados Unidos que operan en Canadá. En 1995, la EPA autorizó a S. D. Myers –empresa estadounidense dedicada al tratamiento de desechos de PCB, con una planta principal en Ohio y una subsidiaria en Ontario– para que exportara los desechos de PCB de Canadá y les diera tratamiento en Ohio, durante el periodo de noviembre de 1995 a diciembre de 1997. La autorización que la EPA otorgó a Myers fue revocada por el fallo de la Corte de Apelaciones del Noveno Circuito de Estados Unidos, en julio de 1997. Dado que, al término de 1995, las normas estadounidenses dejarían de prohibir la importación de desechos de PCB de Canadá, el gobierno canadiense adoptó varias medidas, entre 1995 y 1997, para restringir la exportación de tales desechos a Estados Unidos.

Myers alegaba que a raíz de dichas medidas se habían cerrado las fronteras canadienses a sus exportaciones durante catorce meses, lo cual era violatorio de los artículos 1102 (trato nacional), 1103 (NMF), 1105 (norma mínima de trato) y 1110 (expropiación). Asimismo, afirmaba que el propósito de esas medidas era apoyar a la única planta canadiense para el tratamiento de desechos de PCB, ubicada en Swan Hills, Alberta, planta que, además, estaba más lejos de Ontario y no podía brindar, por tanto, el servicio que ofrecía la planta de Ohio. El gobierno de Canadá sostenía, por su parte, que las medidas relativas al PCB eran normas ambientales que se habían tomado, *inter alia*, de conformidad con la Convención de Basilea sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de Desechos Peligrosos y de su Tratamiento, del 22 de marzo, la cual podría requerirle que tratara sus desechos de PCB dentro de Canadá. Sin embargo, de acuerdo con el Acuerdo Transfronterizo entre Canadá y Estados Unidos, el primero está obligado a permitir la exportación de los desechos de PCB.

En el caso Myers se empalmaron de manera compleja una serie de asuntos y jurisdicciones. En su fallo, el tribunal determinó que Canadá había impuesto las medidas relativas al PCB con el fin de desarrollar en su país la capacidad a largo plazo

para tratar los desechos peligrosos, propósito ostensiblemente conforme a la Convención de Basilea. Sin embargo, continuó el tribunal, el método usado para ello había sido aplicar una prohibición a la exportación discriminatoria, que no podía justificarse por criterios ambientales y cuyo primer efecto era proteger al competidor canadiense de la competencia extranjera. Por tanto, el tribunal determinó de manera unánime que las medidas relativas al PCB no eran acordes con la obligación de Canadá de brindar trato nacional, como lo estipula el artículo 1102 del TLCAN. Con respecto al artículo 1105, la mayoría del tribunal opinó que la discriminación por motivos de nacionalidad es indudablemente violatorio del derecho internacional y, por ende, del artículo 1105. La antes mencionada nota explicativa de la Comisión de Libre Comercio revocó posteriormente esta interpretación.

Myers alegó que, con respecto al artículo 1110, las medidas relativas al PCB constituyan “medidas equiparables a la nacionalización o expropiación de [...] una inversión”. El tribunal convino en que el término “equiparable a” no daba a la definición de expropiación un sentido más amplio que el de los conceptos de “expropiación indirecta” o “expropiación soslayada”, ya contenidos en el derecho internacional sobre expropiaciones y aceptados por las partes del TLCAN. Sobre este punto, el fallo coincidió con el del caso Pope and Talbot, con lo cual al parecer se niega decididamente la idea de que el artículo 1110 haga que los gobiernos nacionales tengan frente a los inversionistas extranjeros más obligaciones que las que tienen frente a los inversionistas nacionales.

XII. CASOS SIN CONCLUIR DEL CAPÍTULO 11

Como mencionamos antes, durante los ocho años de experiencia con el capítulo 11 del TLCAN se han presentado 23 casos ante el mecanismo de resolución de disputas sobre inversión del TLCAN (véase el cuadro de arriba). Nueve de ellos fueron con-

tra Canadá, nueve contra México y cinco contra Estados Unidos. De estos 23, se han decidido ocho por parte de tribunales arbitrales, cuatro de los cuales se iniciaron en contra del gobierno de México, dos contra el gobierno del Canadá y dos en contra del gobierno de Estados Unidos. Otro de los nueve casos contra Canadá fue resuelto por convenio entre el gobierno canadiense y un inversionista estadounidense

Todos estos casos tocan una variedad de temas complejos y controvertidos, como la denominada “incautación reglamentaria” (*regulatory taking*), es decir, el proceso de demanda que inicia un inversionista cuando, a su juicio, la acción reglamentaria del gobierno es equiparable a una expropiación o constituyó un despojo obligado de sus activos en esa jurisdicción. Otros casos –como las demandas de los inversionistas estadounidenses contra Canadá– se relacionaron con su capacidad para demandar, dada la inexistencia de evidencias claras de que se hubieran hecho inversiones directas en Canadá. Por su parte, de los casos de demandas de inversionistas canadienses algunos han versado sobre fallos de tribunales, más que sobre medidas gubernamentales. La totalidad de estos casos presentan altos grados de complejidad que los tribunales de arbitraje deberán resolver.

Dada la naturaleza de las demandas, no deberían sorprendernos los álgidos debates que se han generado en sectores importantes de los tres países, en torno a aspectos importantes del funcionamiento del capítulo o con respecto a la intención de los gobiernos de establecer el sistema de resolución de disputas entre inversionistas y Estados, habiendo incluso quienes afirman que diversos puntos relevantes de dicho capítulo tendrían que renegociarse o modificarse.⁵¹

En mi opinión, sin embargo, es demasiado pronto para extraer conclusiones definitivas sobre la operación del capítulo 11, lo que no significa que no haya asuntos que deban examinarse a la

⁵¹ Véase el apéndice 2 de esta capítulo.

luz de estos ocho años de experiencia.⁵² No obstante, ninguno de estos asuntos ponen en cuestionamiento, en mi opinión a la premisa central del capítulo 11, a saber: que los particulares pueden impugnar y exigir una indemnización cuando consideren que un gobierno faltó a sus obligaciones dentro del capítulo.

Un primer elemento que debe tenerse en cuenta en una evaluación del desempeño del mecanismo de resolución de disputas del capítulo 11 es el monto y sumas involucradas por reclamaciones en los casos del capítulo 11.

Algunos críticos han expresado su preocupación ante las elevadas sumas que representan las indemnizaciones que se solicitan en los casos iniciados hasta ahora, que en total ascienden a más de tres mil quinientos millones de dólares.

Sin embargo, no olvidemos, antes que nada, que sólo en tres de los cuatro fallos a favor del inversionista demandante se fijó el importe de la indemnización. El tribunal de arbitraje del caso Metalclad otorgó al demandante una indemnización de 16.7 millones de dólares, incluidos los intereses, cantidad que equivale a 13% del importe que demandaba Metalclad.⁵³ Pero incluso en este caso, un fallo reciente de un tribunal de la Columbia Británica revocó parcialmente la sentencia, con lo que el importe a pagar por los daños disminuyó ligeramente. En el caso de CEMSA, el tribunal concedió al demandante 1.7 millones de pesos mexicanos por concepto de daños e intereses. Esta cantidad constituye el 17% de la cantidad reclamada por CEMSA. En el tercer caso, el de Pope y Talbot, el tribunal concedió al demandante la cantidad

⁵² De hecho, en un dictamen reciente de los tres gobiernos se reconoció esta necesidad de revisar el capítulo. En su fallo del 31 de julio de 2001, los ministros aclararon y corroboraron su compromiso de aplicar las disposiciones del capítulo 11 de la manera más transparente posible, poniendo a disposición pública todos los documentos presentados en relación con los casos, y sujetos tan sólo a los requisitos normales de confidencialidad empresarial. También afirmaron que las estipulaciones del artículo 1105 se limitan a aquellas que prescribe el derecho consuetudinario internacional. El fallo tiene un carácter obligatorio para los futuros arbitrajes.

⁵³ Veáse el caso Metalclad.

de medio millón de dólares, la cual constituye el mero 0.5% del la cantidad reclamada original. En el cuarto caso el de S. D. Myers. aún no se determina el monto de la indemnización, y el gobierno canadiense ha promovido ante los tribunales de su país la anulación del fallo.⁵⁴

Uno de los 23 casos se resolvió durante el proceso, pero sin intervención del panel de arbitraje. Se trata del caso de Ethyl Corporation, en el que Canadá aceptó pagar a la empresa alrededor de trece millones de dólares como indemnización y derogar la prohibición del comercio del MMT entre las provincias, además de ofrecer una disculpa pública.⁵⁵ El importe así pactado representó 6.4% de la suma que Ethyl demandaba originalmente. Por otra parte, dos de los 23 casos se resolvieron por retiro de la demanda del inversionista, uno de los cuales se dio como consecuencia del fallo de Pope and Talbot. Otro de los 23 casos ha estado inactivo durante mucho tiempo (*Sunbelt Water vs. Canadá*), y no es claro que pueda considerarse como una demanda sometida ante el panel de arbitraje.

Ocho casos están pendientes de resolución, entre los cuales se encuentran tres contra Estados Unidos, el país que más demandas ha iniciado en todo el mundo a favor de sus inversionistas y donde residen los inversionistas que más demandas han presentado ante el mecanismo de resolución de disputas entre inversionistas y Estados.

Es cierto que el total de las sumas demandadas en estos casos asciende a más de tres mil quinientos millones de dólares, pero incluso si la mitad de los casos se resolvieran a favor de los demandantes y las sumas otorgadas representaran más o menos 20% de las indemnizaciones demandadas, estaríamos hablando de alrededor de 700 millones de dólares. Esta cantidad no equivale siquiera a 0.5% del monto total estimado de inversión extranjera que ha llegado a México desde la entrada en vigor del TLCAN. El gobierno mexicano estima que en marzo de 2000

⁵⁴ *Idem*.

⁵⁵ *Idem*.

los inversionistas estadounidenses y canadienses tenían participaciones en cuando menos 12,557 empresas en México. De entre todas esas empresas, siete inversionistas fueron los que entablaron demandas contra México ante un tribunal de arbitraje del TLCAN en materia de inversión.

XIII. TEMAS DE PREOCUPACIÓN QUE HAN SURGIDO A RAÍZ DE LAS DEMANDAS ENTABLADAS AL AMPARO DEL CAPÍTULO 11

1. El capítulo 11 coarta la capacidad del gobierno para adoptar políticas de protección al medio ambiente, lo cual es contrario a las disposiciones ambientales del TLCAN

Los grupos ambientalistas de los tres países miembros del TLCAN han argumentado que varios casos del capítulo 11 —en concreto, los casos MMT, Metalclad, Myers, Waste and Management, Azinian, y Sun Belt— demuestran claramente la forma en que los inversionistas extranjeros pueden hacer a un lado las “regulaciones ambientales” mediante el mecanismo de resolución de disputas de dicho capítulo. Asimismo, han expresado su preocupación de que las corporaciones multinacionales vean al capítulo 11 como un vehículo para “acabar con una legislación que no pudieron detener por medio de las vías tradicionales”.⁵⁶ Con todo respeto, disentimos de esa opinión. La mayoría de los casos que se han sometido ante los tribunales del capítulo 11 no han concernido a temas ambientales, sino de manera indirecta, tratándose más bien de asuntos relacionados con la discriminación, para cuya solución fueron elaborados los acuerdos sobre comercio e inversión.

⁵⁶ Véase Hart, Michael, “The future an the Table: the Continuing Negotiating Agenda under the Canada-United States Free Trade Agreement”, en G. Dearden, Richard *et al.* (eds.), *Living with Free Trade: Canada, the Free Trade Agreement and the GATT*, 1989, p. 19. De hecho, en noviembre de 1998, el Sierra Club, el Consejo de Canadienses, Greenpeace Canadá y el Congreso del Trabajo Canadiense pidieron a los gobiernos del TLCAN que suspendieran el caso S. D. Myers hasta que “se elabore un proceso adecuado” que permita manejar los casos del capítulo 11 relacionados con el medio ambiente. *Idem*.

El caso que se refiere más directamente a la regulación ambiental es el de *Methanex vs. Estados Unidos*, pero éste aún no ha concluido.⁵⁷ En cuanto a los otros casos que tocan indirectamente el tema del medio ambiente, tales como el *S. D. Mayer vs. Canadá*, *Metalclad vs. México*, y *Azinian vs. México*, las cuestiones sometidas ante los tribunales se referían a la aplicación discriminatoria de las medidas gubernamentales, y no a la capacidad o deseabilidad de una acción del gobierno en el ámbito de la normatividad ambiental. Para regular en materia de protección del medio ambiente los gobiernos cuentan con una gran variedad de instrumentos políticos diseñados para tal propósito. El capítulo 11 del TLCAN no contraviene ni entorpece dichas políticas; sólo exige que no se les aplique de manera discriminatoria contra los inversionistas extranjeros.

2. *Carácter secreto*

Por otra parte, varios grupos han criticado el procedimiento de resolución de disputas en materia de inversión del TLCAN en virtud del modo secreto y poco transparente con el que, en su opinión, se han manejado hasta ahora los casos.⁵⁸ Esta crítica

⁵⁷ Methanex entabló una demanda al amparo del capítulo 11 a raíz de que California prohibió el MTBE, un derivado del metanol, lo cual, según la empresa, afectaba su capacidad para producir metanol en California y, por ende, devaluaba las inversiones que ahí tenía.

⁵⁸ En un artículo publicado en el *New York Times* a principios de 2001, se calificaba al sistema de arbitraje en materia de inversión de la siguiente manera: "Sus reuniones son secretas. Sus miembros casi siempre son desconocidos. Los fallos que emiten no siempre son dados a conocer por completo. Empero, la forma en que un pequeño grupo de tribunales internacionales maneja las disputas entre los inversionistas y los gobiernos extranjeros ha hecho que se revoquen las leyes nacionales, que se cuestionen los sistemas judiciales y que se impugnen las normas ambientales. Y todo ello se hace alegando que se protegen los derechos de los inversionistas extranjeros, según los términos del Tratado de Libre Comercio de América del Norte". Véase DePalma, Anthony, "NAFTA's Powerful Little Secret. Obscure Tribunals Settle Disputes, but Go Too Far, Critics Say", *The New York Times*, Money and Business/Financial

significa que los paneles de arbitraje del TLCAN pueden decidir a puerta cerrada, sin la participación, escrutinio o críticas de la opinión pública. Sin embargo, en ninguna parte del diseño institucional del sistema de arbitraje en materia de inversión del TLCAN está previsto que así sea. A dos paneles les ha tocado ya examinar el tema de la confidencialidad. El panel del caso Metlaclad determinó que no había nada ni en el TLCAN ni en las Reglas de CIADI que impidiera a las partes en disputa litigar de manera pública el caso o proveer información, de acuerdo con la legislación correspondiente. Como lo señaló el tribunal, la única restricción atañía a la publicación de las minutas de los procesos del tribunal. Este requisito mínimo y razonable pretende brindar un clima apropiado para la conducción del arbitraje.

Por otra parte, es importante reconocer que las críticas relativas a la falta de transparencia efectivamente produjeron una reacción de parte de los gobiernos miembros del TLCAN, los cuales, como mencionamos antes, decidieron emitir una nota explicativa, en la que se abordaba directamente esa cuestión. De acuerdo con la nota firmada por los tres ministros, no existe disposición alguna en el TLCAN que impida a los signatarios poner a disposición del público los documentos relacionados con las disputas presentadas ante el capítulo 11, y que cada uno de los países convenga en ello. No obstante, también autoriza que toda información empresarial privilegiada o confidencial se retire de los documentos que hayan de hacerse públicos.

3. Las empresas y los paneles interpretan de manera muy amplia las disposiciones del Capítulo 11 con el fin de otorgar a los inversionistas una norma de trato que los gobiernos nunca pretendieron brindarles

Podría argumentarse que la intención del mecanismo de resolución de disputas del capítulo 11 es proteger a los particula-

Desk, sección 3, col. 1, p. 1, 11 de marzo de 2001, última edición (se encuentra también en *Lexis Nexis*, Newsgroup File, Most Recent Two Years).

res de los países del TLCAN de una acción arbitraria y discriminatoria por parte de un gobierno miembro. Sin embargo, como lo reconocen Kirton, Rugman y Soloway, y como lo han mostrado los casos del capítulo 11, “las empresas o individuos originarios de un país miembro del TLCAN que invierten en otro país miembro del TLCAN pueden presentar una demanda contra el gobierno del país anfitrión si consideran que se han violado sus derechos, de acuerdo con las disposiciones específicas del capítulo 11 del TLCAN”. A diferencia del capítulo 20, señalan los especialistas, el capítulo 11 no ofrece una relación clara de causales por las que pueda iniciarse una acción.

La consecuencia de que no exista tal relación puede observarse en el hecho de que más de la mitad de las demandas hechas por los inversionistas, según los términos del capítulo 11, han apelado al artículo 1110, relativo a la expropiación, argumentando que el gobierno de un país miembro del TLCAN cometió actos “equiparables a una expropiación”. Ahora bien, el hecho de que, según algunos autores, el capítulo 11 no ofrezca una definición explícita de cuáles son los actos “equiparables a una expropiación” plantea un verdadero dilema, dado que con ello se deja un margen de acción muy amplio a los inversionistas del TLCAN que quieren impugnar las normas o políticas del gobierno anfitrión que consideran violatorias de sus derechos, según lo establecido en el Tratado.⁵⁹

Además, en varios de los casos que se han conducido bajo el capítulo 11, los propios gobiernos del TLCAN se quejaron de que las empresas estaban interpretando en forma muy abierta las disposiciones a fin de otorgar a los inversionistas una norma mínima de trato que ellos nunca pretendieron brindarles. Por ejemplo, en el caso Methanex, Estados Unidos alegó que no era correcto que la empresa canadiense lo hubiera acusado de violar los acuerdos de la Organización Mundial de Comercio sobre

⁵⁹ Véanse Graham y Wilkie, *op. cit.*, nota 4, Hufbauer, Gary *et al.* (eds.), *NAFTA and the Environment: Seven Years Later*, Washington, Institute for International Economics, 2000.

barreras técnicas al comercio y medidas sanitarias y fitosanitarias como justificación para llevar el caso ante el panel del capítulo 11. Methanex, como ya mencionamos antes, entabló una demanda al amparo del capítulo 11 a raíz de que California prohibió el MTBE, un derivado del metanol, lo cual, según la empresa, afectaba su capacidad para producir metanol en California y, por ende, devaluaba las inversiones que ahí tenía. De igual forma, como ya mencionamos, Metalclad obtuvo un fallo favorable del panel con base en la supuesta infracción por parte de México de las disposiciones sobre transparencia que se hallan en diversas partes del TLCAN, alegato que obligó al gobierno mexicano a tratar de anular la indemnización decretada por el tribunal de arbitraje.

Por todo lo anterior, los gobiernos se vieron en la necesidad de dar respuesta a estos asuntos en un documento de julio de 2001, intitulado “Clarificaciones de la Comisión de Libre Comercio en Relación con el capítulo 11 del TLCAN”.⁶⁰ Este documento examina una de las disposiciones básicas del capítulo 11, a saber: la fracción 1 del artículo 1105, que prescribe el nivel de trato “justo y equitativo” y “las protecciones y seguridad plenas” que deben dispensarse a las inversiones de inversionistas del TLCAN.

De acuerdo con las clarificaciones emitidas por los tres ministros de Comercio, la fracción 1 del artículo 1105 “no exige un nivel de trato adicional o superior al nivel mínimo de trato a extranjeros que estipula el derecho ‘consuetudinario’ internacional”.⁶¹ A ello también se refiere la declaración que establece: “El hecho de que se determine que hubo una infracción de otra cláusula del TLCAN o de otro acuerdo internacional no implica que se haya infringido la fracción 1 del artículo 1105”. El propósito de los tres ministros de Comercio es que, mediante la

⁶⁰ Véase Comunicado de Prensa, Department of Foreign Affairs, Canadá, Pettigrew Welcomes NAFTA’s Commission’s Initiatives to Clarify Chapter 11 Provisions (August, 1, 2001) (<http://webapps.dfaid-maci.gc.ca/minpub/Publication.asp>).

⁶¹ *Idem*.

adición del término “consuetudinario”, no incluido en la fracción 1 del artículo 1105, y la declaración antes citada, el nivel de trato se refiera tan sólo a normas claramente especificadas y se excluyan las obligaciones incluidas en otros acuerdos.

Canadá pretendía, también, una clarificación en la que se delimitara con más precisión lo que un panel del capítulo 11 puede considerar “expropiación”. Por ejemplo, tanto Canadá como varios grupos ambientalistas querían que se añadiera al texto lo necesario a fin de que el gobierno tuviera libertad de instituir nuevas reglas sobre calidad ambiental sin el temor de recibir represalias por parte de un inversionista extranjero amparado bajo el capítulo 11. No obstante, las clarificaciones de los tres ministros de Comercio solamente señalan que los gobiernos han “instruido a un grupo de expertos para que continúe examinando la implementación y funcionamiento del Capítulo 11, y para que formule recomendaciones cuando lo juzgue apropiado”.⁶²

¿Cómo podemos entender la aparente falta de respuesta por parte de los gobiernos de México y Estados Unidos a esta preocupación de Canadá? En mi opinión, existen dos razones básicas que explican la actitud de dichos gobiernos. En primer lugar, es posible que ambos consideraran que la preocupación canadiense con respecto a la presunta falta de definición en el capítulo 11 de lo que constituye un acto “equiparable a una expropiación” es un tanto exagerada y se deriva del fallo del panel en el caso Ethyl, en el cual el gobierno canadiense se vio en una posición muy incómoda que no pudo defender.⁶³ En segundo

⁶² *Idem*.

⁶³ En el caso Ethyl, el gobierno de Canadá se vio involucrado al aprobar una legislación que prohibía el comercio interprovincial e internacional del MMT, con el argumento de que representaba un peligro para la salud. No es claro el motivo que llevó al gobierno federal canadiense a proseguir con la aprobación de la iniciativa, cuando sus propios funcionarios le advirtieron que dicha ley contravenía el Acuerdo Interno sobre Comercio (AIC) de 1994 (negociado para facilitar el comercio interprovincial de productos, que durante años fue causa de polémicas dentro de Canadá), así como las disposiciones del TLCAN sobre trato nacional. La determinación de las normas sobre combustibles es una

lugar, también es probable que ambos gobiernos consideraran que los propios paneles han empezado a estudiar apropiadamente la aparente falta de definición en el capítulo 11 de lo que constituye un acto “equiparable a una expropiación”.⁶⁴

XIV. DESEMPEÑO DEL MECANISMO INVERSIONISTA-ESTADO ANFITRIÓN EN EL TLCAN

El mecanismo de arbitraje en materia de inversión del TLCAN no es un instrumento que sirva para proteger la totalidad del régimen de inversión del Tratado. Su propósito es más modesto, aunque no menos importante, a saber: resolver las disputas que surgen cuando un inversionista considera que el gobierno no otorgó a su inversión el trato que correspondía de acuerdo con las obligaciones estipuladas en la sección A del capítulo 11 del TLCAN, y que, como consecuencia de ello, sufrió pérdidas o da-

responsabilidad provincial, a menos que pueda interpretarse que el asunto compete al ámbito federal por tratarse de la protección de la salud o el medio ambiente. Ottawa no pudo demostrar patentemente que el MMT constituyera una amenaza para lo uno o lo otro. Pero si el caso contra Ethyl Co. fue endeble desde el principio, la postura de Ottawa se debilitó aún más por el fallo negativo del panel que se integró en Canadá, de acuerdo con los términos del AIC. El gobierno federal negoció, entonces, un acuerdo con Ethyl por el cual la empresa suspendería su demanda amparada en el capítulo 11 a cambio de que se le pagara una indemnización (trece millones de dólares estadounidenses). Según los críticos, este proceso tuvo como resultado el socavar las facultades de Canadá para proteger la salud pública y el medio ambiente.

⁶⁴ Recordemos que en el caso Azinian, que surgió a partir de la demanda de una empresa estadounidense de que un fallo regulatorio de México había sido un acto equiparable a una expropiación, el panel rechazó el caso por ser frívolo y perjudicar al gobierno mexicano, al cual habría otorgado el pago de una indemnización de no haber sido por lo novedoso del proceso. Más importante aún, el panel sentó un precedente muy importante para futuros casos al referirse a las incautaciones reglamentarias (*regulatory takings*) y medidas equivalentes a una expropiación, con lo que establecía que cuando un gobierno, en el ejercicio de su legítima autoridad normativa, causara daños a un particular, ello no tendría que dar lugar a un litigio en los términos del capítulo 11. Es probable que algunos de los casos restantes contribuyan a esclarecer aún más este aspecto fundamental.

ños. ¿Ha sido efectivo el mecanismo para resolver este tipo de disputas? Y, más aún, ¿ha sido efectivo para resolver los conflictos originados por dichas disputas?

En términos generales, las evidencias que se desprenden de nuestro análisis señalan que es un mecanismo eficiente y, por tanto, efectivo para resolver las disputas en materia de inversión. La experiencia hasta ahora muestra que los arbitrajes se han iniciado, se han constituido los tribunales y se han comenzado los procedimientos, sin que las partes en disputa hayan pretendido retrasar las cosas o se hayan rehusado al arbitraje. Las partes han contado con amplias oportunidades para someter sus objeciones, impugnaciones, propuestas y quejas. A la fecha, lo usual ha sido que los tribunales concedan cuatro rondas de alegatos por escrito, sobre temas sustantivos, además de permitir todas las impugnaciones jurisdiccionales y otros tipos de reclamaciones y propuestas. A diferencia de los otros mecanismos para la resolución de disputas que incluye el TLCAN, el arbitraje en materia de inversión del capítulo 11 utiliza normas de procedimiento que existen y se aplican fuera del Tratado, y que comprenden órganos administrativos independientes –el caso del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversión (ICSID, por su nombre en inglés), y las Reglas de Facilidades Adicionales del ICSID–, o establecen formas para resolver los impasses durante la administración de un arbitraje que no depende únicamente de la buena voluntad de las partes en disputa. Esto contribuye a la conducción ágil y eficiente de los procedimientos.

Hasta ahora no se ha informado que alguna de las partes se haya negado o demorado en efectuar el pago de la indemnización ordenado por un fallo. De hecho, tenemos el caso del gobierno de México, el cual pagó ya la indemnización a Metalclad. De esto se desprenden varias consecuencias. El tribunal arbitral en materia de inversión del TLCAN no está diseñado para modificar directamente la política o medida que suscita el conflicto. Facilita el carácter ejecutorio y el cumplimiento de

una resolución, dado que para un Estado suele ser más fácil pagar la indemnización que modificar o enmendar una ley o política. Es, o debería ser, una vía de recurso extraordinaria, y no un procedimiento al que deba acudirse en el caso de problemas o medidas menores que sería más efectivo impugnar por las vías de recurso nacional a fin de garantizar la continuidad de la inversión.⁶⁵

De hecho, este mecanismo deriva del derecho consuetudinario sobre demandas, de acuerdo con el derecho internacional, y en él se requiere que se agoten las vías de recurso locales antes de presentar una demanda ante un tribunal internacional. Aunque, según los términos del TLCAN, el inversionista, como regla general, no tiene que agotar las vías locales como condición procesal para poder presentar una demanda, algunas de las disposiciones sustantivas presentan ciertos vacíos que ningún tribunal ha resuelto hasta la fecha.⁶⁶

Más importante aún, para propósitos de efectividad, se establece que la resolución de disputas por el tribunal arbitral relativo a inversiones del TLCAN es *res judicata*. Por tanto, el inversionista no puede impugnar las mismas medidas a través de otro procedimiento judicial o quasi judicial. En este nivel, la estipulación del monto adjudicado para resolver la disputa también resuelve el conflicto, pues, al someter su demanda ante el mecanismo arbitraje, el inversionista acepta que con el pago de una indemnización adecuada quedaría resuelta su demanda.

Ahora bien, algo que resulta muy interesante, y que hemos descubierto a partir de nuestros estudios empíricos, es que el me-

⁶⁵ También es extraordinario en el sentido de que no es una vía de recurso nacional, sino un procedimiento de legislación internacional. El punto en cuestión no es si la medida fue legal o legítima de acuerdo con las leyes del país de origen de la parte, sino determinar si fue contraria a las obligaciones contraídas según los términos del TLCAN.

⁶⁶ Por ejemplo, una de las cuestiones planteadas ante el tribunal del caso Loewen consiste en determinar si para poder alegar que se violó el artículo 1105 por denegación de justicia es preciso que el demandante o su inversión hayan agotado todas las vías de recurso locales.

canismo también tiene un efecto preventivo o disuasorio indirecto, y resuelve los conflictos antes de que éstos lleguen a la etapa final del proceso de tribunales arbitrales. Mencionamos antes que al menos en uno de los casos el conflicto se solucionó antes de que concluyera el proceso del arbitraje relativo a inversiones del TLCAN.

En el caso Ethyl, Canadá prefirió pagar para concluir la disputa y revocar la medida, antes que arriesgarse a perder ante el tribunal de arbitraje del TLCAN. Asimismo, una evidencia del efecto disuasorio del mecanismo es el hecho de que los gobiernos locales y federales de las partes consideren como un factor muy importante para su toma de decisiones el peligro de que, al adoptar medidas que involucran a inversionistas de los países miembros del Tratado o a sus inversiones, se viole alguna disposición del TLCAN en materia de inversión y el afectado apele al mecanismo de arbitraje del mismo.

Con base en las evidencias recabadas durante algunas entrevistas sabemos que, en lo que respecta a sus decisiones relativas a inversionistas extranjeros, el gobierno mexicano, tanto en el ámbito federal como local, efectivamente considera la posibilidad de incurrir en una violación de las disposiciones del Tratado en materia de inversión que conduzca al arbitraje. Todas estas evidencias sugieren que el mecanismo de arbitraje relativo a inversiones del TLCAN ejerce un efecto disuasivo o preventivo indirecto en la resolución de conflictos que han dado o podrían dar lugar a disputas.

En suma, el mecanismo de arbitraje en materia de inversión del TLCAN es un instrumento eficaz para resolver las disputas sobre inversiones, porque su diseño institucional impide que haya un desequilibrio de poderes, al ofrecer a los inversionistas privados una vía de recurso directa y basada en reglas, y porque el arbitraje entre las partes pública y privada toma elementos de distintas tradiciones legales y brinda referencias y reglas procesales que rebasan el interés último de las partes en disputa.

Como hemos mostrado, los tribunales arbitrales sobre inversión del TLCAN no son sumarios, sino que su duración es razonable, y se conducen de manera ágil, sin que ninguna de las partes en disputa retrase el proceso innecesariamente. La flexibilidad de las reglas respecto a la forma de conducir el arbitraje hace posible responder a las distintas necesidades de idioma y de otros tipos, y permiten que las partes en disputa presenten claramente sus casos y sean escuchadas. Asimismo, las partes pueden hacer que estas reglas contribuyan al mejoramiento del mecanismo.

El mecanismo no está legalmente cerrado a la publicidad, la difusión pública o el escrutinio, aunque sí ofrece los niveles mínimos de confidencialidad que son necesarios para la adecuada conducción de cualquier proceso legal. Las partes en disputa están autorizadas para publicar o comentar información muy rápidamente, o bien para darla a conocer a su público o a sus autoridades. En este sentido, cada parte es responsable de la publicidad que propicia, y la opinión pública de cada país es responsable de exigir información a sus autoridades. No obstante, al contrario a lo que muchos detractores insinúan, el diseño institucional del mecanismo de arbitraje en materia de inversión del TLCAN no contiene entre sus rasgos el de la protección del carácter secreto de cierta información.

Por último, aunque ha habido algunos fallos en los que los tribunales arbitrales interpretaron en forma muy amplia las reglas del TLCAN, también ha habido otros casos en los que los tribunales castigaron a los inversionistas quejosos por presentar una demanda, o denegaron la querella porque el inversionista no cumplió con los requisitos del acuerdo para arbitrar. Según el derecho internacional, dichos fallos son únicamente persuasivos, y sólo tendrán potestad en la medida en que puedan convencer a otros tribunales de que están sustentados de manera firme y correcta en la ley aplicable, en los hechos, y en la consideración de todas las circunstancias del caso. Dado que otros fallos habrán de venir, los árbitros deben tomar muy seriamente

en cuenta los límites institucionales del mecanismo de arbitraje sobre inversión del TLCAN, así como del derecho internacional en materia de inversión extranjera.

En otras palabras, el análisis y debate de dichos fallos apenas ha comenzado, y, con ello, el diálogo, gracias al cual también el derecho vive, evoluciona y se desarrolla. No obstante, como se señaló al principio de este trabajo, a la fecha sólo tres casos de arbitraje han concluido cabalmente y están cerrados, por lo que aún es muy pronto para evaluar si la tendencia es en el sentido de que las disposiciones sobre inversión estén siendo interpretadas de manera excesivamente abierta, de tal suerte que se interfiere con el ejercicio legítimo de la autoridad gubernamental; que se estén interpretando de manera demasiado rígida, con lo que los inversionistas de los países miembros del TLCAN quedan a merced de gobiernos arbitrarios; o bien, están siendo aplicadas en forma equilibrada, a fin de ofrecer una vía de recurso a los inversionistas frente a un ejercicio gubernamental del poder irrazonable, discriminatorio e injusto, a la vez que se protege a los gobiernos de aquellos demandantes que lo único que buscan es recuperar lo que perdieron como resultado de los riesgos normales en cualquier negocio. Esto incluye las pérdidas resultantes de las decisiones legítimas y de buena fe que han tomado los tres gobiernos de una Norteamérica con sociedades sumamente complejas y con regímenes democráticos.

XV. LECCIONES PARA EL ALCA

De todo lo anterior podemos concluir que el mecanismo inversionista-Estado anfitrión resulta un precedente útil y podría servir de modelo para los negociadores del ALCA. Sin embargo, la experiencia del funcionamiento del capítulo 11 nos ofrece la posibilidad de considerar eventuales reformas al mismo con el fin de que pudiera ser un sistema más efectivo aun en el ALCA. A continuación se ofrecen algunas posibles.

XVI. RECOMENDACIONES

1. *Transparencia*

No existe una razón de peso por la cual el mecanismo de resolución de disputas entre inversionistas y Estados no pueda estar abierto al escrutinio público y a la rendición de cuentas, en particular, dado que puede darse el caso de que se presenten a litigio ante un tribunal arbitral asuntos de interés público. En su origen, el capítulo 11 se basó en procedimientos de arbitraje sobre asuntos privados, en los cuales era conveniente observar la confidencialidad a fin de facilitar la conciliación que llevara a la resolución de la disputa. Sin embargo, dada la facultad del capítulo 11 para abarcar asuntos que son del interés de la población general, aquellas razones deberían ser reconsideradas. Tendrían, entonces, que tomarse medidas para abrir el proceso en mayor grado de lo que propuso la Comisión del TLCAN en julio pasado.

Algunos de los asuntos que habrían de tratarse serían: cómo y en qué medida deben darse a conocer los documentos a la opinión pública; quién está facultado para asistir a los juicios; quién está facultado para intervenir ante un tribunal arbitral, etcétera. Una manera en que podrían resolverse algunos de estos asuntos sería que las partes negociaran los procedimientos que habrán de emplearse para los casos relativos al capítulo 11, siguiendo el modelo de los procedimientos del ICSID y del UNCITRAL, pero adaptados a los requerimientos específicos del capítulo 11. El hecho de que se sigan tres procedimientos de arbitraje distintos —el del ICSID, el “Mecanismo Complementario” del ICSID, y el del UNCITRAL— hace aún más confuso para la opinión pública el funcionamiento del capítulo 11.

2. Alcance del mecanismo de resolución de disputas inversionista-Estado, del capítulo 11

En el texto de este capítulo no está claramente determinado cuál es su alcance, lo que hace que tanto los litigantes como los tribunales arbitrales pueden interpretarlo de manera muy amplia, quizás con más creatividad de la que fue originalmente pensada. Esto no es en sí mismo negativo, pero puede ser contrario a lo que las partes pretendían. De igual forma, algunos conceptos del capítulo 11 –*e. g.*, en el artículo 1105, el “nivel mínimo de trato”– son muy vagos, por lo que litigantes y tribunales arbitrales cuentan con un margen de acción muy amplio para interpretarlos.⁶⁷

Las decisiones de los casos conforme vayan conformando precedentes convincentes tarde o temprano llenarán este vacío, pero tal vez lo hagan de una manera que rebase la intención original de las partes. Uno de los peligros del proceso judicial moderno es la tentación que pueden tener los tribunales arbitrales de legislar, en lugar de sentenciar, sobre todo en aquellas áreas en las que la legislación sustantiva es vaga y sujeta a interpretaciones. La mayoría de las críticas al capítulo 11 provienen, por supuesto, de quienes están más ansiosos de hacer uso de esta tendencia en otros campos, tales como los acuerdos internacionales sobre medio ambiente y derechos humanos. Además, como lo ha señalado Tony Van Duzer, no es inusual que las partes —o los gobiernos— redacten en los acuerdos o leyes principios muy amplios y dejen que sean las

⁶⁷ El profesor sir Robert Jennings, antiguo presidente de la Corte Internacional de Justicia de La Haya, envió una fuerte misiva al tribunal arbitral del caso Methanex, en la que expresaba su decidida objeción a la decisión de la Comisión del TLCAN que presenta la interpretación que hizo dicho tribunal arbitral del artículo 1105. En opinión de sir Jennings, la decisión, más que interpretar la letra del artículo 1105, lo que hace es tergiversarla. Su misiva, por decir lo menos, destaca la necesidad de esclarecer algunos de los conceptos básicos del capítulo 11. Véase la declaración de sir Jennings en www.cyberus.ca/~tweiler/nataclaims.html.

sentencias específicas a cada caso las que vayan resolviendo los detalles del alcance que se pretende dar a la ley o acuerdo.

Sin embargo, las países que negocian el ALCA harían bien en aprovechar la experiencia del TLCAN como base para establecer de manera más razonada el alcance y propósito del mecanismo de arbitraje inversionista-Estado. La facultad de interpretar las disposiciones del capítulo XI se utilizó en el caso del artículo 1105 para clarificar su alcance, y dicho ejercicio podría nuevamente utilizarse para clarificar el alcance del término “medidas equivalentes a una expropiación” del artículo 1110.

3. Penas contra demandas frívolas

Algunos críticos han expresado su temor de que algunas empresas poderosas puedan valerse de los procedimientos del capítulo 11 para frenar medidas normativas legítimas. Aunque, como mencionamos antes, existen pocas evidencias que sustenten este temor, podría contemplarse un remedio para ello. En algunos casos se ha visto ya que es posible obligar al pago de cierto monto al gobierno ofendido en caso de una demanda maliciosa o frívola. Los tribunales arbitrales deben ser exhortados a utilizar esta disposición siempre que sea necesario.

4. Empleo de contribuciones amicus

Los tribunales arbitrales ya han expresado su voluntad de aceptar contribuciones *amicus*, pero la regla tendría que ser similar a la adoptada por el Órgano de Apelación de la OMC: las terceras partes pueden presentar libremente sus contribuciones al tribunal arbitral, pero éste no está de ninguna manera obligado a considerar alguna o la totalidad de ellas. Esto sólo funcionaría si el sistema se abriera más, de tal suerte que las terceras partes pudieran estar mejor informadas de los hechos

y asuntos en litigio. Por otra parte, esto añade costos y complicaciones para los litigantes, pues se ven en la necesidad de preparar y responder a las contribuciones *amicus*, aun sin saber si serán consideradas. Es un costo que deben estar dispuestos a pagar.