

## CAPÍTULO TERCERO

### EL CAPÍTULO 11 DEL TLCAN: MECANISMO DE RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS INVERSIONISTA-ESTADO ANFITRIÓN

I. Introducción . . . . .	81
II. Principales disposiciones del capítulo 11 . . . . .	82
1. Tratamiento que se otorga a los inversionistas de la región . . . . .	83
2. Expropiación e indemnización . . . . .	84
3. Prohibiciones a los gobiernos de coartar la libertad de los inversionistas . . . . .	84
4. Otras disposiciones sobre inversión . . . . .	85
5. El sistema de solución de controversias entre un in- versionista y un Estado anfitrión . . . . .	87
6. Principales innovaciones del capítulo 11 del TLCAN .	88
III. Significado político-institucional del capítulo 11 para las partes . . . . .	89
1. El caso de los Estados Unidos . . . . .	89
2. El caso de México . . . . .	91
3. El caso del Canadá . . . . .	94
IV. Demandas presentadas por inversionistas al amparo del capítulo 11 . . . . .	97
1. Demandas contra México . . . . .	100
2. Demandas contra Canadá . . . . .	109
3. Demandas contra Estados Unidos. . . . .	114
4. El funcionamiento del capítulo 11 . . . . .	120
5. Asuntos que han surgido a raíz de las demandas enta- bladas al amparo del capítulo 11 . . . . .	128

CAPÍTULO TERCERO

EL CAPÍTULO 11 DEL TLCAN:  
MECANISMO DE RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS  
INVERSIONISTA-ESTADO ANFITRIÓN

I. INTRODUCCIÓN

En las negociaciones del TLCAN los tres países se propusieron asegurar un mercado regional unificado en el que fluyeran sin restricciones las inversiones directas y de portafolio provenientes de la región de América del Norte. Con el objetivo de establecer un clima de certeza y seguridad para las inversiones se incluyó en el TLCAN un capítulo especial, el número 11, en el que se establecen los derechos y protecciones que los tres Estados se comprometen a conceder a las inversiones e inversionistas a futuro. Con el fin de asegurar el cumplimiento de dichos compromisos, también se incluye un mecanismo especial de resolución de disputas, el cual denominaremos inversionista-Estado anfitrión. El mecanismo resultante resultó similar al del capítulo 19 en cuanto a que son los particulares, en este caso los inversionistas, quienes pueden accionar directamente el mecanismo, y no los gobiernos de los Estados. Igualmente, el mecanismo del capítulo 11 fue diseñado con base en un modelo orientado por reglas, pero también en forma muy novedosa y peculiar.

En la primera sección de este capítulo se examinan las principales disposiciones sustantivas del capítulo 11, destacándose el carácter innovador de ellas en comparación con otros acuerdos internacionales de inversión. En esta sección también se analiza el diseño institucional del mecanismo de resolución de disputas y sus peculiaridades. En la segunda sección se destaca el significado político-institucional que el capítulo 11 tuvo para los tres países, en especial para México y Canadá. En particular, se señala cómo mientras que para el primero significó un cambio radical en su política tradicional hacia la inversión extranjera directa (IED),

para Canadá significó un cambio evolutivo, más que revolucionario. La tercera parte hace un resumen y breve descripción de los casos que se han presentado ante el mecanismo inversionista-Estado anfitrión, analizándose a detalle los casos que han sido decididos por tribunales arbitrales hasta la fecha. La cuarta parte evalúa las principales críticas que se han enderezado en contra de algunas de las decisiones que han emitido los tribunales arbitrales y respecto de algunas de las pretensiones que se han planteado en otros de los casos pendientes. En particular, se discute la tesis que han planteado algunos detractores del mecanismo de que el mecanismo inversionista-Estado anfitrión vulnera la soberanía de los Estados para promulgar políticas públicas que regulen el medio ambiente o la salud pública. En el apartado final se llega a algunas conclusiones acerca del valor que ha tenido el mecanismo inversionista-Estado anfitrión para resolver eficazmente los conflictos que se le han planteado y mejorar la gestión de las relaciones de inversión entre los socios del TLCAN.

## 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 las otras disposiciones que forman parte del régimen legal de inversión del TLCAN. Adicionalmente, el capítulo 11 establece un sistema de resolución de controversias para dirimir los conflictos que surjan entre los inversionistas de cualquiera de los tres países y los Estados anfitriones.

## 1. *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, 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.<sup>131</sup>
- Trato de nación más favorecida. Los artículos 1103, 1203, 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,<sup>132</sup> así como protección y seguridad plenas”.<sup>133</sup>

<sup>131</sup> 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.

<sup>132</sup> 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. Véase International Court of Justice, *Case Concerning Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)* (United States of America v. Italy), juicio del 20 de julio, 1989, párrafos 120-130; Rankin, Jack, *The United States of America v. The Islamic Republic of Iran*, case No. 10913 (3 de noviembre de 1987).

<sup>133</sup> 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 provenga 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

## 2. *Expropiación e indemnización*

Las partes acordaron no expropiar las inversiones extranjeras de los socios del TLCAN excepto por causa de utilidad pública, sobre bases no discriminatorias, 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.<sup>134</sup>

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.<sup>135</sup>

## 3. *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,

Justice, *Case Concerning Electronica Sicula S.p.A. (ELSI)* (United States of America v. 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).

<sup>134</sup> 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.

<sup>135</sup> 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.

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.<sup>136</sup>

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, 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 a quiebra, emisión y operaciones de valores, infracciones penales, o disposiciones relacionadas con el cumplimiento de fallos en procedimientos contenciosos.

#### 4. *Otras disposiciones sobre inversión*

- El capítulo 11 establece una amplia definición de inversión, que incluye virtualmente cualquier inversión (todo tipo de propiedad, directa e indirecta, contingente y actual).<sup>137</sup>
- Considera a cualquier inversionista de un país miembro del TLCAN como si fuera uno propio, o uno de sus empresas estatales u originario del país.<sup>138</sup> La inversión de un inversionista se define

<sup>136</sup> Véase artículo 1106(5) del TLCAN.

<sup>137</sup> Artículo 1139 del TLCAN.

<sup>138</sup> *Idem.*

como una inversión que pertenece a un inversionista del TLCAN que la controla directa o indirectamente.<sup>139</sup> Sin embargo, si un inversionista fuera de América del Norte, 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;<sup>140</sup>

- Los países miembros del TLCAN pueden adoptar medidas para asegurarse de que las inversiones que se lleven a cabo en sus territorios tengan en cuenta consideraciones ambientales;<sup>141</sup>
- Se incluyen listas *negativas* (comprendidas en cuatro anexos) que excluyen industrias sensibles de las principales disposiciones del capítulo de inversión del TLCAN.<sup>142</sup> 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.<sup>143</sup> 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.<sup>144</sup> Para México, el tope 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).<sup>145</sup> Para Canadá, el tope se mantiene en 150 millones de dólares, que es el nivel establecido en el ALCCEU.<sup>146</sup> Los Estados Unidos mantienen un amplio

<sup>139</sup> *Idem.*

<sup>140</sup> Artículo 1113(2) del TLCAN.

<sup>141</sup> Artículo 1114 del TLCAN.

<sup>142</sup> Véase *supra* nota 132.

<sup>143</sup> Véase 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 aeropuertos 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.

<sup>144</sup> Véase Anexo I del TLCAN.

<sup>145</sup> *Idem.*

<sup>146</sup> *Idem.*

derecho de prohibir compras de empresas que les represente una amenaza a su seguridad nacional.<sup>147</sup>

- 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 inversiones en rubros no cubiertos por el TLCAN, el nuevo nivel de liberalización se registrará por el TLCAN.<sup>148</sup>

### 5. *El sistema de solución de controversias entre un inversionista y un Estado anfitrión*

EL capítulo 11 del TLCAN establece un sistema mediante el cual los 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.<sup>149</sup> Antes de recurrir a un tribunal de arbitraje las partes deben primero intentar resolver la disputa a través de las consultas o la negociación.<sup>150</sup> 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.<sup>151</sup> 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 cualquiera de los países miembros del TLCAN o ante cualquier otro mecanismo de resolución de disputas.<sup>152</sup> La expresión del sometimiento al arbitraje y la renuncia a otros foros de resolución de disputas debe hacerse por escrito.<sup>153</sup> 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.<sup>154</sup>

<sup>147</sup> *Idem.*

<sup>148</sup> Artículo 1101(1)(C) del TLCAN.

<sup>149</sup> Véase los artículos 1116 y 1117 del TLCAN.

<sup>150</sup> Artículo 1118 del TLCAN.

<sup>151</sup> Artículo 1119 del TLCAN.

<sup>152</sup> Artículo 1121 del TLCAN.

<sup>153</sup> Artículo 1121(3) del TLCAN.

<sup>154</sup> 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.<sup>155</sup> Si uno de los litigantes rehúsa nombrar uno de los árbitros, al secretario general del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversión (CIADI) se le autoriza nombrar a los árbitros faltantes.<sup>156</sup>

## 6. 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 ALCCEU, en realidad es posible demostrar que algunas 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).<sup>157</sup>

Aunque el trato nacional es la piedra conceptual tanto del ALCCEU, 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 ALCCEU, el TLCAN es innovador en su cláusula que establece que inversionistas extranjeros que residan en América del Norte obtengan el mejor trato posible en relación con otros inversionistas extranjeros cuando alguno de los países miembros tenga establecido 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 ALCCEU, el TLCAN prohíbe el establecimiento de requisitos de nacionalidad para los directores

<sup>155</sup> Artículo 1123 del TLCAN.

<sup>156</sup> Artículo 1124 del TLCAN.

<sup>157</sup> Véase De Mateo (1997), p. 9.

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 en el que las partes depositan en los particulares el control del inicio de un arbitraje en el que se dirimirá la posible responsabilidad internacional del Estado anfitrión por violaciones a las obligaciones establecidas en el capítulo 11. Con ello 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”.<sup>158</sup> México tiene la lista más larga de industrias reservadas.<sup>159</sup>

Tal vez la innovación más importante en este ámbito es la inclusión misma de obligaciones sobre trato a inversionistas extranjeros y liberación del régimen de inversiones como parte integral de un tratado comprehensivo de libre comercio. Hasta antes del TLCAN estos aspectos se habían manejado en forma separada e independiente a las relaciones comerciales entre países (Vandeveld, 1998).

### III. SIGNIFICADO POLÍTICO-INSTITUCIONAL DEL CAPÍTULO 11 PARA LAS PARTES

#### 1. *El caso de los Estados Unidos*

Iniciamos esta sección con el caso de los Estados Unidos, porque sin lugar a dudas fue ese país el que colocó en la mesa de negociación un capítulo de protección de las inversiones con recurso a un mecanismo de re-

<sup>158</sup> Gestrin, Michael y Rugman, Alan M. (1996), p. 84.

<sup>159</sup> Véase *supra* nota 144.

solución de conflictos y lo convirtió en un requisito indispensable para la celebración del TLCAN. El tema era importante para los Estados Unidos tanto desde la perspectiva de la tradición de su agenda política internacional como desde el contexto histórico de su agenda bilateral con México y el Canadá.

Si algo ha caracterizado a la diplomacia de los Estados Unidos desde la segunda mitad del siglo XIX es su activa defensa y protección de los intereses e integridad física de sus nacionales en el extranjero. Esta actividad tomó forma y se desarrolló tanto a través de tratados bilaterales como en el ejercicio activo del derecho de representación y reclamación diplomáticas. El Tratado Jay, celebrado entre los Estados Unidos e Inglaterra en 1795, es el acuerdo moderno precursor de los tratados de amistad, comercio y navegación que proliferaron durante el siglo XIX. De ahí evolucionaron los tratados bilaterales de inversión (BITs, por sus siglas en inglés), de los cuales existen hoy más de dos mil firmados a nivel internacional. Los Estados Unidos se encuentran dentro de los treinta países más activos en la celebración de acuerdos bilaterales con 43 BITs (UNCTAD: *Bilateral Investment Treaties 1959-1999*). Adicionalmente, los Estados Unidos fueron uno de los países que impulsaron la negociación del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados de 1966, que entró en vigor para los Estados Unidos el 14 de octubre de 1966.

En cuanto a representación y reclamaciones diplomáticas, el historial de los Estados Unidos también es abundante. Como ningún otro país, los Estados Unidos han participado en comisiones mixtas de reclamaciones y otros mecanismos similares para dirimir reclamaciones por violaciones al trato que los Estados deben otorgar a los nacionales extranjeros bajo el derecho consuetudinario internacional. El historial en el campo de las reclamaciones internacionales no siempre ha sido positivo, y en ello encontramos múltiples ejemplos, especialmente en América Latina, de lo que se ha denominado *gunboat diplomacy*, intervenciones militares o cuasi militares sobre la base de reclamaciones diplomáticas. Esto sobre todo durante la última mitad del siglo XIX y las dos primeras décadas del XX.

Lo cierto es que la protección de los intereses de sus nacionales en el extranjero bajo su más moderna expresión, la protección de sus inversionistas en el extranjero, constituía una pieza esencial de la diplomacia y política internacional de los Estados Unidos al momento de la negocia-

ción del TLCAN. Ésta es también seguramente parte de la razón por la cual sus dos vecinos al norte y al sur habían sido cautelosos en el caso del primero y reticentes en el caso del segundo en cuanto al tema de las protecciones internacionales de la inversión. Tanto Canadá como México se habían mantenido al margen del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias en Materia de Inversión (CIADI) y de su Convención. La presencia de la inversión estadounidense en Canadá había sido un tema político principal en la historia moderna de ese país, y en el caso de México había sido no sólo un tema político relevante, sino la causa de diversos conflictos importantes en la relación bilateral. Tanto Canadá como México, en mayor o menor medida, venían transitando de un sistema de control y restrictivo de la inversión extranjera, prevaleciente en los años setenta, a una apertura en ese sector iniciada en los años ochenta. Ése era el contexto en el cual los Estados Unidos, el principal exportador e importador de capital en el mundo, colocó en la agenda de la negociación lo que llegaría a ser el capítulo 11 del TLCAN.

## *2. El caso de México*

El nuevo régimen norteamericano de inversión, que estableció el capítulo 11 del TLCAN, marcó un cambio radical en la postura de México frente a la regulación de la IED. El hecho de que México se haya comprometido a acatar las reglas de inversión del TLCAN da muestra de la enorme importancia que tenía para el gobierno del país el atraer IED por medio de la negociación del Tratado.<sup>160</sup>

Desde la perspectiva de México, las reglas contenidas en el capítulo 11, en particular, las disposiciones relativas al trato nacional, la norma mínima de trato, las prohibiciones a los requisitos de desempeño, la expropiación y la resolución de disputas entre inversionistas y Estados, implicaban un cambio radical de su postura tradicional con respecto a la inversión extranjera. Durante la mayor parte del siglo pasado la piedra angular de las normas mexicanas en materia de inversión extranjera fue la Doctrina Calvo, la cual estipulaba que los inversionistas extranjeros quedaban sujetos a las leyes nacionales y que, por tanto, las disputas sólo podían resolverse en los tribunales nacionales.

<sup>160</sup> De Mateo, Venturini, Fernando (1998).

De hecho, “México siempre ha [bía] sobresalido entre los países en vías de desarrollo por el fuerte control que ejerce sobre la inversión extranjera... Su rigurosa vigilancia... lo colocó casi a la cabeza de un reducido grupo de países anfitriones que aplicaban normas muy estrictas a las empresas multinacionales”.<sup>161</sup> Durante más de treinta años, que inician con la Constitución de 1917, en México se vio con recelo a la IED.<sup>162</sup> El gobierno instituyó diversas medidas cuyo fin era disuadir a la inversión extranjera, particularmente en las áreas reservadas a los mexicanos. El artículo 27 de la Constitución, emblema del nacionalismo mexicano, estipula que la propiedad de las tierras y aguas pertenece originalmente a la nación, y que todos los minerales o sustancias hallados bajo el suelo mexicano (petróleo, hidrocarburos sólidos, líquidos o gaseosos, y metales) son propiedad de la “nación”. En conjunción con el artículo 28, el 27 permitió justificar diversas expropiaciones en los sectores de la energía, el transporte y la agricultura realizadas en los primeros cincuenta años del periodo posrevolucionario.

Dos factores explican el hecho de que México mantuviera durante todo el siglo pasado una actitud nacionalista en las reglas aplicadas a la IED y su desmesurada preocupación por proteger la soberanía del país, a saber: el papel prominente que desempeñó el capital extranjero en la dictadura prerrevolucionaria de Porfirio Díaz y la historia de intervención estadounidense en México.<sup>163</sup>

Un ejemplo de lo último es la forma en que el gobierno de Estados Unidos manejó su reconocimiento de los gobiernos revolucionarios mexicanos como una herramienta para intervenir en los asuntos internos del país. Así, Estados Unidos condicionó el reconocimiento del nuevo gobierno revolucionario de Álvaro Obregón (1920-1924) a que éste aceptara que el artículo 27 de la Constitución mexicana de 1917 no tenía carácter retroactivo. Luego de que el presidente Calles fracasara en convertir la propiedad estadounidense de diversos campos petroleros en contratos de arrendamiento por periodos de cincuenta años, Lázaro Cárdenas decidió expropiar todas las posesiones estadounidenses en 1938.<sup>164</sup>

<sup>161</sup> Jenkins, Barbara (1992), p. 159.

<sup>162</sup> Véase Meyer, Lorenzo (1967).

<sup>163</sup> *Idem.*

<sup>164</sup> *Idem.*

Como afirma J. Heath: “es por ello que la industria petrolera se convirtió en icono nacional, representante de su soberanía e independencia, y un símbolo que para la mayoría de los mexicanos es más importante que los beneficios que podrían obtener si se privatizara”.<sup>165</sup>

Aunque a partir de la Segunda Guerra Mundial México mantuvo una actitud pragmática frente a la IED, particularmente en el sector manufacturero, la Doctrina Calvo siguió siendo el fundamento legal para resolver las disputas entre el gobierno mexicano y los inversionistas extranjeros. De hecho, esta doctrina quedó plasmada en el mismo artículo 27 constitucional, y se reglamentó a través del artículo 3 de la Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera, de 1973. Esta última no se reformó sino hasta que se promulgó la muy liberal Ley de Inversión Extranjera, de 1993.

En suma, antes del TLCAN, las empresas extranjeras tenían muy pocas posibilidades de adjudicar sus derechos frente al gobierno mexicano por otras vías que no fueran los tribunales mexicanos. Ahora bien, mientras que éstos se habían mostrado dispuestos a aplicar los fallos arbitrales extranjeros en las disputas entre particulares, el gobierno mexicano, por las razones antes descritas, siempre rehusó aceptar los procedimientos de arbitraje internacional en sus disputas con inversionistas privados. Como es obvio, a los inversionistas estadounidenses en disputa con el gobierno mexicano no les era posible querellarse en Estados Unidos, al amparo de la Ley de Inmunidades Soberanas para Extranjeros (Foreign Sovereign Immunities Act). Como lo señaló Johnson: “La adhesión de México a la Doctrina Calvo en lo relativo a las propiedades que en México tienen los ciudadanos estadounidenses siempre ha causado fricciones entre ambos países. De igual forma, debido a que la mayoría de los países latinoamericanos siempre se habían guiado por los principios de la Doctrina Calvo, no fue sino hasta la firma del TLCAN cuando Estados Unidos pudo negociar TBI con las naciones de América Latina”.<sup>166</sup>

Por tales motivos, el mecanismo para la resolución de disputas entre inversionistas y gobiernos marca un hito y se le considera, en general, como el recurso más importante de que dispone el gobierno mexicano para brindar al inversionista un entorno atractivo para invertir.<sup>167</sup>

<sup>165</sup> Heath, Jonathan (1994), pp. 92 y 93.

<sup>166</sup> Johnson, Jon R. (1994), p. 281.

<sup>167</sup> *Idem*.

### 3. *El caso del Canadá*

A diferencia de México, la relación de Canadá con el capítulo 11 del TLCAN representa un cambio evolutivo, más que revolucionario, en la postura del país hacia la inversión extranjera. Al igual que México, Canadá siempre se mostró receloso de la influencia económica de Estados Unidos y de la presencia de un monto importante de inversión extranjera estadounidense en su país. Canadá intentó resolver este problema con la Ley para la Revisión de la Inversión Extranjera (Foreign Investment Review Act) de 1973, por la cual se creó una autoridad encargada de revisar las inversiones que entraban, y evaluar si aportaban un “beneficio sustancial” al país. Un panel del artículo XXIII del GATT estudió los efectos comerciales de esa Ley, y concluyó que Canadá debía modificar algunos requisitos de desempeño que contenía dicha legislación. La Ley se reformó en 1985 y Canadá negoció después un capítulo sobre inversión (el capítulo 16) del ALCCEU de 1989. Los efectos de ese capítulo fueron limitados, pero en él se desarrollaron conceptos que desde entonces son esenciales en todo acuerdo internacional sobre inversión, como es el trato nacional, los requisitos de desempeño y la expropiación.

A partir de los años ochenta, los funcionarios canadienses empezaron a darse cuenta de la estrecha relación que había entre inversión y comercio, así como de la necesidad de liberalizar las reglas sobre inversión extranjera a fin de que ésta se mantuviera al paso de la apertura comercial. De ahí que se negociara un número importante de acuerdos para la protección de la inversión extranjera, mejor conocidos como tratados bilaterales de inversión (TBI). El proceso de los TBI dio lugar a una multitud de acuerdos con un trasfondo complejo y heterogéneo de normas para los inversionistas extranjeros. El gobierno canadiense vio la necesidad de establecer reglas más uniformes en cuatro áreas generales, reglas que más tarde se hicieron operativas en varias cláusulas del capítulo 11. Las áreas en cuestión fueron el acceso al mercado, la discriminación, la transparencia y la seguridad para la inversión.

i) El acceso al mercado se refiere a las leyes, reglamentos o políticas nacionales que dificultan que los inversionistas se establezcan (es decir, restringen su derecho a establecerse) en un país determinado, como resultado de preceptos contrarios a la inversión extranjera. Por ejemplo, un país anfitrión puede restringir el acceso de los inversionistas extranjeros

a ciertos sectores de la economía, como serían aquellos en los que el gobierno tiene derechos adquiridos (por ejemplo, monopolios estatales o áreas protegidos por la Constitución nacional de la competencia de los inversionistas extranjeros). En la mayoría de los países se aplican ciertas restricciones a la inversión en los rubros de recursos naturales y servicios, pero algunas naciones tienen limitaciones adicionales, como son la prohibición absoluta a la inversión extranjera, los requisitos de desempeño para los inversionistas extranjeros a cambio de permitirles el acceso al mercado, restricciones a la propiedad, control local sobre las decisiones de los afiliados extranjeros, y diversos tipos de condiciones de operación, como la contratación de nacionales. Canadá apoyó las cláusulas del TLCAN que coartan la facultad de las partes de aplicar requisitos de desempeño con base en: 1) el desempeño exportador, 2) el contenido local, 3) la proveeduría (*sourcing*) nacional, 4) la balanza comercial, 5) la transferencia de tecnología, 6) restricciones a quién haya de proveer al inversionista sus productos o servicios, y 7) las ventas nacionales y la balanza de exportación, que se imponen a los inversionistas a cambio de un subsidio u otro beneficio. Canadá también aceptó que se prohibiera el requisito de que los altos mandos fueran ocupados por individuos de una nacionalidad determinada, o que la mayoría de los integrantes de la mesa directiva fueran de cierta nacionalidad o que residieran en el territorio de la parte en cuestión.

ii) La discriminación se refiere al trato discriminatorio por parte de los gobiernos extranjeros hacia los inversionistas tanto extranjeros como nacionales. En la jerga del comercio internacional se diría que este tipo de discriminación revela la ausencia de trato de nación más favorecida (NMF) o de trato nacional. Por ejemplo, un país anfitrión podría discriminar entre las nacionalidades de los inversionistas extranjeros, permitiendo la entrada a algunos y no a otros con base, exclusivamente, en su nacionalidad. O bien, la discriminación podría manifestarse como reglas y normas menos favorables para regir la conducta de los inversionistas extranjeros dentro del mercado nacional y en competencia con los inversionistas nacionales. Canadá estuvo de acuerdo en que en el cuerpo principal del TLCAN se establecieran los conceptos generales sobre la liberalización, a los que habrían de añadirse las excepciones en cada sector específico. Por ejemplo, el Tratado impone a las partes el deber de brindar tanto trato de NMF (artículo 1103) como trato nacional (artículo 1102) a los



inversionistas de las otras partes y a sus inversiones, específicamente con respecto a: 1) el establecimiento, 2) la adquisición, 3) la administración, 4) la conducción, 5) la operación, 6) las ventas y 7) otra disposición de las inversiones, sujetas a excepciones o reservas específicas, que cada parte negocie. Entre las medidas prohibidas se encuentra la de imponer que un nivel mínimo de participación accionaria en una empresa esté en manos de sus nacionales y también requerir que un inversionista venda o disponga de cualquier otra manera de su inversión por razón de su nacionalidad.

iii) La transparencia se refiere a que los esquemas normativos del país anfitrión en materia de inversión sean predecibles. A menudo, los gobiernos no emiten lineamientos públicos claros concernientes a la inversión extranjera, y, en consecuencia, los inversionistas extranjeros deben tratar de avanzar entre una cerrada neblina de reglas o condiciones que rigen el acceso a los mercados extranjeros. Tal oscuridad puede hacer que el inversionista vacile en invertir, debido a la inseguridad que siente respecto de sus derechos y obligaciones, o de los procedimientos que se aplican a la inversión. Canadá estuvo a favor de que en todo acuerdo multilateral sobre inversión se incluyera, como condición mínima, la transparencia en las reglas y procedimientos. En el capítulo 11 del TLCAN esto se realizó por medio de una serie de excepciones y reservas sustanciales a las obligaciones antes estipuladas. Las derogaciones de cada parte a las reglas sobre inversión se incluyeron en los programas contenidos en varios anexos al TLCAN. Cuatro de los siete anexos registran las excepciones y reservas a las reglas sobre inversión del capítulo 11. En específico, el anexo I describe las reservas aplicadas a las medidas y compromisos de liberalización existentes; el anexo II señala las reservas para sectores, subsectores o actividades específicos y con posibles medidas nuevas. El anexo III especifica las actividades que el Estado mexicano se reserva, y el anexo IV establece las excepciones a la obligación de brindar trato de NMF. Las derogaciones se describen de manera muy detallada. El TLCAN adopta un enfoque negativo a la lista de derogaciones, por el que se presume que el acuerdo es aplicable a todas las medidas nacionales, excepto a las especificadas en él. Esto difiere del enfoque positivo, según el cual el acuerdo es aplicable solamente a las medidas identificadas en él.

iv) La seguridad para la inversión se refiere a una gama de aspectos específicos con respecto al trato que el país anfitrión ha de brindar a las inversiones. Uno de los aspectos es la expropiación injusta y/o no indemnizada, que constituye una antigua preocupación del derecho internacional

con respecto a las relaciones entre los inversionistas y los Estados anfitriones. Otro punto es la libertad para repatriar las ganancias, la cual es esencial para promover la flexibilidad en la administración de la producción globalizada. Un tercer punto es la posibilidad de recurrir a un mecanismo justo y efectivo para la resolución de disputas, que elimine la necesidad de llevar los casos ante los tribunales nacionales, los cuales no siempre pueden brindar la experiencia o las garantías procesales necesarias para manejar una demanda internacional. Estos tres aspectos han sido siempre motivo de preocupación para los inversionistas extranjeros, pero no son menos importantes que los problemas más modernos que enfrenta la inversión internacional y, de hecho, a menudo.

En resumen, se dice que “Canadá ha sido un líder destacado en promover, negociar y aceptar un conjunto de reglas y un sistema basado en regímenes para la conducción de las relaciones internacionales”.<sup>168</sup> El vigor con el que Canadá apoyó el desarrollo del régimen de inversión moderno en el TLCAN fue un ejemplo de dicho liderazgo en el sistema internacional de comercio. Como señalaran Hart y Dymond, “el Capítulo 11 da cuenta plenamente de los cincuenta años de compromiso de Canadá para con la elaboración de reglas internacionales y es congruente con la lógica de una economía que se globaliza y en la que prevalecen las empresas transnacionales”.<sup>169</sup>

#### IV. DEMANDAS PRESENTADAS POR INVERSIONISTAS AL AMPARO DEL CAPÍTULO 11

Luego de un arranque lento, hasta noviembre de 2003 se habían iniciado 23 casos ante el mecanismo de resolución de disputas sobre inversión del TLCAN (véase el cuadro 1). Nueve de ellos fueron contra Canadá, nueve contra México y cinco contra Estados Unidos. De estos 23, se han decidido nueve por parte de tribunales arbitrales,<sup>170</sup> cuatro de los cuales se iniciaron en contra del gobierno de México, dos contra el gobierno del

<sup>168</sup> Hart, Michael M. y Dymond, William A. (2002), p. 4.

<sup>169</sup> *Ibidem*, p. 13.

<sup>170</sup> 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.

Canadá y tres 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.<sup>171</sup>

### CUADRO 1

#### RELACIÓN DE CASOS DEL CAPÍTULO 11 (1994-2003)

<i>Parte demandante</i>	<i>Parte demandada</i>	<i>Resolución</i>
Ethyl Corp (EUA)	Canadá	Resuelto por convenio fuera del arbitraje entre las partes, con el pago de una indemnización de trece millones de dólares a Ethyl. En forma paralela al arbitraje bajo el TLCAN se había presentado una queja 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 tribunal arbitral rechazó la reclamación.
Metalclad (EUA)	México	El tribunal arbitral determinó una indemnización de 16 millones 685 mil dólares con base en el valor de la inversión. La Suprema Corte de la Columbia Británica anuló parcialmente el laudo bajo el argumento de que el tribunal arbitral excedió su competencia al sustentar su laudo en principios de transparencia que no se encuentran en el capítulo 11.
Waste Management II (EUA)	México	En curso

<sup>171</sup> A fin de dar una idea adecuada de la queja, y los pormenores del procedimiento ante el panel y la resolución final, en este capítulo se hace una pequeña historia de cada uno de estos casos. También se incluye un caso que no llegó ante un panel y que fue decidido por un arreglo del gobierno canadiense con la empresa estadounidense Ethyl.

<i>Parte demandante</i>	<i>Parte demandada</i>	<i>Resolución</i>
S. D. Myers (EUA)	Canadá	El tribunal arbitral otorgó a Myers una indemnización equivalente al valor de sus pérdidas. Los tribunales nacionales revisan actualmente el caso en un procedimiento de anulación.
Sun Belt Water (EUA)	Canadá (Columbia Británica)	El caso está suspendido y es poco probable que prosiga.
Pope and Talbot (EUA)	Canadá	El tribunal arbitral rechazó gran parte de la demanda, pero encontró que Canadá violó el artículo 1105 con base en la verificación y revisión de un procedimiento administrativo. 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 querrella. 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 tribunal arbitral encontró que México había violado el artículo 1102, y determinó una indemnización por el monto de 1.7 millones de dólares
Loewen (Canadá)	EUA (Mississippi)	El tribunal arbitral desechó la reclamación por completo al determinar que carecía de jurisdicción sobre el caso, toda vez que la empresa reclamante transfirió sus derechos sobre la reclamación a una empresa estadounidense.

<i>Parte demandante</i>	<i>Parte demandada</i>	<i>Resolución</i>
UPS (EUA)	Canadá	El desafío jurisdiccional presentado por Canadá fue exitoso, y el tribunal arbitral le pidió al inversor que presentara una querella modificada.
Mondev (Canadá)	EUA (Boston)	La decisión final rechazó la reclamación por completo.
ADF (Canadá)	EUA	La decisión final rechazó la reclamación por completo.
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 (USA)	México	En curso
GAMI Investments (USA)	México	En curso

A continuación se analizan aquellas demandas que han sido ya resueltas hasta noviembre del 2003 por tribunales arbitrales bajo el capítulo 11 del TLCAN.

### 1. Demandas contra México

#### A. Metalclad

La empresa Metalclad, Inc., dedicada al tratamiento de residuos peligrosos y ubicada en Newport 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 leyes y políticas en tres niveles de gobierno.

El 2 de enero de 1997 Metalclad presentó su demanda ante un tribunal 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 solicitó una indemnización de 120 millones de dólares por haberse violado los principios de trato nacional, de NMF, así como la prohibición de aplicar requisitos de desempeño. Metalclad alegó también que México había llevado a cabo actos equivalentes a una expropiación en relación con su inversión.<sup>172</sup>

La empresa sostuvo que el gobierno federal mexicano la había invitado a invertir en el sector de los rellenos sanitarios de residuos tóxicos<sup>173</sup> y le otorgó todos los permisos necesarios para construir 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 irracionales 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 munici-

<sup>172</sup> Artículos 1102, 1105 y 1110 del capítulo 11 del TLCAN.

<sup>173</sup> 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 el mayor relleno sanitario de residuos peligrosos y es propiedad de Waste Management Inc. Véase *The Wall Street Journal* (1997).

pal.<sup>174</sup> El tribunal estimó que, en virtud de que altos funcionarios del gobierno mexicano 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 las afirmaciones 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 por razones ambientales era violatoria del artículo 1105 del Tratado, y que ello, aunado a las aseveraciones del gobierno federal en las que Metalclad confió para llevar a cabo su inversión, constituían un acto equivalente a la expropiación. El tribunal arbitral agregó que un decreto de declaración de reserva ecológica expedido por el gobierno estatal que incluía La Pedrera, si bien no controlaba la decisión, también constituiría un acto equivalente a la expropiación bajo el artículo 1110 del TLCAN.

México negó que los funcionarios del gobierno federal hubieran afirmado que eran suficientes los permisos federales y estatales y buscó demostrar que la empresa sabía perfectamente que era necesario obtener los permisos municipales.<sup>175</sup>

En su decisión, 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 laudo estableció que 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”.

<sup>174</sup> 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.

<sup>175</sup> 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.

México consideró que el tribunal había excedido su competencia en la forma en que sustentó el laudo y lo impugnó en un procedimiento de nulidad. Para tal propósito sometió el caso ante la Suprema Corte de Columbia Británica de Canadá, el tribunal competente del sitio de arbitraje.<sup>176</sup>

Conseguir la nulidad de un fallo es muy difícil. Es un recurso extraordinario que brindan los tribunales nacionales para impugnar un laudo sustentado en exceso de competencia o irregularidades graves en la actuación de un tribunal arbitral. 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 anuló 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 primero 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 constituían una infracción a la obligación de brindar un trato acorde al derecho internacional (artículo 1105), cuando el tribunal arbitral debía aplicar únicamente las disposiciones contenidas en el capítulo 11. Después, el tribunal arbitral había utilizado esa conclusión como parte de su argumento para resolver que México había llevado a cabo actos equivalentes a una expropiación de la inversión de Metalclad sin otorgarle una indemnización (artículo 1110).

No obstante, el fallo se revocó tan sólo 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 un acto equivalente a la expropiación. 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.

<sup>176</sup> El fallo de un tribunal arbitral del TLCAN en materia de inversión es inaplicable en tanto esté en curso un proceso para revocarlo.



### B. 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 artículos 1110 y 1105,<sup>177</sup> por lo que pedía una indemnización cercana a los veinte millones de dólares.<sup>178</sup> 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.<sup>179</sup>

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 violaciones contractuales,<sup>180</sup> 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”.<sup>181</sup> 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

<sup>177</sup> El artículo 1110, referido a la expropiación, y el 1105, a la obligación de establecer una norma mínima de trato.

<sup>178</sup> Azinian v. The United Mexican States (1999).

<sup>179</sup> Debemos señalar que si bien los demandantes impugnaron la anulación de la concesión ante los tribunales mexicanos, éstos ratificaron la anulación.

<sup>180</sup> 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.

<sup>181</sup> *Ibidem*, § 103.

que en el plano internacional se desconozca a dichos tribunales”.<sup>182</sup> 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 gastos.<sup>183</sup> 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.

### *C. Waste Management Inc. (Acaverde)*

Una de las compañías más importantes de Estados Unidos en el sector de la recolección y procesamiento de basura, 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 ayuntamiento 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.<sup>184</sup> Sin

<sup>182</sup> *Ibidem*, § 97.

<sup>183</sup> 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 *ibidem*, § 126.

<sup>184</sup> El tribunal decidió que carecía de jurisdicción para conocer del asunto, pues el demandante no había cumplido con una condición esencial para solicitar que su demanda se sometiera ante un tribunal arbitral 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 *sola-*

embargo, Waste Management volvió a presentar su demanda ante un tribunal arbitral del Tratado.

#### *D. Feldman (CEMSA)*

Marvin Roy Feldman Karp, ciudadano estadounidense radicado en México, inició este arbitraje a nombre propio en relación con una serie de diferencias que sostuvo con las autoridades fiscales federales.<sup>185</sup> Las diferencias versaban sobre la procedencia de ciertos créditos fiscales que Feldman reclamaba en relación con la devolución del Impuesto Especial sobre Producción y Servicios (IEPS). El negocio de Feldman consistía en la adquisición de cigarros en tiendas de venta al público, a través de su empresa CEMSA y su subsecuente exportación.

La producción de cigarros está sujeta al pago del IEPS, cuya tasa osciló entre el 135% y el 85% por producto durante los años 1990 y 1997.<sup>186</sup> Sin embargo, la Ley del IEPS ha establecido desde su origen hasta la fecha una tasa del 0% a la producción por producto, cuando éste es exportado. La forma en que la Ley fue diseñada y la forma general en que ha operado es mediante la devolución del impuesto especial por producción causado, al momento en que el cigarro es exportado.

El señor Feldman inició el procedimiento arbitral el 30 de abril de 1999 y optó por conducirla bajo el Mecanismo Complementario del CIADI. El tribunal arbitral emitió su laudo por mayoría en diciembre del 2002. El árbitro Covarrubias Bravo emitió una opinión disidente.

Éste es el primer arbitraje bajo el TLCAN en contra de decisiones de la autoridad fiscal de uno de los países parte. El Tratado limita la aplicabilidad del mecanismo de resolución de controversias inversor-Estado anfitrión únicamente a reclamaciones por violaciones a los artículos 1102, 1103 y 1110 cuando la disputa versa sobre medidas fiscales de las partes.

*mente* 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.

<sup>185</sup> Marvin Feldman v. México (2002).

<sup>186</sup> *Ibidem*, p. 5.

En el caso específico de una reclamación alegando que las medidas fiscales de la parte constituyeron una expropiación directa o indirecta o una medida equivalente a la expropiación bajo el artículo 1110, la reclamación debe ser referida primero a las autoridades fiscales de los Estados parte del TLCAN, las cuales pueden acordar que una medida fiscal no constituye una expropiación.<sup>187</sup>

En el arbitraje el reclamante argumentó por un lado que una serie de medidas tomadas por la autoridad fiscal en relación con su inversión, entre las cuales destacaban la resistencia de las autoridades a aplicar una decisión de la Suprema Corte de México de 1992 sobre la inconstitucionalidad de distinguir entre productores y distribuidores como sujetos de la tasa de cero por ciento del IEPS, un presunto acuerdo verbal celebrado con las autoridades sobre la procedencia de devoluciones, en su caso, la posterior negativa a devolverle el IEPS por sus exportaciones y una auditoría fiscal iniciada en su contra, constituían actos equivalentes a una expropiación de su negocio de exportación de cigarros. Por otro lado, argumentó que el trato que había recibido en cuanto a la procedencia de la devolución del IEPS había sido menos favorable que la recibida por un inversionista nacional situado en circunstancias similares. En el primer argumento invocó una violación al artículo 1110 del TLCAN en materia de expropiación, y en el segundo, una violación al artículo 1102 en materia de trato nacional.

México sostuvo que en ningún momento existió un acuerdo entre Feldman y las autoridades fiscales sobre la procedencia de la devolución del impuesto, que si tal hubiera existido no hubiese tenido ningún efecto vinculatorio sobre las autoridades fiscales, que en todo caso Feldman nunca había cumplido con los requisitos de la ley para tener derecho a una devolución y que las devoluciones realizadas habían sido hechas en el contexto de un mecanismo de devolución automática sujeto siempre a posterior revisión fiscal. Por otro lado, México argumentó que el inversor nacional que Feldman reclamaba había sido tratado más favorablemente en realidad era parte de un mismo grupo empresarial en el que participaba Feldman, y que por lo tanto no podía utilizarse como un inversor comparable en circunstancias similares para propósitos de trato nacional.

En su laudo, el tribunal arbitral rechazó la reclamación de violación al artículo 1110 del TLCAN, pero resolvió que México había incurrido en

<sup>187</sup> TLCAN, artículo 2103.

trato discriminatorio en violación al artículo 1105. El tribunal hizo referencia al análisis persuasivo realizado por otros tribunales arbitrales bajo el TLCAN en materia de expropiación, en especial a los laudos en *Azinian y Pope & Talbot*. En síntesis, el tribunal resolvió que en el presente caso, si bien las medidas del gobierno mexicano dejaron sin posibilidad al reclamante de exportar cigarros y obtener ganancias, esto no constituía una medida equivalente a la expropiación, toda vez que el reclamante nunca tuvo un derecho adquirido en ese sentido. Asimismo, el reclamante no había perdido el control de su inversión, la empresa CEMSA, ni existía ninguna interferencia en las operaciones o control accionario de la misma, y que ésta podía continuar en el negocio de la exportación con otros bienes. En pocas palabras, ninguna de las medidas gubernamentales ejercidas en un contexto regulatorio legítimo había tenido como consecuencia una interferencia suficiente para concluir que había sido privado de su propiedad.

El tribunal falló, sin embargo, que el trato que el inversor recibió en comparación con el de una empresa situada en circunstancias similares había sido menos favorable, incurriendo el Estado mexicano en discriminación de facto. Durante el periodo de 1998-2000 se le negó a CEMSA su registro como empresa exportadora, se le negaron las devoluciones del IEPS, y se le sometió a una auditoría iniciada poco tiempo después de iniciado el arbitraje. Paralelamente existía cierta evidencia de que dos empresas controladas por un grupo de inversionistas mexicanos habían recibido devoluciones del IEPS y a la fecha no habían sido sujetas a auditoría o revisión fiscal por parte de las autoridades mexicanas. El tribunal reconoció que la evidencia del trato a las empresas controladas por inversores mexicanos era escasa. Sin embargo, basó su decisión en que habiendo el reclamante hecho un caso *prima facie* sobre el trato más favorable recibido por éstas, la carga de la prueba había sido transferida a México. En opinión del tribunal arbitral, México no había podido demostrar que los inversores mexicanos no habían recibido un trato de hecho más favorable que el de CEMSA.

La opinión disidente no compartió las conclusiones del tribunal sobre violaciones al trato nacional. En su opinión, la evidencia presentada por el reclamante era irrelevante y no probaba nada en relación con el posible trato recibido por los inversores mexicanos. Dada esta conclusión había sido incorrecto y contrario a los principios generales del derecho y a las

normas del derecho internacional transferir la carga de la prueba al gobierno mexicano, quien además había explicado satisfactoriamente su imposibilidad de presentar evidencia fiscal sobre el inversor mexicano, la cual es confidencial en México como en los otros tres países del TLCAN.

## 2. Demandas contra Canadá

### A. Ethyl

En 1997 Canadá aprobó la Ley sobre Aditivos para Gasolina a base de Manganese (“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.<sup>188</sup> El gobierno canadiense sostuvo que la Ley era una medida de protección ambiental, pero no pudo demostrar que el MMT fuera peligroso, además de que la Ley misma sólo prohibía el comercio del MMT, pero no la producción y distribución del producto en el comercio intraprovincial.<sup>189</sup> 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 atañe a leyes directamente relacionadas con la inversión (como la revisión de leyes sobre

<sup>188</sup> Soloway observa: “Lo que realmente está en el fondo de esta 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 (2000), pp. 92 y 114.

<sup>189</sup> Swan, Alan (2000).

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 decidir el 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.

### *B. Pope and Talbot*

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 que 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.

El tribunal consideró que Canadá violó el artículo 1105 en relación con el procedimiento de verificación al que sujetó el gobierno canadiense a Pope & Talbot a raíz de la determinación de cuotas de exportación de maderas en implementación del Acuerdo respectivo con Estados Unidos. El tribunal consideró que la forma irregular y arbitraria en que se llevó a cabo el procedimiento en cuestión contrastó notablemente con la compleja y eficaz implementación general del AMC. Este último fue catalogado por el tribunal como un esfuerzo de cooperación regulatoria, mientras que al episodio de verificación le denominó como un “combate” entre la empresa y la agencia canadiense. Sobre esta base, el tribunal condenó a pagar daños a Canadá por el proceso de verificación.

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”.<sup>190</sup> La nota también señalaba que “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 & 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

<sup>190</sup> Department of Foreign Affairs (2001).



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.

*C. S. D. Myers*

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 oficiales 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 Dese-

chos 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 constituían “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 & 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.

### 3. Demandas contra Estados Unidos

#### A. Mondev

Mondev International Ltd., una empresa con base en Montreal, celebró un contrato con la ciudad de Boston y la Boston Redevelopment Authority, una agencia gubernamental encargada de rescatar y desarrollar sectores descuidados de la ciudad, para construir y promocionar un centro comercial. El contrato incluía una opción de compra de un estacionamiento adyacente propiedad de la ciudad de Boston, sujeta a la decisión de la ciudad de cerrar el estacionamiento. Ese espacio iba a ser utilizado por Mondev para expandir el centro comercial. La ciudad efectivamente cerró el estacionamiento, pero no pudo llegar a un acuerdo con Mondev para su venta antes de que se cumplieran los plazos establecidos en el contrato. Todos estos hechos sucedieron antes de la entrada en vigor del TLCAN.

La empresa canadiense demandó el cumplimiento de la opción de compra ante los tribunales estadounidenses y recibió una decisión favorable en primera instancia en octubre de 1994. La decisión condenó a la ciudad y a la Boston Redevelopment Authority al pago de daños por aproximadamente 16 millones de dólares. La ciudad y la agencia apelaron la decisión y ganaron en parte sobre la base de una ley estatal que impide sujetar a responsabilidad civil (*torts*) a la Boston Redevelopment Authority. La Suprema Corte de los Estados Unidos negó la solicitud de revisar la decisión en proceso de *certiorari*.<sup>191</sup>

Mondev presentó su notificación de arbitraje el 1 de septiembre de 1999. La empresa decidió llevar el arbitraje bajo el mecanismo complementario del CIADI. El tribunal arbitral emitió por unanimidad el laudo final el 11 de octubre del 2002.

En su decisión, el tribunal arbitral resolvió sobre la base de objeciones presentadas por los Estados Unidos, que únicamente tenía competencia para conocer de las reclamaciones que versaran sobre la actuación de los tribunales de los Estados Unidos. Éstas eran las únicas medidas en litigio llevadas a cabo durante la vigencia del TLCAN. El laudo sostuvo que el procedimiento judicial de los Estados Unidos y sus decisiones no constituían una denegación de justicia bajo el derecho internacional, y por lo

<sup>191</sup> Scoffield, Heather (1999).

tanto cumplieran con el estándar mínimo de trato establecido en el artículo 1105 del TLCAN. En una parte central del caso, el tribunal arbitral sostuvo que si bien la inmunidad otorgada por la ley estatal a BRA pudiera parecer un poco excesiva comparada con el desarrollo actual de estas inmunidades a nivel internacional, nada en el derecho internacional podría servir de base para atribuir responsabilidad al Estado porque sus tribunales aplicarían una legislación motivada racionalmente y existente con mucha anterioridad a la negociación y firma del TLCAN. Adicionalmente, nada en el proceso judicial en cuestión o en sus decisiones evidenciaba que hubieran sido producto de arbitrariedad o discriminación. Los tribunales bajo el TLCAN no se pueden constituir de ninguna forma en tribunales de apelación de decisiones de los tribunales nacionales, que a los ojos de inversionistas pudieran ser inadecuados o erróneos.

### B. ADF

El grupo empresarial candiense ADF inició este arbitraje a consecuencia de un proyecto para construir ciertas autopistas en la llamada Interconexión Springfield. A principios de 1999, una empresa estadounidense, Shirley Contracting Corporation, celebró un contrato con el Departamento de Transporte del estado de Virginia para llevar a cabo las autopistas mencionadas y a su vez subcontrató al Grupo ADF para que se encargara de los requerimientos estructurales de acero del proyecto. Toda vez que el contrato iba a ser financiado en parte por fondos del gobierno federal, el contrato contenía una cláusula (*buy American*) para asegurar que todos los productos adquiridos en relación con el proyecto fuesen de origen estadounidense. La agencia federal que supervisaba el proyecto resolvió que la fabricación de las estructuras de acero en Canadá por ADF, no obstante que el acero fuese de origen estadounidense, no cumplía con los requisitos de la cláusula de *buy American*. ADF tuvo entonces que subcontratar la fabricación de las estructuras con empresas estadounidenses.

ADF sometió su notificación de arbitraje el 21 de julio del 2000 bajo las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI. ADF solicitó compensación por 90 millones de dólares.<sup>192</sup> El laudo del tribunal arbitral

<sup>192</sup> Notice of Arbitration ADF Group Inc. v. The Government of the United States of America (July 19, 2000).

fue emitido el 6 de enero del 2003. El tribunal arbitral desechó la reclamación en su totalidad.

ADF argumentó que la negativa de la agencia estatal a aceptar la fabricación del acero de origen estadounidense por ADF en Canadá violaba los artículos 1102, 1103 y 1105 del TLCAN. ADF también sostuvo que la cláusula de *buy American* constituía un requisito de desempeño inconsistente con la obligación adoptada por Estados Unidos en el artículo 1106 del TLCAN.

En su decisión, el tribunal arbitral sostuvo que por operación de la excepción del artículo 1108, los artículos 1102, 1103 y 1106 del TLCAN no eran aplicables al proceso de adquisición realizada por el estado de Virginia para el proyecto de la Interconexión Springfield. Para llegar a esta determinación resolvió que era el estado de Virginia y no el gobierno federal el que llevó a cabo la adquisición y rechazó el argumento del reclamante en el sentido de que el estado de Virginia había sido forzado a aplicar la cláusula *buy American* por el gobierno federal. El tribunal también rechazó la reclamación conforme al artículo 1105, al resolver que el reclamante no había probado su argumento. La decisión señaló que bajo el TLCAN las compras gubernamentales estatales y locales no sólo caen bajo la excepción del artículo 1108, sino también bajo la excepción general del capítulo especial de compras gubernamentales, en tanto los países no adopten listas específicas sobre este nivel de gobierno. Por lo tanto, el reclamante tenía la carga de probar que no obstante actuar conforme a su propio derecho y a las obligaciones bajo el TLCAN, las medidas bajo disputa del estado de Virginia daban lugar a la responsabilidad de los Estados Unidos por trato debajo del nivel mínimo de trato del derecho internacional. El reclamante había sido incapaz de demostrar tal afirmación.

### C. Loewen

Éste es uno de los casos más interesantes y complejos al involucrar en forma detallada la actuación de la rama judicial de uno de los Estados parte. En realidad, es uno de los pocos casos recientes reportados en el que se eleva al plano internacional la actuación de órganos de impartición de justicia locales. Si bien Mondeev también involucró una reclamación de denegación de justicia, ahí se concentró la reclamación no sobre el proceso ju-

dicial en sí, sino sobre la aplicación de una ley específica por los tribunales estadounidenses. En Loewen, sin embargo, el centro de atención fue la conducción del proceso y lo sucedido frente al jurado.

La empresa Loewen constituía uno de los negocios más fuertes en América del Norte en la industria de los servicios funerales. La casa matriz de la empresa se encontraba en Vancouver, Canadá, y el socio principal, Raymond L. Loewen, es un nacional de ese país. El grupo Loewen llevaba a cabo a principios de los noventa una estrategia de expansión y posicionamiento en la industria funeraria de los Estados Unidos, y particularmente importante para el caso, en el estado de Mississippi.

El conflicto que originó el procedimiento judicial local materia del arbitraje internacional inició cuando el grupo Loewen adquirió la empresa funeraria de Wright & Ferguson, la más grande en el área metropolitana de Jackson. Loewen empezó a vender seguros a través de esta empresa local no obstante que la misma tenía un convenio de exclusividad con otra empresa local propiedad del señor O Keefe. Esto llevó al grupo de O Keefe a iniciar una demanda judicial por incumplimiento de contrato. Loewen y O Keefe llegaron a un arreglo extrajudicial a través del cual O Keefe aceptaba retirar la demanda a cambio de la celebración de tres contratos entre Loewen y O Keefe valuados aproximadamente en 980,000 dólares y el intercambio de dos casas funerarias de O Keefe con un valor aproximado de 2.5 millones de dólares por una de Loewen con un valor aproximado de 4 millones de dólares.

Sin embargo, el arreglo no pudo materializarse rápidamente porque los hermanos Reimann, con quien Loewen se había asociado originalmente en el estado de Mississippi, se opusieron al acuerdo. Esto llevó a O Keefe, quien entonces se encontraba bajo presiones económicas, a iniciar una demanda contra el grupo Loewen ante los tribunales locales de Mississippi por incumplimiento del acuerdo extrajudicial, fraude y violaciones a las leyes de competencia locales.

El juicio estuvo plagado de referencias por parte de los abogados de O Keefe a la nacionalidad canadiense del grupo Loewen y a la existencia de vínculos asiáticos en comparación con el carácter local de O Keefe y a su servicio militar por Estados Unidos durante la Segunda Guerra Mundial en “combatir a los japoneses”. También jugaron fuertemente con la carta racial para implicar que Loewen rehusaría dar servicio a la comunidad afroamericana, y que lo único que buscaba era monopolizar los servicios funerarios para luego elevar los precios. Asimismo, presentaron el caso

como el de una gran empresa extranjera tratando de abusar del empresario pequeño local comprometido con su comunidad. Es importante señalar que ocho de los doce miembros del jurado eran afroamericanos, así como el juez y los abogados de ambas partes. El veredicto final fue en contra de Loewen. El jurado condenó a la empresa al pago de 100 millones de dólares por concepto de daños ordinarios y 400 millones de dólares por daños punitivos en la condena de daños más alta en la historia emitida en un juicio en Mississippi.

Loewen solicitó una declaración de “mistrial” y solicitó un nuevo juicio, pero este intento fue desechado por el mismo juez Graves, que presidió el caso. Loewen inició una apelación ante los tribunales superiores, pero nunca logró reunir la fianza requerida de 650 millones de dólares. Su solicitud de reducción del monto de la fianza fue denegada. Poco después el grupo Loewen llegó a un arreglo extrajudicial con O Keefe e inició el procedimiento de quiebra bajo la ley estadounidense.

El arbitraje inició el 30 de octubre de 1998, cuando fue presentada la notificación por parte de Loewen. El laudo fue emitido el 26 de junio del 2003, después de diversos escritos en relación con competencia y méritos en la controversia y la audiencia principal. El arbitraje fue instituido bajo las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI.

La reclamación del grupo Loewen ante el tribunal arbitral consistió principalmente en que el juicio y la negativa a la reducción de la fianza para apelar constituyeron un trato discriminatorio conforme al artículo 1102 y por debajo del nivel mínimo de trato del derecho internacional conforme al artículo 1105. Adicionalmente, Loewen argumentó violaciones al artículo 1110 del TLCAN.

Los Estados Unidos trataron de demostrar que la decisión del tribunal local, así como el tono y carácter del juicio, habían sido resultado de una mala estrategia legal de Loewen y no del prejuicio, favoritismo o parcialidad del jurado y del juez locales. Adicionalmente, argumentaron que aun cuando no hubiera sido así, la decisión del tribunal local no constituía una decisión final, y que por lo tanto los Estados Unidos no podían ser responsables de denegación de justicia conforme al derecho internacional. Ya avanzado el procedimiento arbitral, los Estados Unidos introdujeron una objeción a la jurisdicción del tribunal debido a que el grupo Loewen, como parte de su restructuración en el procedimiento de quiebra, había transferido sus derechos en el procedimiento arbitral a una empresa de nacionalidad estadounidense.

En su laudo, el tribunal arbitral falló a favor de la objeción de jurisdicción presentada por los Estados Unidos. Así, desechó por completo la reclamación del grupo Loewen sobre la base de la transferencia de los derechos derivados de la reclamación a una empresa estadounidense y la reclamación de Raymond Loewen por su incapacidad de demostrar que controlaba al grupo Loewen desde el inicio de la reclamación y hasta su reestructuración en el procedimiento de quiebra.

No obstante la decisión, el tribunal arbitral también incluyó en el laudo su análisis de las reclamaciones sustantivas del caso, toda vez que explicó que cuando la última objeción a su competencia fue realizada ya tenía prácticamente completa la decisión en los méritos de la controversia. Ésta es tal vez la parte más interesante del laudo en sus aspectos legales. Sin entrar a los detalles técnicos jurídicos, el tribunal resolvió que el procedimiento judicial al que Loewen fue sujeto no cumplió con los requisitos mínimos que demanda el derecho consuetudinario internacional en cuanto al debido proceso y la impartición de justicia a extranjeros por tribunales locales. Después de realizar un análisis detallado de lo que sucedió en el juicio local, el tribunal arbitral concluyó que el juez había fallado en su deber de asegurar un juicio justo para Loewen y que había rechazado en diversos momentos procesales posibilidades importantes para aclararle al jurado que debían actuar con imparcialidad independientemente de la nacionalidad de Loewen o las referencias a cuestiones raciales. La evidencia más clara de parcialidad para el tribunal arbitral constituyó la decisión final de daños de 500 millones de dólares en una disputa comercial sobre la base de un contrato con valor menor al millón de dólares e intercambio de propiedades con valor aproximado de 5 millones de dólares. Únicamente el análisis desglosado de los daños ordinarios por 100 millones de dólares no tiene sustento alguno en los posibles daños económicos o morales posibles ocasionados a O Keefe, y 400 millones de dólares en daños punitivos sólo podría ser explicable en la opinión del tribunal por la predominante caracterización del caso por el demandante con base en cuestiones de nacionalidad, raza y clase en contra de Loewen y a las señales equivocadas o falta de instrucción en perjuicio de un juicio justo realizadas y permitidas por el juez Graves. Sin embargo, no obstante que en opinión del tribunal arbitral el señor Loewen no recibió un juicio justo conforme al derecho internacional, era necesario que intentara los recursos ordinarios disponibles de apelación para poder atribuir al Estado responsabilidad internacional por denegación de justicia. En la opinión del tri-



bunal arbitral, los recursos existían, no había evidencia de que pudieran no ser eficaces, y Loewen había tomado la decisión estratégica de llegar a un acuerdo extrajudicial e iniciar un procedimiento de quiebra en vez de los recursos de apelación.

#### *4. El funcionamiento del capítulo 11*

Como mencionamos antes, durante los diez años de experiencia con el capítulo 11 del TLCAN se han presentado veintitrés demandas, de las cuales, hasta la fecha, se han concluido nueve con un fallo arbitral, y otro caso contra Canadá fue resuelto por convenio fuera del arbitraje entre el gobierno canadiense y un inversionista estadounidense. En dos casos recientes, uno contra los Estados Unidos y otro contra el Canadá, los tribunales arbitrales respectivos han rechazado la reclamación como fue presentada dándole oportunidad al inversionista para replantearla. En otros tres casos el inversionista no ha proseguido con la reclamación o se ha desistido. El resto constituyen casos pendientes (véase el cuadro 1).

De los nueve casos en los que se ha emitido un laudo arbitral, cinco han sido en contra del inversionista reclamante y cuatro a favor de éste. Si consideramos el caso Ethyl, en el que el gobierno canadiense aceptó revocar la medida en conflicto y pagar una suma de dinero a la empresa, la relación de casos concluidos a favor y en contra de los inversionistas reclamantes es uno a uno. Sin embargo, una mirada más cuidadosa a los casos fallados a favor de los inversionista(s) reclamantes revela que en la mayoría de los casos los tribunales arbitrales rechazaron aspectos sustantivos importantes de las reclamaciones (S. D. Myers, Pope & Talbot y Feldman).

¿Qué tipo de reclamaciones se han presentado? En todas las reclamaciones resueltas ante tribunales arbitrales los demandantes han alegado invariablemente violaciones a las disposiciones sobre expropiación del artículo 1110 y de nivel mínimo de trato conforme al artículo 1105. Después de éstas, las disposiciones invocadas más frecuentemente han sido la de trato nacional (1102), nación más favorecida (1103), y requisitos de desempeño (1106). Es interesante observar que el único caso hasta la fecha en el que un tribunal arbitral ha resuelto que una medida gubernamental en cuestión ha constituido un acto equivalente a la expropiación ha sido el de Metalclad, y en ese caso una de las dos razones esgrimidas para sustentar esa conclusión fue anulada posteriormente.

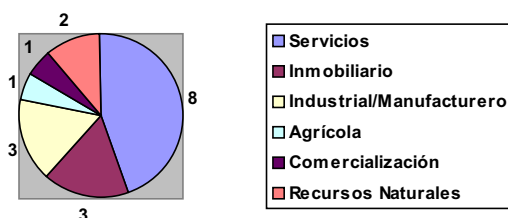
En cuanto a daños reclamados, éstos han variado desde la cantidad de 970 millones de dólares en el caso Methanex hasta 16 millones de dólares en el caso Mondev. El monto de daños otorgados por tribunales ha variado de un máximo de 16.7 millones de dólares en el caso Metalclad hasta 461 mil dólares en el caso Pope & Talbot. En ningún caso el monto de daños otorgados ha superado el 20% de los daños solicitados por el inversionista demandante. Las demandas más voluminosas en cuanto a daños reclamados se han entablado contra los Estados Unidos, pero ninguna ha resultado favorable para los demandantes.

TABLA DE DAÑOS

<i>Casos Canadá</i>	<i>Notificación</i>	<i>Decisión</i>	<i>%</i>
Ethyl	201	13	6.4
Pope & Talbolt	505	0.461	—1
S. D. Myers	20	4.4	22
UPS	160	P	—
<i>Total Canadá</i>	886	17.861	
<i>Casos México</i>			
Azinian	20	0	0
Waste Management	60	0	03
Metalclad	120	16.7	13
Feldman	50	1	2
<i>Totales de México</i>	250	17.7	
<i>Casos Estados Unidos</i>			
Loewen	600	0	
Mondev	16	0	
Methanex	970	P	
ADF	90	0	
<i>Total USA</i>	1676		

De los casos que han progresado a la etapa de arbitraje, la mayoría se relaciona con inversiones en el sector de servicios. De los ocho casos del sector servicios, cinco han versado sobre inversiones relacionadas con servicios de recolección y almacenamiento de residuos. Es decir, cerca del 30% de las controversias que han avanzado al arbitraje bajo el capítulo XI se han derivado de inversiones en el negocio de la basura. Todas, menos una de ellas, han sido inversiones realizadas en México. Otros sectores involucrados en controversias que han avanzado al arbitraje son el de explotación de recursos naturales, el sector agrícola, el industrial químico, el de desarrollo inmobiliario, el de comercialización y el de la construcción.

### SECTORES INVOLUCRADOS EN CONTROVERSIAS



Del análisis de los casos también se puede observar que trece de los dieciocho casos que han avanzado al arbitraje han involucrado reclamaciones contra medidas de los gobiernos federales de las partes del TLCAN. De estos trece sólo en dos casos los inversionistas han atacado también medidas de los gobiernos locales. Únicamente seis casos de los dieciocho han involucrado disputas contra medidas tomadas por gobiernos locales, y en particular únicamente México ha sido llevado al arbitraje por medidas tomadas por sus gobiernos municipales. También es interesante notar que todos los casos contra Canadá que han llegado al

arbitraje se entablaron contra medidas tomadas por el gobierno federal de ese país.

El tipo de intereses o políticas públicas involucradas en esos casos ha sido diverso. El cuadro siguiente muestra una tipología general resultado del análisis de los casos. El tipo más recurrente es el de interés o política en materia ambiental y de salud pública, dentro del cual se encuadran los casos sobre inversiones en servicios de almacenamiento y recolección de residuos sólidos y peligrosos. Debe observarse que de los casos concluidos relacionados con intereses y políticas públicas en materia ambiental sólo en dos de ellos, Metalclad y S. D. Myers, han concluido con una decisión por lo menos en parte favorable para el inversionista. También es interesante observar que en dos de los cinco casos iniciados contra Estados Unidos se cuestionó si la actuación de ciertos de sus tribunales satisfacía los estándares mínimos de justicia bajo el derecho internacional. Si bien los dos se resolvieron en contra del demandante, en uno de ellos, Loewen, el tribunal se pronunció fuertemente en contra de la actuación de los órganos de justicia local involucrados.

El cuadro siguiente también muestra el mecanismo elegido por el inversionista. Dado que ni Canadá ni México son partes de la Convención del CIADI, los inversionistas únicamente pueden elegir entre el Mecanismo Complementario del CIADI y las Reglas de Arbitraje del CNUDMI. Prácticamente la mitad del total de los arbitrajes se han llevado ante un mecanismo, y la otra mitad ante el otro. Es interesante observar que todos los casos contra Canadá se han llevado bajo las reglas del CNUDMI.

<i>Caso</i>	<i>Nivel</i>	<i>Mecanismo</i>	<i>Sector</i>	<i>Interés</i>
<i>Canadá</i>				
Ethyl	F	CNDMI	Industria-químico-aditivos	Ambiental, salud, política industrial
Pope & Talbolt	F	CNDMI	Recursos naturales-maderas	Comercio internacional-política exterior
S. D. Myers	F	CNDMI	Servicios-residuos peligrosos	Ambiental, salud
UPS	F	CNDMI	Servicios-mensajería y paquetería	Servicio postal y competencia
<i>México</i>				
Azinian <i>et al.</i>	M	Mec. CIADI	Servicio-residuos sólidos	Ambiental, salud
Waste Management I	F. M	Mec. CIADI	Servicio-residuos sólidos	Ambiental, salud, recursos municipales
Metalclad	F. E. M.	Mec. CIADI	Servicio-residuos peligrosos	Ambiental, salud
Feldman	F	Mec. CIADI	Comercio-exportación cigarros	Política fiscal
Fireman's Fund	F	Mec. CIADI	Servicios-seguros	Regulación seguros
Waste Management II		Mec. CIADI	Servicios-residuos sólidos	Ambiental, salud

<i>Caso</i>	<i>Nivel</i>	<i>Mecanismo</i>	<i>Sector</i>	<i>Interés</i>
GAMI Invest. Inc.	F	CNDMI	Agrícola-azúcar	Política industrial, comercial y agrícola
Robert J. Frank	F	CNDMI	Propiedad privada	Propiedad privada
Thunderbird Gaming	F	CNDMI	Servicios-juegos	Regulación de juegos
<i>Estados Unidos</i>				
Loewen Group	E	Mec. CIADI	Servicios funerarios	Sistema judicial
Mondev Int	E	Mec. CIADI	Desarrollo inmobiliario	Sistema judicial y legal
Methanex	E	CNDMI	Industria-aditivos aceites	Ambiental, salud
ADF	F	Mec. CIADI	Construcción-infraestructura acero	Apoyos federales a proyectos locales
Canfor Corp.	F	CNDMI	Recursos naturales-madera	Prácticas desleales de comercio internacional
Kenex Ltd.	F	CNDMI	Productos derivados de <i>canabis</i>	Ambiental, salud

De los diez arbitrajes concluidos, el más prolongado ha sido el caso Loewen, que se demoró casi cinco años desde la presentación de la notificación de arbitraje hasta el laudo final, y el más breve fue el primero de Waste Management, que tomó 1.6 años. Vemos, entonces, que la duración promedio hasta junio del 2003 de los arbitrajes concluidos bajo el TLCAN es de 3.1 años,<sup>193</sup> duración que constituye un periodo razonablemente eficiente, considerando la complejidad de los casos, e incluso si se le compara con el tiempo que puede llevar un litigio en cualquiera de los tres países partes del TLCAN.

### DURACIÓN DE ARBITRAJES

	<i>Notificación</i>	<i>Laudos-daños</i>	<i>Días</i>	<i>Años</i>
Loewen	30-oct-98	26-jun-03	1,676	4.59
S. D. Myers	30-oct-98	21-oct-02	1,452	3.98
Metalclad	02-ene-97	30-ago-00	1,336	3.66
Feldman	30-abr-99	16-dic-02	1,306	3.58
Pope & Talbot	25-mar-99	31-may-02	1,163	3.19
Mondev	01-sep-99	11-oct-02	1,120	3.07
Azinian	17-mar-97	01-nov-99	959	2.63
ADF	19-jul-00	09-ene-03	890	2.44
Ethyl	10-sep-96	24-jun-98	644	1.76
Waste Management	29-sep-98	02-jun-00	612	1.68
<i>Promedio</i>			<i>1,115.8</i>	<i>3.1</i>

¿Quiénes han sido los árbitros y cómo se han constituido sus decisiones? Del análisis de la composición de los tribunales arbitrales se desprende que claramente en los casos contra Canadá y contra Estados Unidos hay una preponderancia casi absoluta de árbitros provenientes de sistemas legales de la tradición anglosajona, mientras en los casos contra México hay un cierto balance con ligera preponderancia de árbitros pro-

<sup>193</sup> No se toman en cuenta los casos pendientes.

venientes de sistemas de la tradición civilista. Esto en principio no es sorprendente, porque hay que recordar que todos los arbitrajes concluidos contra Canadá y los Estados Unidos han sido a raíz de demandas de inversionistas de Estados Unidos y Canadá, correspondientemente. De hecho no ha habido ningún caso iniciado por inversionistas mexicanos, y únicamente uno recientemente presentado por un inversionista canadiense contra México. Todos los arbitrajes iniciados contra México han sido por inversionistas estadounidenses. Aunque la muestra es pequeña, es interesante observar que con la excepción de Feldman, los casos contra México en los que ha habido preponderancia de árbitros provenientes del sistema civilista han sido resueltos a favor de ese país. Feldman es uno de los dos únicos casos en los que la decisión no ha sido unánime, toda vez que el árbitro mexicano emitió una opinión disidente. El otro caso de una opinión disidente también ha sido contra México, y se trata del primer caso de Waste Management.

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. Por ejemplo, en una nota publicada por el *New York Times* en el 2001 se caracterizaba al mecanismo de la siguiente manera:

Sus reuniones son secretas. Sus miembros son generalmente desconocidos. Las decisiones que toman no requieren necesariamente ser dadas a conocer. Sin embargo, la forma en que un reducido número de tribunales internacionales manejan disputas entre inversionistas y gobiernos extranjeros ha resultado en leyes nacionales revocadas, sistemas de justicia cuestionados, y regulaciones ambientales amenazadas. Y todo en nombre de proteger los derechos de inversionistas extranjeros bajo el Tratado de Libre Comercio para América del Norte.<sup>194</sup>

En nuestra opinión, el análisis del funcionamiento del mecanismo realizado no sustenta las principales críticas que se han hecho en contra del capítulo 11 del TLCAN. Ello no significa que no haya asuntos que deban

<sup>194</sup> De Palma, Anthony (2001).



examinarse a la luz de estos diez años de experiencia.<sup>195</sup> No obstante, ninguno de estos asuntos se refieren a la premisa central del capítulo 11, a saber: que los inversionistas extranjeros de los países miembros del TLCAN pueden impugnar y exigir una indemnización cuando consideran que el gobierno en el que realizan una inversión faltó a sus obligaciones internacionales, sin necesidad de recurrir a sus propios gobiernos nacionales para su defensa. En balance consideramos que después de un inicio difícil, el mecanismo se va consolidando como el recurso para lo que fue diseñado: un recurso extraordinario de debido proceso bajo el derecho internacional que a través de una creciente jurisprudencia tiende hacia un apropiado balance entre la observancia de las obligaciones acordadas en materia de trato a los inversionistas y sus inversiones y el legítimo ejercicio de la actividad gubernamental. A continuación señalamos algunas de las principales críticas que se han realizado en contra del mecanismo y nuestras respuestas a la luz del análisis hecho en este capítulo.

#### *5. Asuntos que han surgido a raíz de las demandas entabladas al amparo del capítulo 11*

##### *A. Los daños económicos involucrados en las reclamaciones son demasiado altos*

Algunos críticos han expresado su preocupación ante los fuertes intereses involucrados en los casos del capítulo 11, debido a las elevadas sumas que representan las indemnizaciones, que en total ascienden a más de tres mil 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 de-

<sup>195</sup> 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.

mandante una indemnización de 16.7 millones de dólares, incluidos los intereses, cantidad que equivale a 13% del importe que demandaba Metalclad.<sup>196</sup> Pero incluso en este caso la decisión de la Corte Superior de 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 dólares americanos 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 de medio millón de dólares, la cual constituye el mero 0.5% de la cantidad reclamada original. En el cuarto caso, el de S. D. Myers, el monto de daños asignados corresponde al 22% de lo reclamado originalmente por el inversionista. El gobierno canadiense ha promovido ante los tribunales de su país la anulación del fallo.<sup>197</sup>

Uno de los 23 casos se resolvió durante el proceso, pero sin intervención del tribunal arbitral. 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.<sup>198</sup> 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 tribunal arbitral.

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 únicamente a México desde la entrada en vigor del TLCAN. El gobierno mexicano estima que en marzo de 2000 los inversionistas estadounidenses y canadienses tenían participaciones en

<sup>196</sup> Véase el caso *Metalclad*, *supra*.

<sup>197</sup> *Supra*.

<sup>198</sup> *Supra*.

cuando menos 12,557 empresas en México. De entre todas esas empresas, un grupo muy reducido (menor a diez) han sido las que han entablado demandas contra México ante un tribunal de arbitraje del TLCAN en materia de inversión.

*B. El capítulo 11 coarta la capacidad del gobierno para adoptar políticas sociales y en particular de protección al medio ambiente, lo cual es contrario a presupuestos fundamentales de gobernabilidad democrática*

Los grupos ambientalistas de los tres países miembros del TLCAN han referido varios casos relativos al capítulo 11 —los casos MMT, Metalclad, S. D. Myers, Waste Management, Azinian y Sun Belt— para demostrar la forma en que los inversionistas extranjeros pueden infringir 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”.<sup>199</sup> Con todo respeto, disentimos de esa opinión. Primero, una mirada más cuidadosa de los casos muestra que éstos han concernido a temas ambientales únicamente de manera indirecta, tratándose más bien de asuntos relacionados con la discriminación, para cuya solución fueron elaborados los acuerdos sobre comercio e inversión. El caso que se refirió más directamente a la regulación ambiental es el de Methanex, el cual enfrenta serios problemas para el demandante, toda vez que el tribunal arbitral determinó que la reclamación como fue presentada originalmente no identificaba una medida que estuviera bajo el alcance del ámbito material establecido por el artículo 1101 del TLCAN. Sin embargo, la reclamación fue reformulada, y habrá que seguir de cerca su resolución. En el caso de Metalclad, se condenó a México en parte por considerar que una negativa de permiso municipal de construcción no podía haber estado fundada en razones ambientales. Sin bien la decisión en ese

<sup>199</sup> Véase Hart, Michael M. y Dymond, William A., *op. cit.*, 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.

aspecto fue posteriormente anulada en el proceso correspondiente, sobrevivió en cuanto a la determinación de que una declaratoria de reserva ecológica estatal promulgada días antes de la salida del gobernador en turno constituyó una medida equivalente a la expropiación. El caso de S. D. Myers está sujeto a revisión en un procedimiento de nulidad llevado por Canadá. Por lo tanto, también hay que esperar en ese caso en qué forma se resuelve el procedimiento. Sun Belt es un caso prácticamente abandonado, Azinian se resolvió a favor de México y Waste Management está pendiente.

Sin embargo, más allá de la resolución específica de estos casos, un argumento que pocas veces se ha mencionado en esta discusión es el del efecto de despresurización política que genera un mecanismo orientado por reglas en las relaciones diplomáticas económicas bilaterales. El caso de México y los Estados Unidos es especialmente ejemplificativo porque representa la relación económica y política más desigual dentro de la esfera del TLCAN. La tesis de ciertos críticos es que este tipo de arbitrajes coarta en forma poco democrática la capacidad de los gobiernos de tomar medidas en el interés social, toda vez que pueden ser sujetos del pago de daños bajo estos mecanismos de resolución de disputas. Sin embargo, la ausencia de un capítulo 11 no significa que, por ejemplo, en el caso de los Estados Unidos, sus inversionistas dejen de recurrir a la presión diplomática política que pueda ejercer su gobierno contra medidas que afecten sustancialmente sus intereses. De hecho, la historia muestra que los Estados Unidos intervienen activamente en el auxilio de los intereses económicos de sus inversionistas muchas veces con efectos negativos no sólo sobre las medidas específicas, sino sobre sistemas políticos. Una lectura cuidadosa de la evidencia presentada en los casos Metalclad y Azinian muestra la presión importante ejercida por la embajada de los Estados Unidos sobre el gobierno mexicano a distintos niveles para resolver los conflictos antes del inicio de los arbitrajes. Si bien el siguiente argumento requiere de generar mayor información empírica al respecto, se puede sostener que el mecanismo establecido bajo el capítulo 11, especialmente por ser uno sólidamente orientado por reglas, facilita la resolución de estos conflictos en forma más consistente con los principios de debido proceso en el contexto internacional, al equilibrar, mediante un tribunal de derecho, una relación desigual en el plano político y económico internacional. Finalmente, en el caso de la presión diplomática política, el Estado que la sufre debe escoger entre el costo de afectar la relación bilateral

general o modificar la medida en cierta forma. En el caso del capítulo 11, el Estado es condenado a pagar daños, y no a modificar la medida, pudiendo resultar la defensa de su medida exitosa ante el tribunal, como ha sucedido en la mitad de los casos. Además, la evidencia muestra que los tribunales bajo el capítulo 11 han sido mucho más modestos en la determinación de los daños que lo que han pretendido conseguir los inversionistas demandantes.

### *C. El carácter secreto de los procedimientos arbitrales*

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.<sup>200</sup> Esta crítica significa que los tribunales 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 tribunales les ha tocado ya examinar el tema de la confidencialidad. El tribunal del caso Metlaclad determinó que no había nada ni en el TLCAN ni en las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI que impidiera a las partes en disputa litigar de manera pública el caso o proveer información, de acuerdo con la legislación de cada parte del TLCAN. 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. El tribunal del caso Methanex aceptó y ratificó dicho fallo, yendo más lejos, al añadir que las Reglas de Arbitraje de UNCITRAL, de acuerdo con las cuales se conduce el arbitraje, permiten la posibilidad de que el tribunal evalúe la admisibilidad de contribuciones *amicus curiae* por terceros,<sup>201</sup> entre ellas las organizaciones no gubernamentales, si el tribunal considera que éstas pueden ayudar a resolver la disputa.

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, deci-

<sup>200</sup> Véase nota periodística *cit.* por De Palma, Anthony, nota 194.

<sup>201</sup> Es decir, declaraciones de hechos de terceras partes que tienen algún interés en el resultado del arbitraje, como serían las ONG.

dieron 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. La facultad de las partes del TLCAN de realizar interpretaciones obligatorias a través de la Comisión de Libre Comercio es uno de los elementos del diseño institucional del TLCAN. En este caso ha sido utilizada para confirmar lo interpretado por los tribunales arbitrales y la política al respecto impulsada por el gobierno canadiense a favor de la publicidad y transparencia de los procedimientos bajo el capítulo 11. La nota interpretativa también ha llevado a todas las partes del TLCAN a comprometerse a asegurar activamente la transparencia de los procedimientos.

*D. Las empresas y los tribunales 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 particulares 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.<sup>202</sup>

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 barreras técnicas al comercio y medidas sanitarias y fitosanitarias como justificación para llevar el caso ante el panel del capítulo 11, o que la medida en California causara daños al negocio internacional de la empresa. 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. 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; este alegato obligó al gobierno mexicano a buscar la nulidad de esa parte del laudo, lo cual consiguió.

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”.<sup>203</sup> 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

<sup>202</sup> Véase Graham y Wilkie (1998) y Gary Hufbauer *et al.* (2000).

<sup>203</sup> Véase comunicado de prensa, Department of Foreign Affairs, *op. cit.*

derecho ‘consuetudinario’ internacional”.<sup>204</sup> 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 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 tribunal 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 para instituir nuevas reglas sobre calidad ambiental sin el temor de 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”.<sup>205</sup>

204 *Idem.*

205 *Idem.*