

LA INCOHERENCIA JURÍDICA Y EL IMPACTO SOCIAL DEL CAPÍTULO XI DEL TLCAN EN MÉXICO

Sonia RODRÍGUEZ JIMÉNEZ*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *La reticencia de México a ratificar el Convenio de Washington.* III. *Una consecuencia de ésta negativa: la incoherencia jurídica.* IV. *Implicaciones sociales.* V. *Conclusiones.*

I. INTRODUCCIÓN

A los dieciséis años recién cumplidos del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN, en adelante) estimamos oportuno hacer un balance del impacto social que ha tenido este instrumento convencional, el cual abarca una importante triada de Estados desde la óptica de lo que representan sus respectivas economías en el actual mundo globalizado. Igualmente es necesario poner de manifiesto la incoherencia jurídica que México presenta entre la oferta convencional y su realidad normativa.

Dado el amplio y ambicioso contenido que del TLCAN dibujaron Estados Unidos de América, Canadá y México en 1994, temáticamente debemos acotar el presente estudio al capítulo XI, el cual está dedicado a la regulación y protección de la inversión extranjera, y, geográficamente, abordaremos únicamente el contexto mexicano.

Como todo “adolescente” no todo ha sido bueno en su joven e inexperta andadura, aunque tampoco sería justo decir que su balance general ha sido negativo; es tiempo de analizar algunos datos arrojados a lo largo de estos años. No son pocos los estudios que se han hecho y que se harán del contenido de todos y de cada uno de los capítulos que contiene este instrumento internacional, por la importancia del mismo para las economías de los tres Estados.

Por lo que se refiere a la incoherencia jurídica analizaremos todos los TLC y BIT que representando compromisos internacionales (y por ende

* Doctora en derecho por la Universidad de Salamanca, España; investigadora en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

responsabilidad en esa esfera) para México, ofrecen el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias en Materia de Inversiones (CIADI) por vía del Convenio de Washington,¹ a pesar de mostrar una indiscutible reticencia a la ratificación de dicho instrumento internacional.

Por lo que se refiere al impacto social, éste se medirá por las dos temáticas que más han afectado numéricamente a México: el sector azucarero y el de recolección de basura y desechos peligrosos; sectores más o menos estratégicos de la economía mexicana (tanto por el empleo como por la riqueza que generan) y que han sido afectados por las concesiones internacionales o por la liberalización de sus servicios. Un impacto que sin duda ayudado por la inclusión en algún laudo de la palabra “corrupción”, no facilita el objetivo último de crear un ambiente de seguridad jurídica y estabilidad de las instituciones democráticas que atraigan capital extranjero el cual ayude a México como un factor más, pero nada despreciable, en su desarrollo y progreso social y económico.

Una última advertencia es que estas líneas se centran únicamente en la vía arbitral que representa el CIADI por la vía del mecanismo complementario. De lo anterior se desprende una justificada “doble discriminación por exclusión”: *a) por un lado, a la vía de la conciliación*,² ofertada igualmente y con condiciones ciertamente similares al arbitraje.³ Señalamos que es justificada pues hasta la fecha a México no se le ha presentado ninguna contro-

¹ Convenio de Washington del 18 de marzo de 1965, sobre arreglo de diferencias entre un inversor y un Estado.

² Los casos que se mencionan son los que a la fecha se han resuelto por medio de la conciliación: 1. SEDITEX Engineering Beratungsgesellschaft für die Textilindustrie m.b.H. contra República Democrática de Madagascar (ICSID Case No. CONC/82/1); 2. Tesoro Petroleum Corporation contra Trinidad y Tobago (ICSID Case No. CONC/83/1); 3. SEDITEX Engineering Beratungsgesellschaft für die Textilindustrie m.b.H. contra Madagascar (ICSID Case No. CONC/94/1); 4. TG World Petroleum Limited contra República de Nigeria (ICSID Case No. CONC/03/1); 5. Togo Electricité contra República de Togo (ICSID Case No. CONC/05/1), y 6. Shareholders of SESAM contra República Central de África (ICSID Case No. CONC/07/1). Puede observarse el uso marginal de esta vía si la comparamos con la arbitral.

³ Como bien señala González de Cossío: “La conciliación es el procedimiento por virtud del cual un tercero que conoce de la controversia y la postura de las partes en la misma emite un veredicto carente de fuerza vinculatoria acerca de la solución más justa/adecuada de la misma”, González de Cossío, F., “Mecanismos alternativos de solución de controversias. Nota sobre el creciente desarrollo del área”, *Ars Iuris*, México, núm. 30, 2003, p. 45. Aun cuando estas afirmaciones se hacen en un contexto general podemos decir que tienen pleno sentido en el contexto más particular del sistema del CIADI.

versia que se haya solucionado por esta vía conciliatoria, y *b*) por otro lado, a la vía y procedimiento representado por el Convenio de Washington desde que México sólo puede solucionar sus controversias arbitrales a través del denominado mecanismo complementario o *additional facility*.

II. LA RETICENCIA DE MÉXICO A RATIFICAR EL CONVENIO DE WASHINGTON

El punto de partida para entender el capítulo XI del TLCAN de forma global y concretamente en el contexto mexicano, pasa por conocer lo que representa en la actualidad el Convenio de Washington. Es necesario hablar de la postura de distanciamiento (me atrevería a decir de indiferencia) que México ha tenido, y tiene, respecto a la ratificación de dicho Convenio y, como consecuencia directa de la misma, la incoherencia jurídica, el impacto social y económico que su acceso al sistema arbitral del CIADI, por la vía del denominado mecanismo complementario presenta en la actualidad.

Ahora bien, la postura de recelo, desconfianza o descontento, no es exclusiva de la República Mexicana, sino de una parte del contexto latinoamericano;⁴ unos sentimientos que vienen materializados (y en cierto modo justificados) por la avalancha de casos presentados contra Argentina en un lapso de tiempo breve y que ha derivado en importantes condenas económicas;⁵ la sonada

⁴ Debemos mencionar que de los 123 casos pendientes de resolver por el Banco Mundial, 67 afectan a Estados latinoamericanos y, de los 201 concluidos, 66 son para Estados latinoamericanos. Véase www.worldbank.org/icsid, consultada el 28 de septiembre de 2010.

⁵ De un vistazo a los casos argentinos encontramos: Compañía de Aguas del Aconquija, S.A. and Vivendi Universal (caso 97/3), Lanco International, Inc. (caso 97/6), Houston Industries Energy, Inc and others (caso 98/1), Mobil Argentina S.A. (caso 99/1), Empresa Nacional de Electricidad S.A. (caso 99/4), Enron Creditors Recovery Corporation and ponderosa Assets, L.p (01/3), CMS Gas Transmission Company (caso 01/8), Azurix Corp. (caso 01/12), LG&E Energy Corp, LG&E Capital Corp. And LG&E Capital Corp. And LG&E Internacional Inc (caso 02/1), Siemens A.G. (caso 02/8), Sempra Energy Internacional (caso 02/16), AES Corporation (caso 02/17), Camuzzi Internacional S.A. (caso 03/2), Metalpar S.A. and Buen Aire S.A. (caso 03/5), Camuzzi International S.A. (caso 03/7), Continental Casualty Company (caso 03/9), Gas Natural SDG (caso 03/10), Pioneer Natural Resources Company, Pioneer Natural Resources (Argentina) S.A. and Pioneer Natural Resources (Tierra del Fuego) (caso 03/12), Pan American Energy LLC and BP Argentina Exploration Company (caso 03/13), El Paso Energy Internacional Company (caso 03/15), Suez Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Interagua Servicios Integrales de Agua S.A. (caso 03/17), Aguas Cordobesas S.A., Suez and Sociedad General de Aguas de Barcelona (caso 03/18), Suez Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. and Vivendi Universal S.A. (caso

renuncia de Bolivia y la expectativa que se está levantado como consecuencia de la misma al marcar un importante punto de inflexión en la historia del CIADI;⁶ la retirada del ámbito competencial del CIADI de la materia de los recursos naturales por parte de Ecuador (en la misma tónica que lo hizo tiempo atrás Israel o Jamaica); una retirada que, dicho sea de paso, coincide con la temática estrella que hasta ahora había enfrentado Ecuador ante este centro de solución de controversias;⁷ la postura de Brasil y Cuba que a

03/19), Telefónica S.A. (caso 03/20), Enersis S.A. (caso 03/21), Electricidad Argentina S.A. and EDF Internacional S.A. (caso 03/22), EDF Internacional S.A., SAUR Internacional S.A. and León Participaciones Argentinas S.A. (caso 03/23), Unisys Corporation (caso 03/27), Azurix Corp. (caso 03/30), Total S.A. (caso 04/1), Saur Internacional (caso 04/4), BP America Production Company and others (caso 04/8), CIT Group Inc (caso 04/9), Wintershall Aktiengesellschaft (caso 04/14), Mobil Exploration and development Inc., Suc. Argentina and Mobil argentina (caso 04/16), France Telecom S.A. (caso 04/18), RGA Reinsurance Company (caso 04/20), Daimler Chrysler Services AG (05/1), Compañía General de Electricidad S.A. and GCE Argentina S.A. (caso 05/2), TSA Spectrum de Argentina S.A. (caso 05/5), Asset Recovery Trust S.A. (caso 05/11), Giovanna A. Beccara and others (caso 07/5), Giovanni Alemanni and others (caso 07/8), Impregilo S.p.A. (caso 07/17), Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Biskaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuegoa (caso 07/26), HOCHTIEF Aktiengesellschaft (caso 07/31), Giordano Alpi and Others (caso 08/9), Impregilo SpA (caso 08/14) y Teinver S.A., Transportes de Cercanías SA and Autobuses Urbanos del Sur S.A. (caso 09/1). Véase www.worldbank.org/icsid, consultada el 28 de septiembre de 2010.

⁶ Bolivia presenta la siguiente conjugación de fechas: primero, se adhirió el día 12 de agosto de 1994, por Ley Ratificatoria No. 1593, al Convenio de Washington. Segundo, el 16 de mayo de 2007 se anuncia en la página oficial del CIADI que Bolivia somete su decisión de renunciar al Convenio de Washington, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 71 del mencionado instrumento. Este artículo señala que: “Todo Estado Contratante podrá denunciar este Convenio mediante notificación escrita dirigida al depositario del mismo. *La denuncia producirá efecto seis meses después del recibo de dicha notificación*”. (Las cursivas son nuestras). Tercero, se informa que el 2 de mayo de 2007 el Banco Mundial recibió un escrito anunciando la mencionada renuncia del Estado de Bolivia, por lo que transcurridos seis meses de esa fecha, en concreto el 3 de noviembre de 2007, el Estado boliviano quedaba fuera de la lista de Estados contratantes.

⁷ En Ecuador encontramos los casos pendientes de Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company (caso 06/11), Murphy Exploration and Production Company internacional (caso 08/4), Burlington Resources Inc. And others (caso 08/5), Perezco Ecuador Limited (caso 08/6), Repsol YPF Ecuador S.A. and others (caso 08/10) y Corporation Quiport S.A. and Others (caso 09/23). En este sentido tiene concluidos los casos de: Repsol YPF Ecuador S.A. (caso 01/10), IBM World Trade Corp (caso 02/10), MCI Power Group and New Turbina Inc (caso 03/6), Duke Energy Electroquill Partners and Electroquil S.A. (caso 04/19), empresa eléctrica del Ecuador, Inc. (EMELEC) (caso 05/9), Noble Energy Inc. and

la fecha no han ratificado el Convenio de Washington, representando junto con México tres importantes receptores de inversión extranjera en América Latina. Lo anterior nos lleva a reconocer que estas críticas, miedos y recelos que desde el inicio del Convenio de Washington han adoptado los países latinoamericanos sin duda han contribuido a que el CIADI sea y se convierta en lo que es hoy.⁸

Si bien se podría justificar en un inicio que estos recelos tuvieran su base en figuras como “la cláusula Calvo” o la “zona prohibida”, creemos que estos criterios añejos y ya superados poco ayudan a entender la negativa de México a ratificar el Convenio de Washington.⁹

El objetivo que encierra la postura de abogar por una necesaria ratificación de esta Convención por México no tiene que ver con la seguridad de que se alcance una mayor atracción de inversión extranjera; no estamos convencidos de que su ratificación se traduzca necesariamente en una mayor recepción de capital extranjero y, por ende, de manera directa en un mayor desarrollo (social y económico) para México. No estamos en condición de afirmar categóricamente este extremo, por lo que lo dejamos en el terreno de las posibilidades, de las conjeturas. Lo que sí abandona el terreno de la hipótesis y se convierte en una realidad es que la ratificación del Convenio de Washington repercutirá necesariamente en una coherencia y lógica jurídica respecto a la oferta que lanza en todos los cuerpos normativos que conforman la red de tratados internacionales que México tiene en su haber; esto es, con la firma del Convenio de Washington conseguimos dar coherencia jurídica a la oferta dada en todos aquellos instrumentos de

Machala Power Cia Ltd (caso 06/11), City Oriente Limited (caso 06/21) y Técnicas Reunidas, S.A. and Eurocontrol, S.A. (caso 06/17). Consultese www.worldbank.org/icsid revisada el 28 de septiembre de 2010.

⁸ Abbot, A., “Latin America and International Arbitration Conventions: the Quandary of Non-Ratification”, *Harvard International Law Journal*, vol. 17, 1976, pp. 134 y 135.

⁹ Para entender un poco el contexto histórico del rechazo de estos estados al arbitraje y su relación con la “cláusula Calvo”. Véase Péreznieto Castro, L., “Dos mitos en el derecho internacional privado mexicano: ‘La Cláusula Calvo’ y la ‘zona prohibida’ o ‘zona restringida’”, *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado*, 1997, pp. 112-127; Shihata, I., “The ICSID Convention and the Americas”, *Commercial Arbitration in the Americas. Actes de la XIème Conference Interaméricaine sur L’Arbitrage Commercial International*, Otawa, 1992, p. 216; Rodríguez Jiménez, S., “México y el mecanismo complementario del sistema arbitral del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias en Materia de Inversiones (CIADI)”, *Jurídica, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, núm. 34, 2004, p. 108.

carácter internacional que se destinan, de forma única (BIT) o no (TLC), a la protección de la inversión extranjera. La situación actual no permite compatibilizar el contenido de los tratados con los sistemas alternativos que en ellos se arrojan.

En resumidas cuentas, al no contar en la actualidad con la ratificación del Convenio de Washington no existe coherencia jurídica cuando ofertamos en los TLC y en los BIT la vía del CIADI por conducto del Convenio de Washington. No podemos escudarnos en argumentos frágiles de que el inversor debe saber que México no puede acceder a esta vía por la falta de ratificación del Convenio de Washington; sin embargo, sin llegar a alegar posturas de buena o mala fe en esta oferta que lanza el Estado mexicano, sí podemos afirmar que no se puede dejar en manos del inversor que supla la coherencia jurídica que le falta a un marco normativo extranjero. Creemos que la responsabilidad y el compromiso está en manos de México, quien debe dar sentido pleno a lo que oferta y a lo que tiene en “propiedad”, no descansando ésta definitivamente en el conocimiento que pueda tener el inversor nacional de otro Estado.

Para entender este entramado de afirmaciones es preciso analizar el Convenio de Washington, siquiera brevemente y en esta primera parte, dos ideas nos permitirán comprender con mayor detenimiento lo que representa todo el sistema de solución de controversias por medio del arbitraje que ofrece el Banco Mundial. La primera se refiere al elevado número de Estados que a la fecha tienen este instrumento ratificado como una muestra de su éxito. En este caso podemos afirmar que estamos ante un Convenio ciertamente exitoso y las cifras que a continuación se ofrecen no nos dejarán mentir. Los países que hasta la fecha tienen firmado y ratificado el Convenio de Washington suman 143.¹⁰ La segunda se centra en los exigentes requisitos que el artículo 25 del Convenio de Washington necesita para que una controversia acceda al mencionado mecanismo. Los tres requisitos *sine qua non* que toda controversia debe reunir para acceder al mecanismo de solución que representa el CIADI por medio del mencionado Convenio son: el *ratione personae*, *ratione materiae* y *ratione voluntatis*¹¹ los cuales se contemplan en

¹⁰ Véase, www.worldbank.org/icsid, consultada el 28 de septiembre de 2010.

¹¹ El consentimiento se puede manifestar a través de tres vías: ley de inversiones estatal, contrato o en un BIT (en este rubro podemos hacer dos grandes bloques de manifestación del consentimiento siguiendo un criterio más o menos detallado: por un lado encontramos los BIT que de manera escueta manifiestan de forma incondicional su consentimiento por esta vía con una frase “cada Estado Contratante otorga su consentimiento incondicional al sometimiento de una controversia a arbitraje internacional de acuerdo con esta Sección”; en este sentido encontramos los BIT firmado con

el capítulo II “Jurisdicción del Centro”, artículo 25.¹² El cumplimiento de los mismos determinará la suerte de la inscripción o rechazo de la solicitud para su conocimiento por parte del CIADI vía Convenio de Washington.

Lo anterior nos llevará de la mano para realizar un análisis de la vía que representa el denominado mecanismo complementario desde que éste es el camino utilizado por México para resolver sus controversias ante este foro arbitral ante la falta de cumplimiento estricto del artículo 25. El primer comentario es que México continúa dentro del mismo foro de solución de controversias, no hemos abandonado el arbitraje administrado o institucional. El segundo comentario es que a pesar de seguir en el mismo foro existen rasgos diferentes respecto a los requisitos que versan sobre la ad-

Alemania (artículo 13), Austria (artículo 12), Corea (artículo 9), Dinamarca (artículo 10), Finlandia (artículo 11), Grecia (artículo 11), Islandia (artículo 11), Italia (artículo 3 Anexo), República Portuguesa (artículo 10), República Checa (artículo 11), Reino de Suecia (artículo 11), Unión Belgo-Luxemburguesa (artículo 12) y Uruguay (artículo 8 en su párrafo 3). Un segundo grupo lo conforman otros BIT que de manera más amplia manifiestan su consentimiento más o menos en los siguientes términos: “1. Cada parte contratante otorga su consentimiento incondicional para someter una controversia a arbitraje internacional de conformidad con esta Sección. 2. El consentimiento a que se refiere el párrafo 1 anterior y el sometimiento de una reclamación a arbitraje por parte de un inversionista contendiente cumplirán con los requisitos señalados en: a) el Capítulo II del Convenio del CIADI (Jurisdicción de Centro) y b) el Artículo II de la Convención de Nueva York, relativo al “acuerdo por escrito”. Es el caso del BIT firmado con la India (artículo 13); del BIT firmado con Países Bajos (artículo 5 de su Apéndice) quien añade en el párrafo 2) un nuevo apartado c) el cual señala “c) Artículo I de las Reglas de Arbitraje de CNUDMI: “las partes del contrato han convenido por escrito”; del BIT firmado con Panamá (artículo 14) el cual en el párrafo dos añade “las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI que exigen el consentimiento por escrito de las partes”; Reino Unido (artículo 12) quien en el párrafo 2 de este artículo igualmente añade “las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI, relativo al consentimiento por escrito de las partes contendientes”; Trinidad y Tobago (artículo 14) añade nuevamente en el párrafo 2 “las reglas del Mecanismo Complementario del CIADI, relativo al consentimiento por escrito de las partes contendientes”) o TLC (artículo 1122 del TLCAN, el TLC con Chile en su artículo 9-23, el TLC firmado con Costa Rica en el artículo 13-24, el TLC firmado con Bolivia en su artículo 15-23, el TLC firmado con Nicaragua en el artículo 16-23, el TLC firmado con el denominado Triángulo Norte (El Salvador, Guatemala y Honduras) en el artículo 14-24, el TLC firmado con Uruguay en su artículo 13-22, el Acuerdo firmado con Japón en su artículo 80, el G3 en su Regla 2.

¹² Álvarez Ávila, G., “Las características del arbitraje CIADI”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. II, 2002, pp. 205-229; Parra, A., “The role of ICSID in the settlement of investment disputes”, www.worldbank.org/icsid/news/n-16-1-5.htm.

misibilidad de la disputa; en este segundo caso la nota característica trata sobre la flexibilidad¹³ que marca respecto a los requisitos jurisdiccionales y competenciales el artículo 25.¹⁴ Esta flexibilidad repercute en una ampliación, no sabemos si querida o no, de la jurisdicción del Centro al ampliar los ámbitos personal y material. Por lo anterior el mecanismo complementario crea un procedimiento paralelo y autónomo al Convenio de Washington¹⁵ donde las diferencias radican en el recurso de anulación así como en la fase de reconocimiento y ejecución del laudo arbitral emitido.

¹³ Broches, A., “The “Additional Facility” of the International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID)”, *Yearbook Commercial Arbitration*, vol. IV, 1979, pp. 374; Vives Chillida, *El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI)*, Madrid, Mc Graw Hill, 1998, p. 41; Pierluigi, Toriello, “The Additional Facility of the International Centre for Settlement of Investment Disputes”, *The Italian Yearbook of International Law*, 1978-1979, p. 61.

¹⁴ Por lo que hace a su flexibilidad respecto al requisito por razón de la persona bajo las reglas del Mecanismo Complementario se conocerán aquellas controversias en las que bien el Estado receptor de la inversión o bien el Estado de la nacionalidad del inversor no tienen ratificado el Convenio de Washington. En este sentido encontramos el artículo 2o. del Reglamento del Mecanismo Complementario. Por lo que hace a la flexibilidad por razón de la materia se refiere a procedimientos de arbitraje entre partes cuando al menos una de ellas sea un Estado Contratante o un nacional de un Estado Contratante cuando la materia sobre la que versa la controversia no es calificada como “inversión”. Lo anterior no significa que se deje la puerta completamente abierta que dé lugar a la inclusión de “transacciones comerciales ordinarias”. Lo anterior se encuentra estipulado en el artículo 2.b) y 4.3 del mecanismo complementario. Además encontramos que cubre también los procedimientos de comprobación de hechos, el denominado *fact-finding*. Lo anterior de conformidad con el artículo 2 c) del Reglamento del Mecanismo Complementario. Como bien señala la doctrina “este procedimiento tiene por función prevenir las controversias antes de que cristalicen más que resolverlas, aunque podrían servir de complemento al arbitraje”. Vives Chillida, *op. cit.*, p. 42. El cual “busca solamente determinar los hechos pero no arreglar una disputa”. González de Cossío, F., “The International Centre for Settlement of Investment Disputes. The Mexican Experience”, *Journal of International Arbitration*, 2002, p. 234.

¹⁵ En este sentido el artículo 3o. del Reglamento del Mecanismo Complementario señala que: “Inaplicabilidad del Convenio. Puesto que los procedimientos previstos en el artículo 2 están fuera de la competencia del Centro, ninguna de las disposiciones del Convenio será aplicable a dichos procedimientos ni a las recomendaciones, laudos o informes que se pronuncien o formulen en ellos”.

III. UNA CONSECUENCIA DE ESTA NEGATIVA: LA INCOHERENCIA JURÍDICA

1. *TLCAN*

El TLCAN une a México con Estados Unidos y Canadá.¹⁶ Como bien se menciona en el caso ADM contra México en el párrafo 57 de la parte denominada “Antecedentes de hecho” de su laudo:

Las negociaciones formales del TLCAN empezaron en diciembre de 1991 y terminaron oficialmente en agosto de 1992. El TLCAN fue firmado por los Jefes de estado de Canadá, estados Unidos y México el 17 de diciembre de 1992, y después aprobado por los poderes legislativos de las tres Partes... crea una zona de libre comercio de conformidad con las disposiciones del Artículo XXIV del acuerdo general sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994.¹⁷

Por su parte, el laudo del caso Robert Azinian afirma que “el TLCAN es un tratado entre Estados soberanos que trata una amplia gama de cuestiones relativas a la liberalización del comercio”.¹⁸ En este sentido, del caso Metalclad se desprende que “un objetivo subyacente del TLCAN es el promover e incrementar las oportunidades transfronterizas de inversión y asegurar el éxito de la implementación de las iniciativas de inversión (artículo 102.1 del TLCAN)”.¹⁹

Aunque *stricto sensu* el TLCAN debería ser estudiado y comentado en el siguiente epígrafe junto con el resto de tratados de libre comercio, creemos que su separación y análisis independiente se justifica por varias razones. La primera descansa en las implicaciones económicas que ha presentado, presenta y presentará, las cuales son incomparables con aquellas que presenta el resto de Tratados; la segunda radica en el número de escritos que está atrayendo desde su nacimiento que repercute en su conocimiento y eco por parte de distintas ramas doctrinales (derecho, economía, sociología, entre otros). Una importancia que dista con mucho la que se está dando al resto de TLC. No me atrevería a decir que son grandes desconocidos pero sí que son instrumentos cuyo protagonismo ha sido robado en cierto modo por el TLCAN. Otra razón se debe a que el TLCAN data de 1994 convirtiéndo-

¹⁶ Su fecha de publicación en el DOF se cifra el 20 de diciembre de 1993 entrando en vigor el 1o. de enero de 1994.

¹⁷ Párrafo 58.

¹⁸ Párrafo 80.

¹⁹ Párrafo 75.

se en el tratado de referencia para el resto, quienes siguen muy de cerca el contenido que se plasmó en el TLCAN. Rábago Dorbecker afirma que: “El precedente inmediato y modelo indiscutible de los actuales APPRI celebrados por México es el Tratado de Libre Comercio de América del Norte”.²⁰ Una última razón a esgrimir sería de carácter social; así, sus implicaciones en la sociedad mexicana, las cuales, sin desdeñar las que presentan el resto de TLC, son realmente trascendentales.

Por lo que se refiere al capítulo XI como se afirma en Robert Azinian:

La parte quinta se ocupa de “Inversiones, Servicios y Asuntos Relacionados. El capítulo once trata específicamente de la “Inversión”. La sección A, del capítulo once establece varias obligaciones sustanciales en materia de inversiones. La Sección B trata de la jurisdicción y el procedimiento; en ella se define el método por el que un inversionista puede reclamar ante una violación de las obligaciones establecidas en la Sección A para obtener una reparación.²¹

De forma más detallada en Waste Management Inc. I, el tribunal arbitral señala:

El Capítulo XI del TLCAN establece un mecanismo para la solución de controversias sobre inversiones que pretenden asegurar la igualdad de trato de los inversionistas de las partes en conformidad con el principio de reciprocidad internacional, como respeto de sus garantías legales ante un tribunal imparcial (artículo 1115 del TLCAN).

De este modo, un inversionista de una de las Partes que sostiene que un gobierno anfitrión no ha cumplido con sus obligaciones relativas a la inversión tal y como se contemplan en el capítulo XI, podrá someter su reclamación a la vía del arbitraje previa notificación de su intención a la parte contratante al menos 90 días antes de la presentación formal de la reclamación ante el secretario general del CIADI de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1119 del TLCAN”. De igual forma sostiene que:

La sección B del capítulo XI del TLCAN establece en su artículo 1121 una serie de condiciones previas al sometimiento de una reclamación al procedimiento arbitral, las cuales son la presentación del consentimiento de la parte

²⁰ Rábago Dorbecker, M., “Los tratados bilaterales para la promoción y protección recíproca de inversiones celebrados por México: ¿Opción para la liberalización selectiva de la IE?”, *ELIAIA, Revista de Investigación Científica del Derecho*, año 2, núm. 3, 2002, p. 38.

²¹ Párrafos 80 y 81.

demandante, así como de una renuncia a su derecho a iniciar o continuar cualquier procedimiento ante un tribunal administrativo o judicial con respecto a la medida presuntamente violatoria de las disposiciones a que se refiere el artículo 1117 salvo medidas cautelares que no impliquen el pago de daños.²²

Teniendo estos señalamientos como base, determinamos que del TLCAN nos interesa la quinta parte “Inversión, servicios y asuntos relacionados”, en su sección B “Solución de controversias entre una parte y un inversionista de otra parte”, concretamente los artículos 1115 a 1121. En concreto el 1120, “Sometimiento de la reclamación a arbitraje”, señala que el inversor puede acudir al arbitraje ofertado en el CIADI por medio del Convenio de Washington o en el mecanismo complementario o bien a las reglas de arbitraje de la CNUDMI. Algunas pinceladas las podemos extraer de algunos casos; en el caso Robert Azinian se afirma que:

La jurisdicción arbitral conforme a la Sección B está limitada no sólo en cuanto a las personas que pueden invocarla (han de ser nacionales de un Estado signatario del TLCAN), sino también en cuanto a las materias objeto de la reclamación: Sólo pueden someterse reclamaciones al arbitraje inversionistas— Estados con base en el capítulo once cuando están fundadas en la violación de una obligación establecida en la Sección A. Dicho de otro modo, un inversionista extranjero — en principio con derecho a protección bajo el TLCAN— puede establecer relaciones contractuales con una autoridad pública, y luego de sufrir un incumplimiento por parte de esa autoridad y *aún en esa situación no estar en posibilidad de formular una reclamación al amparo del TLCAN*. Es una circunstancia ordinaria de la vida en todo lugar que las personas puedan decepcionarse en sus tratos con las autoridades públicas, y que esta decepción se repita cuando los tribunales nacionales rechazan sus reclamaciones. Podemos tener la certeza de que existen muchas empresas *mexicanas* que han tenido relaciones comerciales con entidades gubernamentales las cuales no han concluido a su satisfacción; México probablemente no sea distinto de otros países en este sentido. El TLCAN no tiene por objeto proporcionar a los inversionistas extranjeros una protección irrestricta frente a este tipo de desengaños, y ninguna de sus disposiciones permite entenderlo de otro modo”.²³

En el caso Waste Management II se afirma que:

El Tribunal comienza observando que —a diferencia de muchos tratados de inversión bilaterales y regionales— el capítulo XI del TLCAN no otorga ju-

²² Párrafo 13.

²³ Párrafo 83.

risdicción en relación con las violaciones de contratos de inversión, como es el título de concesión. Tampoco contiene una “cláusula de protección general” que obligue al Estado receptor a cumplir con sus compromisos contractuales. Esto no significa que el Tribunal no tenga competencia para entender o interpretar el contrato. Pero tal competencia es de naturaleza incidental y siempre es necesario que un demandante esgrima como causa de su demanda una reclamación fundada en una de las cláusulas sustantivas del TLCAN mencionada en los artículos 1116 y 1117. Más aún, aunque la conducta (por ejemplo, una expropiación) implique, al mismo tiempo, una violación de las normas del TLCAN y un incumplimiento contractual, las dos categorías se mantienen separadas. Incluso en relación con el artículo 1105, aunque sea pertinente demostrar que una conducta en particular del Estado receptor contradijo los acuerdos o entendimientos alcanzados en el momento en que se produce la inversión, aún es necesario probar que tal conducta constituyó una violación de las normas sustantivas consagradas en el Artículo 1105. No basta con demostrar que fue una violación contractual.²⁴

En Bayview Irrigation se afirma que:

Los Estados parte del TLCAN negociaron y concluyeron un acuerdo de libre comercio, con el propósito de establecer el marco jurídico internacional necesario para que el inversionista extranjero tuviera la certeza de que su inversión recibiera un tratamiento conforme a determinados estándares mínimos (trato nacional, nivel mínimo de trato, protección contra expropiación y otros), y para que se proporcionara un mecanismo de solución de controversias en materia de inversión, en virtud del cual los inversionistas extranjeros pudieran someter a un tribunal imparcial, reclamaciones basadas en que sus inversiones hubieran sido afectadas por medidas gubernamentales que violaran las obligaciones que los estados parte asumieron en el TLCAN.²⁵

Si bien, en algunos aspectos el efecto del TLCAN puede asemejarse al de la eliminación de fronteras económicas entre los tres estados partes, y si bien no cabe duda de que la finalidad del TLCAN era reforzar el vínculo económico entre las economías de esos Estados, éstos siguen siendo tres Estados soberanos diferentes, con tres nacionalidades diferentes.²⁶

Con este panorama descrito resta destacar que de conformidad con el artículo 1120 los medios que en vía arbitral se ofrecen para la solución de controversias son tres: *a)* el CIADI vía Convenio de Washington; *b)* el CIADI vía Mecanismo Complementario, y *c)* el arbitraje conforme a las reglas UN-

²⁴ Párrafo 73.

²⁵ Párrafo 97.

²⁶ Párrafo 102.

CITRAL. Como venimos señalando, la incoherencia jurídica se produce al ofertar en el contenido de este artículo una primera vía, la cual no puede recorrerse ante la falta de ratificación del instrumento base, el Convenio de Washington; es importante destacar que la falta de uno de los requisitos (*ratiōne personae*) del artículo 25 de dicho instrumento, hace que México nunca pueda acceder al CIADI vía Convenio de Washington dándose de esta forma una falta de correlación entre lo ofertado y lo ratificado.

2. TLC²⁷

Como venimos afirmando, la ausencia de ratificación del Convenio de Washington por parte de la República Mexicana también presenta incoherencias jurídicas en el plano y esfera de los once TLC y del Acuerdo de Asociación Económica con Japón que hasta la fecha están ratificados.

En concreto nos estamos refiriendo a la red de TLC que tenemos negociados y ratificados y que, de manera unánime, mencionan como opciones para el inversor el CIADI vía Convenio de Washington, el Mecanismo Complementario y las reglas arbitrales de la CNUDMI.

1) con Chile²⁸ (cuarta Parte “Inversión, servicios y asuntos relacionados”, capítulo 9 “inversión”, un instrumento que “sigue muy de cerca al Capítulo XI del TLCAN”;²⁹ Sección C “Solución de controversias entre una parte y un inversionista de la otra parte”, artículo 9-21); 2) con Costa Rica³⁰ (capítulo XIII “Inversión”, la sección B “Solución de controversias entre una parte y un inversionista de otra parte”, artículo 13-23); 3) con Bolivia³¹ (capítulo XV, “inversión”; sección B “solución de controversias entre una parte y un

²⁷ Para conocer con mayor detalle el contenido de los Tratados comerciales internacionales véase la excelente contribución de Cruz Barney, Ó., *El arbitraje y los tratados comerciales internacionales de los que México es parte*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008.

²⁸ El 17 de abril de 1998 se reunieron ambos plenipotenciarios en la Ciudad de Santiago de Chile donde firmaron este Tratado el cual fue aprobado por el Senado de la República Mexicana el 24 de noviembre de 1998, publicándose en el *Diario Oficial de la Federación* el 30 de diciembre de 1998.

²⁹ Cruz Barney, *El arbitraje y los tratados...*, *cit.*, p. 21.

³⁰ El 8 de junio de 1994 este tratado fue aprobado por el Senado de la República Mexicana, publicándose el 10 de enero de 1995 en el *Diario Oficial de la Federación* el Decreto por el que se promulga.

³¹ El 16 de diciembre de 1994 este instrumento convencional fue aprobado por el Senado de la República Mexicana y el 11 de enero de 1995 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación*.

inversionista de la otra parte”, artículo 15-21); 4) con Nicaragua³² (Sexta parte “inversión”, capítulo XVI “inversión”, sección B “solución de controversias entre una parte y un inversionista de la otra parte”, artículo 16-21); 5) con Honduras/El Salvador y Guatemala (el Convenio del Triángulo Norte)³³ (capítulo XIV “inversión”, sección B “Solución de controversias entre una parte y un inversionista de otra parte”, artículo 14-22); 6) con Uruguay³⁴ (capítulo XIII “inversión”, sección C “solución de controversias entre una parte y un inversionista de otra parte”, artículo 13-20); 7) con Japón³⁵ (capítulo 7 “inversión”, sección 2 “solución de controversias entre una parte y un inversionista de la otra parte”, artículo 79 “sometimiento de una reclamación a arbitraje”, donde a las tres vías mencionadas agrega “o bien a cualquier otra regla arbitral acordada por las partes”); 8) inicialmente el TLC firmado con Colombia y Venezuela, el denominado G3³⁶ (como advierte Cruz Barney “a partir del 19 de noviembre del 2006, el G3 quedó sin efectos entre Venezuela y México, por la denuncia al mismo que hizo el gobierno venezolano. El decreto correspondiente se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el 17 de noviembre del 2006”.³⁷ Por lo anterior señalamos que este TLC queda en vigor para Colombia y México a pesar de continuar con el mismo nombre. Nos interesa el capítulo XVII “inversión”, sección B “solución de controversias entre una parte y un inversionista de otra parte”, artículo 17-18)

No encontramos disposiciones que se refieran en estos instrumentos al arreglo de diferencias entre inversores y estados en el Acuerdo de Asociación Económica, Concertación Política y Cooperación entre los Estados Unidos Mexicanos y la Comunidad Europea y sus Estados Miembros, la Decisión del Consejo Conjunto de dicho Acuerdo; y la Decisión del Consejo Conjunto del Acuerdo Interino sobre Comercio y Cuestiones Relaciona-

³² El 30 de abril de 1998 este TLC fue aprobado por el Senado de la República Mexicana, publicándose el 10. de julio de 1998 el decreto promulgatorio en el *Diario Oficial de la Federación*.

³³ El tratado fue aprobado por el Senado el 14 de diciembre de 2000 publicándose el Decreto promulgatorio el 14 de marzo del 2000.

³⁴ Se aprobó por el Senado el 28 de abril de 2004, publicándose el 14 de julio de 2004 en el *Diario Oficial de la Federación* el decreto por el que se promulga.

³⁵ Se aprueba por el Senado el 18 de noviembre de 2004 y el 31 de marzo de 2005 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* su decreto promulgatorio.

³⁶ Este TLC fue aprobado por el Senado de la República Mexicana el 13 de junio de 1994, la fecha de publicación en el *Diario Oficial de la Federación* data del 9 de enero de 1995.

³⁷ Cruz Barney, *El arbitraje y los tratados...*, *cit.*, p. 26.

das con el Comercio entre los Estados Unidos Mexicanos y la Comunidad Europea;³⁸ tampoco encontramos disposiciones, al no contar con un capítulo de inversiones, en el TLC entre Estados Unidos Mexicanos y el Estado de Israel,³⁹ como tampoco en el TLC entre los Estados Unidos Mexicanos y los Estados de la Asociación Europea de Libre Comercio.⁴⁰

En estos instrumentos la incoherencia se produce al ofertar en todos ellos el CIADI vía Convenio de Washington; ello hace referencia al multicitado artículo 25 del citado instrumento, el cual requiere que los dos Estados implicados, directa (por la recepción del capital) e indirectamente (por la nacionalidad del inversor), tengan ratificado el convenio para poder acceder a esta vía de solución. Una vez traemos a la memoria la falta de este acto por parte de la República Mexicana.

3. BIT⁴¹

Haciendo un recuento de los Tratados Bilaterales de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (BIT) que México⁴¹ tiene ratificado.

³⁸ Estos Acuerdos fueron aprobados por el Senado el 20 de marzo de 2000 publicándose el 26 de junio de 2000 en el *Diario Oficial de la Federación* el decreto promulgatorio.

³⁹ Este tratado fue aprobado por el Senado el 28 de abril de 2000 y publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 28 de junio de 2000.

⁴⁰ Este tratado fue aprobado por el Senado el 30 de abril de 2001 y publicado el 29 de junio de 2001 en el *Diario Oficial de la Federación* el decreto promulgatorio.

⁴¹ Las fechas sobre la firma, de aprobación por el Senado, publicación y entrada en vigor pueden consultarse en www.economia.gob.mx. Como bibliografía de referencia sobre los tratados bilaterales mencionamos, como ejemplos: Dolzer, R. y Stevens, M., *Bilateral Investment Treaties*, Martinus Nijhoff Publishers, 1995; Parra, A., “Provisions on the Settlement of Investment Disputes in Modern Investment Laws, Bilateral Investment Treaties and Multilateral Instruments on Investment”, *Icsid Review-Foreign Investment Law Journal*, vol. 12, 1997, pp. 287-364; “ICSID and the Rise of Bilateral Investment Treaties: will ICSID be the Leading Arbitration Institution in the Early 21st Century?”, *The American Society of International Law*, 2000, pp. 41-43; “ICSID and Bilateral investment treaties”, www.worldbank.org/icsid/news/n-17-1-7; Delaume, G., “ICSID and Bilateral Investment Treaties”, *News From ICSID*, vol. 2, núm. 1, 1985, p. 12; Istvan, P., “Bilateral Investment Treaties: Some Recent Examples”, *ICSID Review-FILJ*, vol. 2, 1987, p. 457; Margrete, S., “Experience in Arbitration under ICSID Rules Pursuant to Bilateral Investment Treaties”, *International Business Law*, vol. 29, 2001, pp. 80-377; Escobar, A., “Introductory Note on Bilateral Investment Treaties Recently Concluded by Latin American States”, *ICSID Review-FILJ*, vol. 11, 1996, p. 86; Vinuesa, R. E., “Bilateral Investment Treaties and the Settlement of Investment Disputes under ICSID:

dos a la fecha podemos mencionar que ascienden a veintisiete (y un BIT pendiente).⁴²

De conformidad con las afirmaciones vertidas por la Secretaría de Economía de la República Mexicana:

Las negociaciones de este tipo de instrumentos se plantean tomando en cuenta aspectos de tipo cualitativo y cuantitativo de los países. El aspecto cualitativo considera la relevancia de cada país atendiendo a su situación geográfica dentro de una región económica determinada, respecto de la cual México mantenga un interés de carácter político, económico y/o comercial... El aspecto cuantitativo toma en cuenta el monto de inversión de cada país, tanto en México como en otros países y, cuando ello sea posible, el monto estimado de inversión mexicana en el exterior.⁴³

Los objetivos para negociar los APPRIs son: 1) Con países que, por su calidad de exportadores de capital o por su ubicación estratégica, sean inversionistas potenciales en México; 2) Con aquéllos que en la actualidad ya dirigen sus inversiones hacia nuestro país; 3) Con los países en los que México coloca crecientemente sus inversiones.

Nos llama la atención si estos objetivos se concretan con países como Finlandia o Islandia, por poner algún ejemplo; mas pareciera que los objetivos se concretan en inversiones puntuales que empresas de esos países llevan a cabo en México.

Como bien señala Rábago Dorbecker: “La proliferación actual de Acuerdos para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones es una manifestación más al fenómeno de la globalización económica encuadrado dentro de la tendencia más amplia de mundialización”.⁴⁴ Continuando con esta

The Latin American Experience”, *Law and Business Review of the Americas*, vol. 8, 2002, p. 501; Siqueiros, J. L., “Bilateral Treaties on the Reciprocal Protection of Foreign Investment”, *California Western International Law Journal*, vol. 24, 1994, p. 255; Salacuse J. W., “BIT by BIT: The growth of Bilateral Invesmtent Treaties and Their Impact of Foreign Investment in Developing Countries”, *International Lawyer*, vol. 24, 1990.

⁴² Estos son, por orden alfabético: Alemania, Argentina, Australia, Austria, Corea, Cuba, China, Dinamarca, Eslovaquia, España, Finlandia, Francia, Grecia, India, Islandia, Italia, Países Bajos, Panamá, Portugal, Reino Unido, República Checa, Suecia, Suiza, Trinidad y Tobago, Unión Belgo-Luxemburguesa, y Uruguay. En la actualidad está pendiente de aprobación por el Senado, publicarse en el DOF y su entrada en vigor el BIT firmado con Belarús (4 de septiembre de 2008).

⁴³ <http://www.economia.gob.mx/?P=1202>, consultada el 1 de octubre de 2010.

⁴⁴ Rábago Dorbecker, M., “Los tratados bilaterales para la promoción y protección recíproca de inversiones celebrados por México: ¿opción para la liberalización

idea González Arenas afirma que “cierto es que los TBI pueden constituir un mecanismo muy eficaz de apertura, que permiten a países subdesarrollados, mejorar sus condiciones de competencia en un mercado cada vez más global, en donde se requiere estar en igualdad de condiciones tecnológicas para poder enfrentarse de igual a igual con países desarrollados”.⁴⁵ Ahora bien, lo anterior enciende un foco rojo y es que “Los países que deciden firmar un tratado de inversión es porque pretenden insertarse en ese mundo global que se está desarrollando, sin embargo, no se trata de entrar así de lleno, abriendo el mercado nacional esté o no en condiciones de competir”.⁴⁶

De un vistazo a la página de la Secretaría de Economía de la República Mexicana se puede determina que los BIT son:

Tratados internacionales en materia de Inversión Directa (IED) que, conforme a bases de reciprocidad, son diseñados para el fomento y la protección jurídica de los flujos de capital destinados al sector productivo. Se reconocen como un elemento generador de confianza para los inversionistas extranjeros, ya que permiten el establecimiento de un clima favorable para la inversión, estimulan la inversión productiva y, simultáneamente, promueven el desarrollo económico de nuestro país.⁴⁷

De una lectura a estas breves afirmaciones de la Secretaría de Economía nos surgen dos inquietudes: a) ¿en realidad se conforman sobre bases de reciprocidad? y b) ¿en realidad generan fomento, protección y confianza a los inversores extranjeros? En este contexto queremos señalar el BIT firmado entre México y Finlandia⁴⁸ donde no creemos que la reciprocidad sea algo real sino más bien ideal. ¿En realidad creemos que existe el mismo flujo de inversores entre ambos países? Como bien afirma Rábago Dorbecker:

Una cuestión que surge de manera inmediata al analizar los APPRI celebrados por México es la referente a su carácter recíproco. Si bien todos los acuer-

selectiva de la IE?”, ELIAIA, *Revista de Investigación Científica del Derecho*, año 2, núm. 3, 2002, p. 38.

⁴⁵ Véase González Arenas, J., “Los tratados de inversión y los derechos humanos; un estudio desde la perspectiva de la Convención Americana”, *Vínculo Jurídico, Revista de la Unidad Académica de Derecho de la Universidad Autónoma de Zacatecas*, Nueva Época, núm. 65, febrero-abril de 2008, p. 33.

⁴⁶ *Idem*.

⁴⁷ <http://www.economia.gob.mx/?P=1202>, consultada el 26 de enero de 2009.

⁴⁸ Alemania, Australia, Austria, Corea, Dinamarca, España, Finlandia, Francia, Grecia, India, Islandia, Italia, Países Bajos, Reino Unido, República Checa, Suecia, Suiza o Unión Belgo-Luxemburguesa.

dos de este tipo otorgan a las inversiones y a los inversionistas mexicanos las mismas ventajas en el territorio del otro Estado contratante, que a las inversiones e inversionistas de este último Estado en México, la realidad es otra. La totalidad de los acuerdos celebrados con países europeos inclinan claramente la balanza hacia la IE procedente de dichos países, ya que resulta obvio que en la práctica hay una probabilidad mucho mayor de inversión por parte de esos Estados en México de la que existe respecto a inversiones mexicanas en Estados europeos.⁴⁹

Por otro lado encontramos los BIT celebrados con economías que parecerían ser más homogéneas, es decir, nos referimos a los firmados con Argentina, Panamá, Trinidad y Tobago, Uruguay, etcétera.⁵⁰ Mención aparte merece el BIT firmado con Cuba el cual representa de manera indiscutible “un destino muy importante para la inversión mexicana y sería el único acuerdo en el que la balanza estaría preferentemente inclinada hacia el inversor mexicano”.⁵¹ Respecto a la segunda pregunta queremos mencionar el caso de Brasil el cual no cuenta con un solo BIT firmado con otro Estado y nadie puede discutir el elevado nivel de inversión extranjera que atrae este Estado. De esta idea nos preguntamos si efectivamente se puede afirmar una correlación absoluta entre la firma de BIT y un aumento en la atracción de la inversión extranjera.

Ahora bien, no todos coinciden con nuestras críticas y así señalan que:

A pesar del conflicto de intereses que se pueden generar entre los inversionistas extranjeros y los nacionales, es innegable el beneficio que trae consigo la existencia de este tipo de tratados a nivel mundial, especialmente para países en vías de desarrollo...la inversión extranjera permite a los países en desarrollo acceder a capital con el que no cuentan. Sin embargo, es más conveniente para un inversionista llevar su capital a aquellos países con los cuales hay un

⁴⁹ Rábago Dorbecker, M., “Los tratados bilaterales para la promoción y protección recíproca de inversiones celebrados por México: ¿Opción para la liberalización selectiva de la IE?”, ELIAIA, *Revista de Investigación Científica del Derecho, Universidad Autónoma de Nuevo León*, año 2, núm. 3, 2002, pp. 38-39.

⁵⁰ Coincidiendo con Rábago Dorbecker: “Por lo que respecta a los instrumentos celebrados con países en vías de desarrollo como Argentina, Uruguay y Corea del Sur, parecería que la reciprocidad realmente es efectiva, debido a que se trata de economías mucho más homologables”. “Los tratados bilaterales para la promoción y protección recíproca...”, *cit.*, p. 39.

⁵¹ Rábago Dorbecker, M., “Los tratados bilaterales para la promoción y protección...”, *cit.*, pp. 38 y 39.

TBI, puesto que le representa mayores garantías que aquellos con los que su país no tiene firmando ningún tipo de acuerdo de carácter internacional.⁵²

En la misma línea en que afirmábamos respecto a la ratificación del Convenio de Washington que ésta no implicaba directamente una mayor atracción de capital extranjero podemos sostener lo mismo respecto a la ratificación de BIT. Así, no creemos que por tener más BIT firmados se traduzca irremediablemente en una mayor atracción de capital e inversión extranjera. De este modo queremos afirmar que existen varios estudios que analizan el impacto de los BIT en la atracción de capital extranjero, sin llegar a una misma conclusión tras utilizar distintas herramientas y parámetros. Mencionamos los análisis de Jennifer Tobin y Susan Rose Ackermann titulado “Bilateral Investment Treaties: Do they Stimulate Foreign Direct Investment?”,⁵³ Salacuse Jeswald W. y Sullivan Nicholas P., “Do BIT'S really work?: An evaluation of Bilateral Investment Treaties and Their Grand Bargain”,⁵⁴ Eric Neumayer y Laura Spess, “Do Bilateral Investment Treaties Increase Foreign Direct Investment to Developing Countries?”,⁵⁵ Mary Hallward-Driemeier, “Do Bilateral Investment Treaties Attract FDI? Only a BIT... and they could bite”,⁵⁶ o el de Kevin Gallagher y Melissa Birch: “Do Investment Agreement Attract Investment? Evidence From Latin America”.⁵⁷

Nuestra inquietud no se centra en tener una red de tratados bilaterales más densa desde que no está claro que este hecho se traduzca en una mayor atracción de capital; lo que sí buscamos es que la oferta de una de las vías alternativas de solución de controversias ofertadas en todos y cada uno de estos instrumentos se corresponda con la realidad normativa, es decir, se

⁵² Véase González Arenas, J., “Los tratados de inversión y los derechos humanos; un estudio desde la perspectiva de la Convención Americana”, *Vínculo Jurídico, Revista de la Unidad Académica de Derecho de la Universidad Autónoma de Zacatecas*, nueva época, núm. 65, febrero-abril de 2008, p. 32.

⁵³ Yale Law & Economics Research Paper No. 293, 2 de mayo de 2005, en: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=557121.

⁵⁴ 46 *Harvard International Law Journal*, vol. 46, 2005, pp. 68-69.

⁵⁵ Neumayer, E., y Spess, L., Do bilateral investment treaties increase foreign direct investment to developing countries?, *World Development*, vol. 33, Issue 10, octubre de 2005, pp. 1567-1585.

⁵⁶ World Bank Policy Research Working Paper Series, núm. 3121, Washington, D.C., Wold Bank.

⁵⁷ *Journal of World Investment and Trade (JWIT)*, vol. 7, núm. 6, diciembre de 2006, pp. 961 y ss.

pueda acudir desde que México tiene firmado el Convenio de Washington. En este contexto es necesario analizar los sistemas de arreglo previstos por estos convenios internacionales. Es preciso comentar, como lo hiciera Rábago Dorbecker que “existen algunas diferencias, pero haciendo un balance general dichos instrumentos tienen similitudes asombrosas considerando que se trata de una materia especialmente arraigada al concepto tradicional de soberanía económica de los Estados”.⁵⁸ Sostenemos que las opciones de arreglo de controversias arbitrales que se ofertan por los BIT se pueden agrupar en seis rubros:

1. Al CIADI de conformidad con el Convenio de Washington, al Mecanismo Complementario, a un árbitro o tribunal arbitral de conformidad con las reglas de arbitraje de la CNUDMI o de la CCI: Alemania⁵⁹ (parte II “Solución de controversias”, Sección 2 “Solución de controversias entre un nacional o sociedad de un Estado contratante y el otro Estado Contratante”, artículo 12 “Medios de solución y plazos”); Austria⁶⁰ (capítulo dos “solución de controversias”, sección primera “solución de controversias entre un inversionista y una parte contratante”, artículo 11 “medios de solución, periodos de tiempo”); República Francesa⁶¹ (artículo 9 “solución de controversias entre un inversionista de una de las partes contratantes y la otra parte contratante”); Italia⁶² (anexo, sección 2 “solución de controversias entre una parte contratante y un inversionista de la otra parte contratante”, artículo 2 de este anexo); Suecia⁶³ (capítulo segundo “Solución de controversias”, sección I “Solución de controversias entre una parte contratante y un inversionista de la otra parte contrate”, artículo 9); Unión Belgo—Luxem-

⁵⁸ Rábago Dorbecker, M., “Los tratados bilaterales para la promoción y protección...”, *cit.*, pp. 38-39.

⁵⁹ Se firma el 25 de agosto de 1998, se aprueba por el Senado el 14 de diciembre de 1998, se publica en el DOF el 20 de marzo de 2001 y entra en vigor el 23 de febrero de 2001.

⁶⁰ Se firma el 29 de junio de 1998, se aprueba por el Senado el 14 de diciembre de 1998, se publica en el DOF el 23 de marzo de 2001 y entra en vigor el 26 de marzo de 2001.

⁶¹ Se firma el 12 de noviembre de 1998, se aprueba por el Senado el 17 de abril de 2000, se publica en el DOF el 30 de noviembre de 2000 y entra en vigor el 11 de octubre del 2000.

⁶² Se firma el 24 de noviembre de 1999, se aprueba por el Senado el 17 de abril de 2000, se publica en el DOF el 17 de enero de 2003 y entra en vigor el 4 de diciembre del 2003.

⁶³ Se firma el 3 de octubre de 2000, se aprueba por el Senado el 3 de abril de 2001, se publica en el DOF el 27 de julio de 2001 y entra en vigor el 1 de julio de 2001.

burguesa⁶⁴ (Capítulo dos “Solución de controversias”, sección I “solución de controversias entre una parte contratante y un inversionista de la otra parte contratante”, artículo 11), y Uruguay⁶⁵ (artículo 8 en sus párrafos 1 y 2).

2. El CIADI vía Convenio de Washington, las reglas del Mecanismo complementario y c) las reglas de arbitraje de la CNUDMI: Argentina⁶⁶ (artículo décimo “solución de controversias entre un inversor y la Parte contratante receptora de la inversión”); Australia⁶⁷ (artículo 12 “medios de solución”, Fracción 4); Corea⁶⁸ (capítulo II “solución de controversias”, primera sección “solución de controversias entre una parte contratante y un inversionista de la otra parte contratante”, artículo 8); Dinamarca⁶⁹ (capítulo dos “solución de controversias”, primera parte “solución de controversias entre una parte contratante y un inversionista de la otra parte contratante”, artículo-lo 9); Finlandia⁷⁰ (capítulo dos “solución de controversias”, sección I “solución de controversias entre una parte contratante y un inversionista de la otra parte contratante”, artículo.10 “medios de solución, períodos de tiempo”); República Helénica⁷¹ (capítulo II “solución de controversias”, sección 1 “solución de controversias entre una Parte contratante y un inversionista de la otra

⁶⁴ Se firma el 27 de agosto de 1998, se aprueba por el Senado el 14 de diciembre de 1998, se publica en el DOF el 19 de marzo de 2003 y entra en vigor el 20 de marzo de 2003.

⁶⁵ Se firma el 30 de junio de 1999, se aprueba por el Senado el 11 de diciembre de 1999, se publica en el DOF el 9 de agosto de 2002 y entra en vigor el 1 de julio de 2002.

⁶⁶ Se firma el 13 de noviembre de 1996, se aprueba por el Senado el 24 de abril de 1997, se publica en el DOF el 28 de agosto de 1998 y entra en vigor el 22 de julio de 1998.

⁶⁷ Se firma el 23 de agosto de 2005, se aprueba por el Senado el 21 de febrero de 2006, se publica en el DOF el 12 de junio de 2007 y entra en vigor el 18 de julio de 2007.

⁶⁸ Se firma el 14 de noviembre de 2000, se aprueba por el Senado el 16 de abril de 2002, se publica en el DOF el 9 de agosto de 2002 y entra en vigor el 28 de junio de 2002.

⁶⁹ Se firma el 13 de abril de 2000, se aprueba por el Senado el 28 de abril de 2000, se publica en el DOF el 30 de noviembre de 2000 y entra en vigor el 23 de septiembre de 2000.

⁷⁰ Se firma el 22 de febrero de 1999, se aprueba por el Senado el 17 de abril de 2000, se publica en el DOF el 30 de noviembre de 2000 y entra en vigor el 21 de agosto de 2000.

⁷¹ Se firma el 30 de noviembre de 2000, se aprueba por el Senado el 26 de abril del 2001, se publica en el DOF el 11 de octubre de 2002 y entra en vigor el 17 de septiembre de 2002.

parte contratante”, artículo 10); India⁷² (capítulo III “solución de controversias”, sección primera “solución de controversias entre una parte contratante y un inversionista de la otra parte contratante”, artículo 12); Islandia,⁷³ (capítulo dos “solución de controversias”, Parte uno “solución de controversias entre una parte contratante y un inversionista de la otra parte contratante”, artículo 10 “arbitraje: ámbito de aplicación y plazos”); Países Bajos,⁷⁴ (artículo 8 “solución de controversias entre una de las partes contratantes y un nacional de la otra parte contratante” y apéndice); Panamá,⁷⁵ (capítulo tercero “solución de controversias”, primera sección “solución de controversias entre una parte contratante y un inversionista de la otra parte contratante”, artículo 13 “arbitraje: ámbito de aplicación, derecho de acción y plazos”); Portugal⁷⁶ (capítulo dos “solución de controversias”, primera sección “solución de controversias entre una parte contratante y un inversionista de la otra parte contratante”, artículos 8 y 9); República Checa⁷⁷ (capítulo segundo “solución de controversias”, Primera sección “solución de controversias entre una parte contratante y un inversionista de la otra parte contratante”, artículo 10), y Confederación Suiza⁷⁸ (artículo 11 “Solución de controversias entre una Parte y un inversionista de la otra Parte” el cual nos remite al Apéndice del presente Acuerdo, artículo 4).

⁷² Se firma el 21 de mayo del 2007, se aprueba por el Senado el 11 de diciembre de 2007, se publica en el DOF el 5 de marzo de 2008 y entra en vigor el 23 de febrero de 2008.

⁷³ Se firma el 24 de junio de 2005, se aprueba por el Senado el 6 de diciembre de 2005, se publica en el DOF el 6 de junio del 2006 y entra en vigor el 28 de abril de 2006.

⁷⁴ Se firma el 13 de mayo de 1998, se aprueba por el Senado el 14 de diciembre de 1998, se publica en el DOF el 10 de julio de 2000 y entra en vigor el 1 de octubre de 1999.

⁷⁵ Se firma el 11 de octubre de 2005, se aprueba por el Senado el 4 de abril de 2006, se publica en el DOF el 19 de diciembre de 2006 y entra en vigor el 14 de diciembre de 2006.

⁷⁶ Se firma el 11 de noviembre de 1999, se aprueba por el Senado el 17 de abril del 2000, se publica en el DOF el 8 de enero de 2001 y entra en vigor el 4 de septiembre de 2000.

⁷⁷ Se firma el 4 de abril del 2002, se aprueba por el Senado el 29 de octubre de 2002, se publica en el DOF el 15 de marzo de 2004 y entra en vigor el 14 de marzo de 2004.

⁷⁸ Se firma el 10 de julio de 1995, se aprueba por el Senado el 16 de noviembre de 1995, se publica en el DOF el 20 de agosto de 1998 y entra en vigor el 11 de marzo de 1996.

3. CIADI vía Convenio de Washington, a las reglas de arbitraje de la CNUDMI, a los lineamientos de la CCI o a “algún otro instrumento internacional que prevea un mecanismo especial en materia de arbitraje, cuando la parte contendiente o la parte del inversionista, pero no ambas, sean Estado parte de dicho instrumento...”: Cuba⁷⁹ (apéndice “solución de controversias entre una parte y un inversionista de la otra parte”, artículo cuarto) y Trinidad y Tobago⁸⁰ (sección primera “solución de controversias entre una parte contratante y un inversionista de la otra parte contratante”; artículo 13).

4. Convenio del CIADI, siempre que tanto la parte contratante contendiente como la parte contratante del inversionista sean partes del Convenio del CIADI; el Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI, cuando la parte contratante contendiente o la Parte Contratante del inversionista, pero no ambas, sea parte del Convenio del CIADI; las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI; o cuales quiera otras reglas de arbitraje, si las partes contendientes así lo acuerdan”: China⁸¹ (capítulo III “solución de controversias”, Sección primera “solución de controversias entre una parte contratante y un inversionista de la otra parte contratante”, artículo 13 “Arbitraje: Ámbito de Aplicación, Derecho de Acción y Plazos”, párrafo 3) y Eslovaquia⁸² (capítulo III “solución de controversias”, sección primera: “solución de controversias entre una parte contratante y un inversionista de la otra parte contratante”, artículo 13, fracción 4).

5. CIADI por el conducto del Convenio de Washington, al CIADI por el conducto del mecanismo complementario, a las reglas de arbitraje de la UNCITRAL o a las reglas de arbitraje del TLCAN “excepto por lo que se refiere al nombramiento de árbitros que se regirá por lo dispuesto en el título cuarto”: España⁸³ (artículo XI “controversias entre una parte contratante e inversores de la otra parte contratante”, apéndice, título tercero).

⁷⁹ Se firma el 30 de mayo de 2001, se aprueba por el Senado el 11 de diciembre de 2001, se publica en el DOF el 3 de mayo de 2002 y entra en vigor el 29 de marzo de 2002.

⁸⁰ Se firma el 3 de octubre de 2006, se aprueba por el Senado el 6 de marzo de 2007, se publica en el DOF el 12 de septiembre de 2007 y entra en vigor el 16 de septiembre de 2007.

⁸¹ Se firma el 11 de julio de 2008, se aprueba por el Senado el 31 de marzo de 2009, se publica en el DOF el 5 de junio de 2009 y entra en vigor el 6 de junio de 2009.

⁸² Se firma el 26 de octubre de 2007, se aprueba por el Senado el 2 de diciembre de 2008, se publica en el DOF el 3 de abril de 2009 y entra en vigor el 8 de abril de 2009.

⁸³ Se firma el primero el 22 de junio de 1995 y el segundo el 10 de octubre de 2006, se aprueba por el Senado el primero el 16 de noviembre de 1995 y el segundo

6. CIADI vía Convenio de Washington, el CIADI vía Mecanismo Complementario, el Reglamento Facultativo de la Corte Permanente de Arbitraje para el Arbitraje de Controversias entre dos partes de las que solamente una es un Estado (“Reglas de Arbitraje de la CPA”) así como “Cualesquiera otras reglas de arbitraje, si las partes contendientes así lo acuerdan”: Reino Unido⁸⁴ (capítulo III “solución de controversias”, primera sección “solución de controversias entre una parte contratante y un inversionista de la otra parte contratante”, artículos 10 y 11).

Nuevamente nuestra crítica nace al observar que todos los BIT mencionados, como lo hiciera el TLCAN y el resto de TLC, ofertan el CIADI vía Convenio de Washington. Esta oferta vuelve a ser engañoso por los motivos anteriormente señalados. Una vez más nos preguntamos si esto se debe a una previsión futurista, a un descuido, o a una ignorancia.

IV. IMPLICACIONES SOCIALES

La inversión extranjera, principalmente en los países en vías de desarrollo, logra generar un importante crecimiento en áreas claves de la economía, al tiempo que incrementa el empleo directo y mejora los servicios públicos (agua, recolección de basura...); ahora bien, no todo son bondades; así, de manera enunciativa, no limitativa, mencionamos que con el objetivo de no repeler la inversión extranjera el Estado receptor de capital puede flexibilizar las condiciones laborales, medioambientales o incluso fiscales. En este sentido, González Arenas ha sostenido que “las normas son, hasta cierto punto, más condescendientes en aquellos países que reciben inversión; y más estrictas en los que exportan inversionistas, entonces nos topamos con que los riesgos al medio ambiente, a la salud y a las condiciones de seguridad se tornan vulnerables en los receptores”.⁸⁵

el 26 de abril de 2007, se publica en el DOF el primero el 19 de marzo de 1997 y el segundo el 19 de mayo de 2008 y entra en vigor el primero el 18 de diciembre de 1996 y el segundo el 4 de abril de 2008.

⁸⁴ Se firma el 12 de mayo de 2006, se aprueba por el Senado el 26 de abril de 2007, se publica en el DOF el 25 de julio de 2007 y entra en vigor el 25 de julio de 2007.

⁸⁵ Véase González Arenas, J., “Los tratados de Inversión y los Derechos Humanos; un estudio desde la perspectiva de la Convención Americana”, *Vínculo Jurídico, Revista de la Unidad Académica de Derecho de la Universidad Autónoma de Zacatecas*, Nueva Época, núm. 65, febrero-abril, 2008, p. 33.

Ahora bien, aun cuando las violaciones al TLCAN se producen por actos de ayuntamientos, municipios, en definitiva estatales (Jalisco, Querétaro, San Luis Potosí, etcétera) aparece como demandada la República Mexicana. Este punto se abordó en Metalclad donde se afirma que “el umbral del asunto es si México es internacionalmente responsable por los actos de SLP y Guadalcázar”. Este asunto fue largamente expuesto por México en el párrafo 233 de su escrito posterior a la audiencia, que dice que

Méjico no alega que los actos del Municipio no estén cubiertos por el TLCAN. (Méjico) estaba, y sigue, preparado para proceder conforme al supuesto que la regla normal de responsabilidad del estado se aplica; esto es, que el demandado puede ser internacionalmente responsable por los actos de los órganos estatales a los tres niveles de gobierno.

Las partes en el tratado deben “(asegurar) la adopción de todas las medidas necesarias para dar eficacia a las disposiciones de este tratado, en particular para su observancia por los gobiernos estatales y provinciales, salvo que en este tratado se disponga otra cosa” (artículo 105 TLCAN). Una referencia a un estado o provincia incluye a los gobiernos locales de un estado o provincia (artículo 201.2. del TLCAN). El artículo 1108 (1) afirma expresamente que las excepciones a los requerimientos de los artículos 1105 y 1110 no se extienden a los estados o gobiernos locales. Este enfoque está en total acuerdo con el derecho internacional consuetudinario. Esto se expresó claramente en el artículo 10 del proyecto de artículos sobre responsabilidad de los Estados adoptado por la Comisión de Naciones Unidas del Derecho Internacional en 1975 que, aunque está todavía en discusión, puede, aún así, considerarse como una correcta reafirmación del derecho actual: el comportamiento de un órgano del Estado, de una entidad territorial del gobierno o de una entidad facultada para ejercer atribuciones del poder público, cuando tal órgano ha actuado en esa calidad, se considerará como un acto del Estado según el derecho internacional aunque, en el caso de que se trate, el órgano se haya excedido en sus atribuciones de conformidad con el derecho interno o haya contravenido las instrucciones concernientes a su ejercicio.³⁶

Resta mencionar que el impacto social se examina desde dos sectores sociales que han sido duramente castigados: el sector azucarero y el de desechos peligrosos y recolección de basura. La razón de su estudio obedece a dos razones: por ser este grupo de casos donde la presión social se hace más

³⁶ Párrafo 73 del laudo.

evidente e intensa y por ser los dos sectores que más afectan, *ratione materiae*, a México. La suma de estos dos ingredientes hace que nos interesemos por su estudio y dejemos de lado otros sectores que también aparecen como temática central en los casos presentados contra México.

1. *El sector azucarero*

A. *Corn Products International (ICSID Case No. ARB/(AF)/04/1)*

El 28 de enero de 2003 Corn Products, una empresa de Estados Unidos, presenta un aviso de intención para someter su controversia al CIADI. Corn Products es propietaria del 100% de CP Ingredientes S.A. de C.V. quien establece una planta en San Juan del Río, Querétaro, para producir fructosa.⁸⁷ La temática y las alegaciones de los inversores son ciertamente parecidas a las vertidas en el caso ADM. No en balde se solicitó una acumulación de ambos procesos para que se tramitaran paralelamente, solicitud que no prosperó.

Corn Products es una sociedad líder en la producción de JMAF en Estados Unidos y en el extranjero. El JMAF es un producto fundamental para Corn Products desde que representa una cuarta parte de sus ventas. Por otro lado encontramos a Arancia, una empresa mexicana productora líder de JMAF en México. Esta posee el 100% de Corn Products a través de dos subsidiarias: Corn Product Development Inc. y Aracorn S.A. de C.V.

De la misma forma que se afirma en el caso ADM, el JMAF es un edulcorante líquido que entre otros usos se presenta en la producción de refrescos. A finales de los años setenta la industria de la molienda húmeda de maíz de Estados Unidos desarrolló la técnica adecuada y necesaria para producir JMAF y utilizarlo como edulcorante. Antes del JMAF el edulcorante que se utilizaba para los refrescos era el azúcar. A finales de los ochenta los embotelladores de refrescos de Estados Unidos utilizaban JMAF para cubrir sus necesidades de edulcorantes calóricos. Su rápida aceptación y crecimiento lo convirtieron en un serio competidor para el azúcar. Los motivos alegados son principalmente el precio unitario inferior, su producción líquida que permite que se distribuya a granel sin mayores necesidades de procesamiento o modificación así como una mayor consistencia en su calidad.

⁸⁷ Alegan que la imposición del IEPS suponía la violación en tres frentes: *a)* artículo 1102 (trato nacional) desde que se discrimina la fructosa; *b)* 1106 (requisito de desempeño) desde que se impone a las embotelladoras el uso de insumos nacionales, esto es, e azúcar de caña, y *c)* 1110 (expropiación) desde que se destruyó el valor de la inversión.

La primera inversión de Corn Products fue en 1930 a través de una afiliada denominada Productos de Maíz S.A. de C.V.; las operaciones mexicanas de Corn Produts se convirtieron en uno de los principales miembros de la industria de la molienda húmeda de maíz en México. En 1984 Productos de Maíz construyó una planta en San Juan del Río, Querétaro. En 1994, como consecuencia del TLCAN y de la liberalización del mercado interno y externo, Corn Product celebró una co-inversión con Grupo Arancia, un conjunto de empresas mexicanas que fabricaban productos a partir de la molienda húmeda de maíz. Corn Product y Arancia querían invertir en JMAF en México. Como se hace constar en el laudo ADM hay varios factores que identifican a México como un buen mercado, un fuerte mercado potencial; entre otros un elevado consumo per cápita de refrescos (segundo consumidor mundial), así como el hecho de que su proximidad con Estados Unidos le permitiría contar con maíz amarillo. Lo anterior contaba con un serio factor en contra, “El dominio de la poderosa industria azucarera nacional sobre el mercado y las estrictas políticas gubernamentales diseñadas para proteger a la industria azucarera en contra de la competencia del mercado abierto”. De esta forma se avisa que el

gobierno mexicano ha ejercido históricamente un estrecho control paternal sobre la producción, distribución y precios del azúcar a través de varios decretos que apoyan a los 700,000 *trabajadores directos e indirectos* de la industria del azúcar. A su vez, los sindicatos laborales y de la industria que representan a estos trabajadores son miembros del Partido Revolucionario Institucional (PRI), que gobernó el país durante 71 años y, por tanto son fundamentales en el desarrollo de políticas favorables para la industria azucarera que, a final de cuentas, son apoyadas o adoptadas por el PRI y sus legisladores. En esta relación simbiótica los cañeros han recurrido al gobierno para que los proteja en contra de los precios bajos; los propietarios de los ingenios han sido rescatados por medio del apoyo gubernamental o las adquisiciones de éste; y los funcionarios electos al responder a las exigencias de la industria han disfrutado del apoyo de este poderoso sector. Las políticas intervencionistas del gobierno protegieron a la industria azucarera de la reestructuración que impondrían las fuerzas del mercado, dada la inflada fuerza laboral, el elevado nivel de deuda y los anticuados procesos de producción de la industria (énfasis añadido).

Un caso que debemos traer a colación es GAMI Investment Inc., el cual trata la temática del sector azucarero.⁸⁸ GAMI argumentaba que la manera

⁸⁸ Una de las primeras puntualizaciones que se deben realizar es que el procedimiento de este caso se lleva a cabo de conformidad con al Capítulo XI del TLCAN

en que el gobierno mexicano conducía su política azucarera y la expropiación de los ingenios azucareros representaba una violación al TLCAN. En concreto se afirmaba que “la mala administración de México resultó en la negación del tratamiento nacional como en el incumplimiento de los estándares mínimos internacionales”.⁸⁹ Alegaban los artículos 1105 y 1102 los cuales representan el argumento más recurrido en la historia del Capítulo XI del TLCAN: la expropiación. El 15 de noviembre de 2004, el tribunal resolvió a favor de México y desechó la reclamación. En este sentido afirma que:

Las demandas no son acogidas. Aun así el Tribunal considera equitativo que ambas partes corran con sus costas. Hay dos razones por las cuales no se le permite a México la recuperación de las cosas. La primera es que México interpuso una objeción a la jurisdicción que se convirtió en un asunto importante en el procedimiento. México insistió en contra de los deseos de GAMI que las objeciones se resolvieran separadamente. Las costas asociadas con esa audiencia especial fueron significativas. La segunda es que la queja de GAMI debe ser considerada seriamente. Plantea asuntos inquietantes sobre actos y omisiones regulatorios. Los árbitros tienen amplia discreción bajo las normas de la CNUDMI con respecto a la distribución de costas. Ellos consideran apropiado no conceder costas. Cada parte deberá cargar con sus propios gastos. Las cantidades pagadas al Tribunal con motivo de sus honorarios y gastos se dividen en partes iguales”.⁹⁰

B. *Cargill Inc. (ICSID Case No. ARB (AF)/05/2)*

Cargill Inc. es una compañía estadounidense constituida de conformidad con las leyes de Delaware; por su parte Cargill de México S.A. de C.V. es una subsidiaria de la cual Cargill es propietaria por completo, es una “in-

y del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI. Lo anterior justifica que se haga una vaga mención a este caso sin entrar en detalle. GAMI Investments, Inc. es una compañía de inversión, una empresa estadounidense, creada en 1986 bajo las leyes de Delaware, con oficina principal en Las Vegas; GAMI es una filial poseída en un 100% por otra compañía estadounidense llamada Great American Management and Investment, Inc. a su vez GAMI es una empresa tenedora del 14.18% del capital social de una empresa mexicana denominada Grupo Azucarero México, S.A. de C.V. (GAM). A su vez GAM es un *holding* mexicano, cuyos demás accionistas son mexicanos; es una sociedad controladora de cinco ingenios azucareros que fueron expropiados por el gobierno de México en septiembre de 2001. Su accionista mayoritario es el señor Juan Gallardo Thurlow el cual posee o controla el 64,2% de las acciones de GAM.

⁸⁹ Párrafo 44 del laudo.

⁹⁰ Párrafos 135 y 136 del laudo.

versión en propiedad o en control, directo o indirecto, de un inversionista en Estados Unidos de América”.

El 29 de diciembre de 2004 se presenta la reclamación de arbitraje con argumentos similares a los presentados en el caso anterior. Igualmente el detonante fue la imposición del IEPS.⁹¹ La adopción de este impuesto, de conformidad con la notificación de intención, perjudica la capacidad de Cargill y Cargill México de vender y distribuir jarabe de maíz de alta fructosa a productores mexicanos de bebidas, al tiempo que constituye la imposición de una multa por el uso de jarabe de maíz de alta fructosa como sustituto del azúcar de caña. Se percibe que el gobierno mexicano estableció un impuesto a las bebidas producidas con jarabe de maíz de alta fructosa, omitiéndolo sobre las bebidas producidas con azúcar. Se afirma en el escrito de notificación que:

Existen pruebas suficientes para demostrar que el propósito del impuesto al jarabe de maíz de alta fructosa es proteger a los productores mexicanos de azúcar contra la competencia de productores de jarabe de maíz de alta fructosa de propiedad extranjera y eliminar el uso de este jarabe de maíz de alta fructosa como alternativa competitiva al azúcar en la industria mexicana de bebidas endulzadas.

Basándose en el artículo 1102 se afirma que el gobierno de México discriminó el jarabe de maíz de alta fructosa con la finalidad de proteger al azúcar de caña. En el escrito de notificación se sostiene que el jarabe de maíz de alta fructosa y el azúcar de caña son intercambiables para su uso en bebidas y dulcificantes por lo que “compiten por la posibilidad de suministro a los mismos clientes” por lo tanto ambos productos están en competencia directa en el mercado. La imposición del impuesto se considera una medida discriminatoria en contra de las inversiones de jarabe de maíz de alta fructosa y como una medida protectora de la industria del azúcar de caña. En este sentido se afirma en este escrito de intención:

La industria azucarera está, en gran medida o en su totalidad, en propiedad de nacionales mexicanos, mientras que el único jarabe de maíz de alta fructosa disponible en México se producía o distribuía en México mediante inversiones de inversionistas estadounidenses o se producía en Estados Unidos de América y se distribuía por inversiones mexicanas de inversionistas estadounidenses.

Se advierte en el escrito de intención que desde principios de 1997 México llevó a cabo una campaña continua destinada a la eliminación del ja-

⁹¹ Se alegan violaciones a los artículos 1102 (trato nacional), 1105 (trato justo y equitativo), 1106 (requisitos de desempeño) y 1110 (expropiación).

rabe de maíz de alta fructosa del mercado mexicano. Si bien se llevó a cabo bajo el pretexto de una acción estatal legítima no era más que una serie de acciones arbitrarias y discriminatorias en contra de la inversión de Estados Unidos. Esta campaña culmina con la promulgación de este impuesto, del que se afirma que constituye *per se* una medida arbitraria y discriminadora para las inversiones estadounidenses en el jarabe de alta fructosa a la par que se afirma que no posee ningún fundamento racional como medida fiscal desde que no tiene como finalidad la recaudación de ingresos ni la de proporcionar una medida razonable de protección a la industria azucarera. La única misión que tiene es eliminar el uso del jarabe de maíz de alta fructosa al imponer un *gravamen ad valorem* del 20% sobre bebidas endulzadas con cualquier cantidad de jarabe de maíz de alta fructosa distinto a la caña de azúcar. En ese sentido se afirma en el escrito de intención que:

La imposición discriminatoria flagrante de este impuesto impone de manera esencial un requisito de desempeño de los productores mexicanos de bebidas, jarabes y concentrados, así como embotelladores de refrescos, a fin de que utilicen dulcificantes elaborados exclusivamente con azúcar de caña mexicana, en lugar de jarabe de maíz de alta fructosa producido en instalaciones, ubicadas en México o los Estados Unidos, propiedad de estadounidenses.

Por todo ello se afirma que este impuesto es una expropiación indirecta y una medida equivalente a una expropiación debido a que se perjudica “en forma grave” la posibilidad de que Cargill y Cargill México vendan y distribuyan su jarabe a productores mexicanos de bebidas, jarabes y concentrados así como a embotelladores mexicanos de refrescos. Lo anterior presenta como consecuencia que se ha privado a las inversionistas de parte de su inversión en las instalaciones de distribución de jarabe de maíz localizadas en Tula, Hidalgo, y Mc Allen, Texas. Por tanto se afirma que Cargill ha sufrido pérdidas en el valor de sus ampliaciones y mejoras a las instalaciones en Estados Unidos, las cuales se realizaron con la finalidad de incrementar la producción de jarabe y participar así en el mercado mexicano. El valor de la inversión realizada para ampliar las plantas resultó muy perjudicado cuando la demanda de jarabe de maíz se eliminó “con eficacia por medio de las acciones del Gobierno de México destinadas a proteger su industria azucarera nacional a expensas de los intereses de propiedad norteamericana en la producción y distribución del jarabe de maíz de alta fructosa”.

En este orden de ideas se afirma que el:

Gobierno de México, que hasta mediados de la década de 1990 había proporcionado a la industria azucarera mexicana un subsidio masivo y otras for-

mas de protección del mercado, empezó a reducir su nivel de participación en esa industria y, en consecuencia, se expuso a la industria azucarera a la competencia de otros dulcificantes.

Es importante destacar en este rubro que a finales de la década de los setenta los refinadores de maíz estadounidense desarrollaron la tecnología para producir jarabe de maíz de alta fructosa a fin de usarlo como sustituto del azúcar. En la década de los ochenta utilizaba casi con exclusividad este maíz desplazando al azúcar de caña. Como se afirma en el aviso de intención “se produce mediante el sometimiento del maíz a un proceso de producción sofisticado con alto coeficiente de capital”. Su crecimiento rápido y exponencial es consecuencia de las ventajas competitivas que representa frente al azúcar de caña las cuales se resumen principalmente en seis: *a)* un menor costo de producción que el azúcar lo que le permite venderse a un precio igualmente inferior; *b)* en el hecho de que su producción líquida altamente refinada que permite su uso sin ningún procesamiento adicional o modificación; *c)* en el hecho de que mientras que el azúcar requiere inversión, gastos, tiempo y esfuerzos adicionales para volverla líquida debiendo refinarse más antes de que sea utilizada en la industria de bebidas; *d)* la mayor calidad del jarabe en su consistencia respecto de la azúcar; *e)* el jarabe es más fácil de almacenar y distribuir, y *f)* las bebidas edulcoradas con alta fructosa tienen una mayor estabilidad en el almacenamiento que aquellas que lo hacen con base en el azúcar. Esto se tradujo en el éxito considerable que el jarabe alcanzó y la consiguiente presión hacia el gobierno de México por parte del sector azucarero para que se emprendiera una acción destinada “a revertir la tendencia del mercado”. Al señalamiento de las indiscutibles ventajas que tienen las bebidas edulcoradas con fructosa se añade el dato sociológico y económico de que México tiene el segundo más alto consumo per cápita de refrescos en todo el mundo, con ventas anuales de aproximadamente 15 mil millones de litros o 150 litros por persona.

*C. Archer Daniels Midland and Tate & Lyle Ingredients Americas, INC (ICSID
Case No. ARB (AF)/04/05).*

En esta ocasión las demandantes⁹² alegan una importante modificación en la legislación tributaria de la parte demandada la cual viola el capítulo

⁹² Tanto ADM como TLIA están constituidas conforme a las leyes del Estado de Delaware, Estados Unidos de América. Almidones Mexicanos SA de CV (ALMEX) es una empresa constituida según las leyes de México e inscrita en el Estado de Jalisco.

XI del TLCAN. Se afirma que el 30 de diciembre de 2001, con efectividad a partir del 1o. de enero de 2002, el Congreso mexicano modificó los artículos 1o., 2o., 3o. y 8o. de la Ley del IEPS. Esta modificación representaba aplicar un impuesto del 20% a los refrescos y jarabes así como a los servicios usados para su enajenación y distribución. Como se afirma en el párrafo 2 de la introducción de este laudo:

Este impuesto sólo se aplicaba a los refrescos y jarabes en los que se usaba un edulcorante distinto del azúcar de caña, como el jarabe de maíz rico en fructosa, también denominado jarabe de maíz de alta fructosa. Los refrescos y jarabes endulzados exclusivamente con azúcar de caña estaban exentos del impuesto.

Como se afirma en el párrafo 80 del laudo “la modificación del IEPS se originó como propuesta de algunos miembros del Congreso de México para proteger a la industria nacional del azúcar de caña frente al JMAF”. El impuesto se aprobó el 31 de diciembre de 2001 y entró en vigor el 1 de enero de 2002. Como se afirma en el párrafo 82:

El impuesto se aplicaba sólo a los refrescos en que se usaban edulcorantes distintos del azúcar de caña (Artículos 2G y 2H). La definición contenida en el Artículo 3. XV exige que, a fin de estar sujetos el impuesto del 20%, los refrescos contengan fructosa. Por último, en el artículo 8.I.F se exime del impuesto a los refrescos en los que se use sólo azúcar de caña como edulcorante.

Por último, se afirma en el párrafo 83 que la Modificación del IEPS se suspendió temporalmente en México pero el 12 de julio de 2002 el tribunal supremo de México declaró inconstitucional esta suspensión. El siguiente paso fue una opinión consultiva de la Comisión Federal de Competencia de México así como una impugnación constitucional presentada por los distintos contribuyentes en los tribunales mexicanos. El resultado final es que algunos embotelladores de refresco están exentos del impuesto tras haber ganado juicios de amparo.

Por lo que hace a la parte V “la posición jurídica de las partes”, se afirma por las demandantes que el Impuesto fue intencionalmente diseñado y estructurado para favorecer a la industria mexicana del azúcar de caña y castigar el uso del JMAF “tan firmemente que afectó en gran medida el

ALMEX es una empresa conjunta de propiedad y control total de ADM y TLIA. Las demandantes presentan la demanda por cuenta propia y en representación de ALMEX (artículos 1116 y 1117 del TLCAN).

mercado de bebidas para los fabricantes y distribuidores de dicho jarabe, incluida ALMEX. En particular, el Impuesto destruyó el valor de la considerable inversión que las demandantes realizaron a través de ALMEX en la producción y distribución de JMAF en México". En este mismo sentido alegan, en el párrafo 102, que "el Impuesto trataba a los productores de JMAF de manera menos favorable que a los productores de azúcar de caña, y discriminaba contra las demandantes y ALMEX a fin de proteger a la industria nacional del azúcar de caña" lo cual violaba el artículo 1102 del TLCAN. De igual forma las demandantes alegan que "el Impuesto otorga ventajas —es decir, la exención del impuesto— a los embotelladores mexicanos que compran exclusivamente azúcar de caña nacional y, se castiga severamente a los embotelladores por usar cualquier cantidad de JMAF", lo cual va en contra del artículo 1106.3 del TLCAN. Terminan alegando que "el impuesto privó del valor y uso económico de su inversión en la producción de JMAF en México y disminuyó los beneficios económicos razonablemente esperados de su inversión sin recibir compensación alguna de México"; hacía recordar la imposición de un Impuesto que representaba una media equivalente a una expropiación indirecta que se encuadraba en una violación al artículo 1110 del TLCAN. Por su parte, México se defiende señalando entre otros argumentos que el impuesto fue una contramedida en respuesta a las violaciones de Estados Unidos de sus obligaciones adoptadas por virtud del TLCAN; que fue una reacción y medida compensatoria frente a las restricciones de Estados Unidos adoptadas contra el azúcar mexicano así como que la supuesta afectación no fue ni grave ni permanente desde que las demandantes mantuvieron la propiedad y el control de la inversión y los efectos económicos del Impuesto "no fueron suficientes en grado ni duración como para equivaler a una incautación o expropiación".⁹³

Por lo que hace al trato nacional las demandantes alegan que la sanción y el mantenimiento del impuesto por parte de México favorece a los inversionistas nacionales frente a los competidores extranjeros. Alegan que México está obligado a otorgar a las demandantes y a ALMEX el mejor trato que otorga a la industria nacional del azúcar de caña. México responde señalando que "las Demandantes no se encontraban en circunstancias semejantes o similares a las de los inversionistas mexicanos en la industria azucarera". El tribunal arbitral afirma que "la obligación de trato nacional contemplada en el artículo 1102 constituye la aplicación de la prohibición general de discriminación basada en la nacionalidad, incluida la discriminación tanto *de iure* como *de facto*". Determina en el párrafo 201 que "ALMEX y la

⁹³ Párrafo 109.

industria azucarera de México se encuentran en circunstancias similares. Ambas forman parte del mismo sector, compiten de manera directa en el suministro de edulcorante al mercado de refrescos y alimentos procesados”. Aborda en esta primera alegación de trato nacional el punto de “trato discriminatorio” y en este sentido afirma (párrafo 205) “el impuesto se aplicó de manera indirecta a los edulcorantes distintos del azúcar de caña” y por ende “el JMAF fue sometido a un régimen fiscal más gravoso que aquel al que se encuentran sometidos los productos nacionales similares (azúcar de caña). El azúcar de caña era el único edulcorante exento de impuesto”. En este recorrido lógico señala que:

El impuesto estableció claramente un régimen fiscal distinto para dos grupos de refrescos y jarabes. Uno de ellos se sujetaba al pago de un impuesto interno del 20% en tanto que el otro grupo de refrescos y jarabes estaba exento del Impuesto... El Impuesto creó una situación en la que el JMAF estaba sujeto a Impuestos más elevados que los aplicados al azúcar de caña, con lo que se establecía una discriminación entre ellos.

Lo anterior le lleva a determinar que: *a)* tanto la intención como los efectos del Impuesto revelan la naturaleza discriminatoria de la medida; *b)* el Impuesto se sancionó con el fin de proteger a la industria azucarera en México frente a los competidores extranjeros que producen JMAF, y *c)* la Modificación del IEPS resultó en la aplicación de impuestos distintos a productos en competencia directa lo que constituye un trato discriminatorio y contrario al principio de trato nacional consagrado en el artículo 1102.

Por lo que hace a los requisitos de desempeño las demandantes afirman que el impuesto constituye un requisito inadmisible de desempeño porque concede ventajas mediante la exención del impuesto a los embotelladores mexicanos que utilizan el azúcar de caña nacional, castigando de esa manera a los embotelladores que usan JMAF. El tribunal determina que:

El demandado otorgó ventajas a la industria del azúcar de caña de México al gravar con un impuesto del 20% a los refrescos y jarabes que utilizasen un edulcorante distinto del azúcar de caña, como el JMAF, y eximir del pago del Impuesto a los refrescos y jarabes endulzados exclusivamente con azúcar de caña. Por lo tanto, el poder legislativo de México otorgó una ventaja —la exención del impuesto— condicionada al uso del azúcar de caña en lugar de cualquier otro edulcorante, colocando a las demandantes en desventaja comparativa frente a los productores de azúcar en México.

Lo anterior le sirve de base para afirmar que “el requisito de desempeño en el presente caso consiste en la exigencia de utilizar azúcar de caña en

lugar de JMAF de las Demandantes para poder beneficiarse con la exención del impuesto". Derivado del anterior razonamiento determina, en el párrafo 227, que:

Tanto la estructura de la industria azucarera de México como la intención básica del impuesto otorgaba ventajas a la industria azucarera en México, estas ventajas —consistentes en la exención del impuesto— se brindaron en relación con la inversión de las demandantes en México puesto que tuvieron un efecto perjudicial en la rentabilidad de la inversión de las demandantes, como estas ventajas están condicionadas al uso exclusivo de azúcar de caña —que el Tribunal considera que es esencialmente nacional— y discriminan contra la industria del JMAF en la que las demandantes han realizado una inversión, el Impuesto infringe lo dispuesto en el Artículo 1106.3 del TLCAN.

Por lo que se refiere a la expropiación se afirma que el impuesto las privó del valor y uso económico de su inversión en la producción de JMAF en México, y disminuyó los beneficios económicos esperados de su inversión sin recibir compensación. El tribunal señala que:

El concepto de expropiación puede entenderse en sentido estricto —cuando hay una enajenación directa del título de propiedad —aunque también se aplica de la misma manera a la expropiación indirecta, es decir, a las medidas del Estado que no tienen por objeto directo la expropiación de una inversión, pero sí efectos equivalentes. La expropiación puede tener lugar a través de medidas del Estado distintas de la expropiación directa de bienes tangibles, como los impuestos. Cuando ocurre dicha interferencia, el título jurídico de propiedad continúa estando a nombre del propietario pero, como resultado de la medida el Estado receptor, los derechos del inversor a hacer uso del bien de que se trata devienen ineficaces, o carecen del valor económico que antes tenían.⁹⁴

Las demandantes determinan que los efectos de los impuestos las privaron del valor económico de la inversión e interfirieron en sus expectativas. Respecto a este punto y recurriendo a los casos de Pope & Talbot y Feldman asegura el tribunal que no hubo expropiación de activos físicos como tampoco hubo expropiación indirecta de la inversión de las Demandantes, de la Empresa o de ALMEX. Se afirma que el Impuesto no privó a las demandantes de los derechos fundamentales de propiedad o administración de su inversión desde que éstas mantuvieron siempre el título y posesión de

⁹⁴ Párrafo 238.

su inversión, teniendo el control de la producción, venta y distribución de los productos de ALMEX.⁹⁵

Como se indica en el párrafo 46 de la parte IV “Antecedentes de hecho”:

La producción de los Estados Unidos y México satisface una proporción importante de las necesidades de azúcar. México es el tercer productor más importante de azúcar de América, después de Brasil y los Estados Unidos. El azúcar es muy importante, desde los puntos de vista tanto económicos como social, y todas las decisiones del gobierno que afectan a la industria del azúcar han tenido un impacto social importante en las zonas rurales de México.

En esta misma parte IV, en el párrafo 51 se menciona que:

La industria mexicana de embotellado de refrescos está integrada básicamente por tres grupos: 1) los embotelladores de Coca Cola representan más del 70% del mercado mexicano de refrescos, y sus tres principales embotelladores mexicanos son Fensa, Arca y Continental Panamco; 2) los embotelladores de Pepsi Cola, que representan cerca del 15% del mercado, cuyos principales embotelladores son Pepsi Bottling Group y Geusa; y 3) otras marcas nacionales e internacionales de refrescos.

2. *El sector de desechos peligrosos y recolección de basura*

A. *Robert Azinian (ICSID Case No. ARB (AF)/97/2)*

Como atinadamente consta en el laudo arbitral se trata de la primera controversia sometida por un inversor en virtud del TLCAN. La temática versa sobre una concesión otorgada por el municipio de Naucalpan para la recolección de basura, saneamiento de un relleno sanitario, construcción de uno nuevo y la construcción de una planta de generación de electricidad a partir de biogás.

El origen de la controversia está en la cancelación por el ayuntamiento derivado de irregularidades relativas a la capacidad técnica y financiera del concesionario así como deficiencias en la prestación del servicio.

Tenemos a Robert Azinian (Los Ángeles, California), Kenneth Davitian (Burbank, California) y Ellen Baca (Sherman Oaks, California) quienes iniciaron su solicitud como ciudadanos de Estados Unidos y accionistas de la sociedad mexicana denominada Desechos Sólidos de Naucalpan S.A. de C.V. (DESONA, en adelante). DESONA era titular de un contrato de concesión,

⁹⁵ Párrafo 245.

celebrado el 15 de noviembre de 1993, el cual versaba sobre la recolección y eliminación de basura en Naucalpan de Juárez. Naucalpan es un suburbio importante y altamente industrializado colindante la Ciudad de México. En 1993 tenía una población de casi dos millones de personas y 21 800 establecimientos comerciales e industriales. El manejo de los residuos residenciales y empresariales era, y sigue siendo, una importante función de las autoridades municipales. Se recogían algo más de 900 toneladas diarias de residuos comerciales e industriales. Se afirma que el equipamiento municipal era inadecuado y obsoleto. Este proyecto esperaba convertirse en un proyecto piloto que generara mayores industrias, modernizando la eliminación de residuos en México.

Los hechos se inician en 1992 cuando el Alcalde y otros miembros del municipio de Naucalpan son invitados a Los Ángeles para observar las actividades de Global Waste Industries, Inc. Una sociedad que supuestamente es controlada por los actores y de la cual Azinian afirma ser el presidente. En una carta fechada el 7 de octubre de 1992 se afirma por el presidente de Global Waste Industries, Inc., de conformidad con el párrafo 5 del laudo emitido, que: “1. la empresa reemplazará el equipamiento de recolección actual por tecnología avanzada en el área de los desechos sólidos”, incluidos concretamente, vehículos a prueba de agua y contenedores metálicos. “2. la inversión necesaria para implementar un sistema de recolección, transporte y procesamiento higiénico y eficiente es de aproximadamente” US\$20 000 000, de la cual el 50% “se destinaría para la adquisición de equipamiento de recolección”. 3. Global Waste Industries Inc., es una empresa especializada en recolección y reducción de residuos sólidos. Con más de 40 años de experiencia Global Waste proporciona servicios de recolección a residencias, comercios e industrias en el Condado de Los Ángeles”.

Con esta premisa, el 4 de noviembre de 1992 se presenta el “Proyecto de solución integral” donde se expuso que se metería al consorcio denominado Sunlaw Energy Inc., una sociedad estadounidense con experiencia en la conversión de biomasa en energía, con una inversión de US\$20 millones.

En el párrafo 7 del laudo se afirma que “el Ayuntamiento no estaba en condiciones de otorgar el contrato de concesión previsto por quince años; en estos casos, la legislación mexicana exige la aprobación de la legislatura estatal. Consecuentemente, a finales de julio de 1993 se presentó el proyecto ante un comité legislativo”. El 15 de agosto se publicó en la *Gaceta Oficial* la aprobación legislativa del contrato de concesión propuesto. Lo anterior derivó en la firma del Contrato, el 15 de noviembre.

En el laudo se afirma que la razón por la que se eligió a los demandantes eran los más de cuarenta años de experiencia en materia de recolección en

la ciudad de Los Ángeles, en un condado que tiene más de 21 millones de habitantes.

Dos días después de firmarse el contrato, el 17 de noviembre de 1994, DESONA inicia la recolección de residuos comerciales e industriales. En su inicio de labores se utilizan dos vehículos de carga frontal reacondicionados. Únicos vehículos que se mantienen durante las operaciones que dan sentido y materializan el contrato dejando así dos de 70 vehículos de “tecnología punta” que en el contrato se preveían para su utilización. De esta forma en el párrafo 10 de este laudo se afirma que el 13 de diciembre DESONA inicia la recolección en la sección Satélite de Naucalpan sin suministrar los cinco vehículos de carga trasera previstos.

A esta situación se suma el hecho de que el 10. de enero de 1994 entra una nueva administración en el Ayuntamiento de Naucalpan, siendo del mismo partido político que el anterior. Este hecho se relaciona con una nueva preocupación por la ejecución del contrato a lo que el inversor contestó que todo se debía a problemas en la obtención de permisos de importación, lo cual era ajeno a su responsabilidad. Esta preocupación se refleja en la solicitud de asesoramiento jurídico independiente por parte del Ayuntamiento en el cual se informa que se detectaron 27 irregularidades en el otorgamiento y cumplimiento del contrato. Ante este informe el Ayuntamiento informa a las demandantes y le ofrecen la oportunidad de responder.

El 21 de marzo el Ayuntamiento anula el contrato, siendo objeto de apelación ante la Sala Superior del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, donde se ratificó la anulación del contrato al determinarse además que de las 27 irregularidades se pudieron demostrar 7 entre las que se habla de declaraciones falsas de los demandantes en la celebración del contrato. Le sigue un recurso ante el Tribunal Colegiado de Circuito (solicitud de amparo) quien emitió un pronunciamiento favorable al Ayuntamiento. Como último recurso se presenta una solicitud de arbitraje de conformidad con el capítulo XI del TLCAN.

El 24 de noviembre de 1996 se envía una “Notificación preliminar de su intención de presentar una demanda y el consentimiento de los inversionistas”. La alegación era una expropiación por parte de la ciudad de Naucalpan de Juárez, Estado de México y el gobierno federal de México. Este escrito dio paso a que el 17 de marzo se presentara la solicitud ante el secretario general del CIADI la cual fue aceptada el 24 de marzo de 1997, dando lugar a la constitución del tribunal arbitral y el inicio de las actuaciones en Toronto como sede de este arbitraje.

B. Metalclad Corporation (ICSID Case No. ARB (AF)/97/1)⁹⁶

Este caso versa sobre la operación de un confinamiento de desechos peligrosos en el municipio de Guadalcázar, San Luis Potosí, la cual se llevaría a cabo por la empresa estadounidense Metalclad Corporation (constituida conforme a las leyes de Delaware). Por su parte Eco-Metalclad Corporation (Eco) es una empresa de los Estados Unidos de América (constituida conforme a las leyes de Utah). Eco es propiedad de Metalclad y posee el 100% de las acciones de Ecosistemas Nacionales, S.A. de C.V. (Econsa) la cual es una sociedad de nacionalidad mexicana. En 1993 Econsa compra la sociedad mexicana de Confinamiento Técnico de Residuos Industriales, S.A. de C.V. (Coterin). Esta compra se hace con la finalidad de adquirir, desarrollar y operar su estación de transferencia y confinamiento de los desechos peligrosos en Guadalcázar. Coterin es el propietario registrado del confinamiento, de los permisos y licencias que conforman la base de esta disputa. Esta estructura societaria sirve para que Coterin sea la empresa en representación de la cual Metalclad (inversionista de una parte) someta su controversia basándose en el artículo 1117 del TLCAN.

La reclamación se basa en las alegaciones de la demandante, Metalclad Corporation, de que México, San Luis Potosí, en concreto el Ayuntamiento de Guadalcázar, interfirieron e impidieron la operación y desarrollo de dicho confinamiento de residuos peligrosos. Actos que se califican como violación del capítulo XI del TLCAN, concretamente de los artículos 1105 y 1110.

Todo comienza en 1990 cuando el gobierno federal autoriza a Coterin la construcción y operación de una planta para el tratamiento de residuos peligrosos en Guadalcázar. Como consta en el laudo “aproximadamente 800 personas viven en un área de diez kilómetros del sitio”.

El 23 de enero de 1993 el Instituto Nacional de Ecología (INE), un organismo independiente de la Secretaría de Medio Ambiente, Recursos Naturales y Pesca (SEMARNAP) otorga a Coterin un permiso federal para la construcción del confinamiento. Tres meses después del otorgamiento del permiso Metalclad concluyó un contrato de opción a 6 meses para la compra de Coterin y de sus permisos, con el fin de construir el confinamiento de residuos peligrosos. El 11 de mayo de 1993 el gobierno de San Luis Potosí otorgó a Coterin un permiso estatal de uso del suelo para la construcción del confinamiento, el cual estaba sujeto a la condición de que el proyecto se

⁹⁶ Weiler, T., “Metalclad v. Mexico-A play in three Parts”, *Journal of World Investment*, vol. 2, 2001, p. 685.

adaptara a las especificaciones y requerimientos técnicos indicados por las autoridades correspondientes. El 11 de junio de 1993 Metalclad se reúne con el gobernador para discutir el proyecto, y según Metalclad obtuvo su aprobación. A lo anterior se suma el hecho de que el presidente del INE y el director general de la Secretaría de Desarrollo Urbano y Ecología (SE-DUE), según afirmaciones de Metalclad, le dijeron que ya habían sido otorgados todos los permisos necesarios para la operación del confinamiento, con excepción del permiso federal de operación del confinamiento. Así las cosas, el 10 de agosto de 1993 el INE otorgó a Coterin el permiso federal para la operación del confinamiento. Con todo ello, el 10 de septiembre de 1993 Metalclad ejercitó su opción y compró Coterin, el sitio de confinamiento y los permisos.

Metalclad sostiene que poco después de comprar a Coterin el gobernador inicia una campaña pública para denunciar e impedir la operación del confinamiento. En mayo de 1994, después de recibir una prórroga del permiso de construcción por parte del INE, de 18 meses, Metalclad inicia la construcción del confinamiento, la cual se continuó abiertamente y sin interrupción hasta octubre de 1994; durante este periodo las revisiones de funcionarios, federales y estatales, eran frecuentes. Ahora bien, el 26 de octubre de 1994 se terminó abruptamente la construcción cuando el municipio ordenó el cese de toda actividad debido a la falta de permiso municipal de construcción. En este punto inicia la disputa entre las partes.⁹⁷

Metalclad el 15 de noviembre de 1994 reanuda la construcción y presenta su solicitud para obtener dicho permiso. El 13 de enero de 1995, el INE otorgó a Metalclad un permiso federal adicional para la construcción de una celda para la disposición final de residuos peligrosos y otras instalaciones complementarias. En febrero de 1995 la Universidad Autónoma de ese estado entrega un estudio en el que se señala que era geográficamente adecuado para dicho confinamiento, siempre que la ingeniería utilizada fuera la correcta. Conclusión que también fue alcanzada por la Procuraduría Federal para la Protección del Ambiente de México (Profepa).

En marzo de 1995 se termina la construcción del confinamiento y el día 10 de ese mes se realiza un “evento de puertas abiertas”.⁹⁸ Aquí se demues-

⁹⁷ Metalclad afirma que le confirmaron funcionarios federales que tenía la autoridad necesaria para construir y operar el confinamiento; que los funcionarios federales le pidieron que solicitara el permiso municipal de construcción, dando por sentado este otorgamiento. Por su parte México afirma que ningún funcionario federal le pudo asegurar que el permiso municipal no se requería y que la parte actora debía saber que dicho permiso era necesario.

⁹⁸ Párrafo 45.

tra el impacto social, se afirma que “manifestantes impidieron la “inauguración”, bloquearon la entrada y salida de autobuses que conducían a los invitados y trabajadores, y emplearon tácticas intimidatorias en contra de Metalclad. Metalclad afirma que los gobiernos estatales y locales organizaron, al menos en parte, la manifestación, y que tropas ayudaron bloqueando el tráfico para entrar y salir del sitio. A partir de entonces se impidió de manera efectiva a Metalclad la apertura del confinamiento”.⁹⁹ El 25 de noviembre de 1995 se concluyó un convenio por el que se reestablecía la operación del confinamiento. En este convenio se establecía la necesidad de llevar a cabo una auditoría del sitio con el objetivo de verificar que el proyecto efectivamente cumplía con las leyes y los reglamentos, que las operaciones del confinamiento se llevarían por un periodo de 5 años, renovable por el INE y la Profepa, que Metalclad asignaría 34 hectáreas de su propiedad como zona de seguridad para la conservación de especies endémicas, que la Profepa crearía un Comité Técnico Científico, que Metalclad daría dos pesos por cada tonelada de residuos peligrosos generados para obras sociales en Guadalcázar; que daría un 10% de descuento para el tratamiento y disposición final de residuos peligrosos generados en San Luis, que a través de su personal médico daría servicio una vez por semana a los habitante de Guadalcázar, que emplearía mano de obra de Guadalcázar, que daría preferencia a los habitantes de Guadalcázar para entrenamiento técnico, que consultaría con las autoridades lo relativo a la remediación y a residuos peligrosos, que proporcionaría al personal del sector público, social y privado, cursos dos veces al año, sobre control de residuos peligrosos, y que se crearía un Comité Ciudadano de Vigilancia.

Trece meses después de que Metalclad solicitara su permiso municipal de construcción, se alega por el estado que éste fue rechazado con la justificación de “lo inapropiado de la construcción del confinamiento de Metalclad sin la obtención previa del permiso municipal de construcción”. Se afirma que “no se le notificó a Metalclad de la reunión del Ayuntamiento en donde se discutió y denegó su solicitud para el permiso, ni se dio oportunidad a Metalclad de participar en ese proceso”.¹⁰⁰

Otro de los aspectos a destacar es que el 23 de septiembre de 1997 el gobernador, tres días antes de que terminara su mandato, emitió un decreto ecológico declarando un Área natural para la protección de un cactus único. El área Natural abarcaba el confinamiento. A este acto Metal-

⁹⁹ Párrafo 46.

¹⁰⁰ Párrafo 54.

clad declara que “precluye la operación del confinamiento”;¹⁰¹ añade que “el Gobernador de SLP declaró que el Decreto Ecológico «cancelaría definitivamente cualquier posibilidad que existe de abrir el confinamiento industrial de desechos de La Pedrera»”.¹⁰² Afirma que “un funcionario de alto rango de SLP expresó confianza en cerrar de esta forma, toda posibilidad para la firma Metalclad de los Estados Unidos para operar esta área de confinamiento, independientemente de lo que suceda en su demanda ante los tribunales arbitrales del TLCAN”.¹⁰³ Igualmente que:

El Ayuntamiento negó el permiso por razones que incluyen, pero no se limitan a, la oposición de la población local, el hecho de que la construcción se había ya iniciado al momento de la presentación de la solicitud, la negación del permiso a Coterin en diciembre de 1991 y enero de 1992, y las preocupaciones ecológicas referentes a los efectos e impacto ambientales en el sitio y comunidades circundantes.¹⁰⁴

Como consecuencia se afirma que la negativa del Ayuntamiento a la concesión del permiso de construcción no se hizo por alguna causal relacionada con la construcción material del confinamiento o defecto material del mismo lo que lleva al tribunal a sostener que “el permiso de construcción se negó sin un estudio detenido de, o referencia específica a, los aspectos de construcción o defectos materiales del inmueble”.¹⁰⁵

C. *Waste Management, Inc. I. (ICSID Case No. ARB (AF)/98/2)*¹⁰⁶

El 29 de septiembre de 1998 Waste Management, Inc. (antes USA Waste Services, Inc.) en su nombre y en representación de ACAVERDE S.A. de C.V. solicita al secretario general del CIADI acceso al Mecanismo Complementario. La solicitud de arbitraje se realiza con fundamento en la violación de los artículos 1105 y 1110 del TLCAN por el Banco Nacional de Obras

¹⁰¹ Párrafo 59

¹⁰² Párrafo 60.

¹⁰³ Párrafo 61.

¹⁰⁴ Párrafo 92.

¹⁰⁵ Párrafo 92.

¹⁰⁶ William S, D, “Arbitration –NAFTA-Jurisdiction-Waiver of Right to Initiate or Continue Other Legal Proceedings- Effect of Pursuing Municipal Law Claims in Municipal Court (Waste Management, Inc. v. Mexico Decision by the NAFTA Arbitral Tribunal”, *American Journal of International Law*, vol. 95, 2001, p. 92-186.

y Servicios Públicos (Banobras), el estado de Guerrero y el municipio de Acapulco de Juárez.

El 18 de noviembre de 1998 inicia el procedimiento arbitral.

Ante alegaciones de falta de jurisdicción, el tribunal el 19 de noviembre de 1999 determinó conocer y resolver la cuestión de jurisdicción del Centro y de competencia del tribunal arbitral de forma previa al fondo de la controversia. La objeción presentada por México versaba sobre dos puntos cruciales: la existencia de defectos en la renuncia presentada por la parte actora así como la preexistencia de procedimientos internos sobre los mismos hechos.

México venía quejándose de los términos en los que se había producido la renuncia de Waste Management alegando como prueba la existencia de procedimientos pendientes de resolver en foros internos por Acaverde contra Banobras y uno arbitral contra Acapulco. La parte actora reitera el significado y alcance de su renuncia así como su afirmación de que Acaverde no había alegado con anterioridad violaciones al TLCAN por lo que no se había obligado a México a defender “alegatos duplicativos de violaciones del TLCAN simultáneamente”.

El tribunal analiza las dos demandas entabladas por Acaverde contra Banobras así como la interpuesta por Acaverde contra el municipio de Acapulco y afirma que:

Es claro que la parte demandante, emitió una declaración de voluntad distinta de la solicitada en la renuncia exigida por el artículo 1121 del TLCAN, ya que continuó con los procedimientos iniciados contra Banobras con posterioridad a la fecha de presentación de la renuncia, 29 de septiembre de 1998, llegando hasta el agotamiento de todas las instancias. Asimismo, también se ha demostrado que con posterioridad al sometimiento de esta reclamación a arbitraje, Acaverde inició un procedimiento arbitral contra Acapulco que a fecha de hoy todavía pervive, si bien es cierto que Acaverde solicitó la devolución de los documentos base de su acción el 7 de julio de 1999, tal y como se desprende de la documentación aportada con su memorial de demanda, a pesar de que la instancia pertinente, esto es, el Tribunal Arbitral, no haya declarado la conclusión del arbitraje.¹⁰⁷

Por lo que se refiere a la validez o invalidez de la renuncia el tribunal señala que “no puede considerar como válida la renuncia presentada por la parte demandante en su sometimiento de la reclamación a arbitraje al ha-

¹⁰⁷ Párrafo 30.

berse realizado con interpretaciones adicionales que no se han traducido en la efectiva dejación de derechos que la renuncia prescribe".¹⁰⁸

La primera parte del laudo determina que:

A la vista de cuanto antecede, de los documentos y de las alegaciones formuladas por las partes, este Tribunal de Arbitraje, resuelve que carece de jurisdicción para enjuiciar el fondo de la controversia planteada, debido al incumplimiento de la parte demandante de uno de los requisitos considerados esenciales para proceder al sometimiento de una reclamación a arbitraje establecido en el artículo 1121.2.b) del TLCAN, cual es, la renuncia a iniciar o continuar ante otros foros procedimientos de resolución de disputas respecto a las medidas tomadas por el demandado presuntamente violatorias del TLCAN, todo ello de acuerdo con las disposiciones del citado texto legal y del Mecanismo Complementario del CIADI.¹⁰⁹

Este pronunciamiento se emite por mayoría de los miembros del tribunal arbitral, desde que existe una opinión disidente emitida por el árbitro Keith Hight.

D. El puente entre Waste Management I y II

En esta ocasión México alega que la actora está impedida de presentar una segunda reclamación respecto a la medida presuntamente violatoria del TLCAN. El tribunal retoma los argumentos del primer tribunal en el caso Waste Management I respecto al artículo 1121 del TLCAN, concretamente las denominadas “condiciones previas al sometimiento de una reclamación al procedimiento arbitral”.

La diferencia radica en que la parte demandada afirma que “cualesquiera sean las razones por las cuales ésta fracasó ante el primer Tribunal, dicho fracaso puso fin a los procedimientos del TLCAN en relación con tal reclamación” y por ende “su actual reclamación debería, por tanto, desestimarse”.¹¹⁰ Por su parte la demandante alegó que

los únicos asuntos que eran *res judicata*, eran que la primera renuncia no era válida y que, por consiguiente, el Tribunal carecía de competencia. En consecuencia, el inicio de los nuevos procedimientos arbitrales conforme al TL-

¹⁰⁸ Párrafo 31.

¹⁰⁹ Párrafo 32.

¹¹⁰ Párrafo 17.

CAN, acompañados de una renuncia válida, no estaba expresamente prohibido por el Capítulo XI, como tampoco era contrario a su objeto y propósito.¹¹¹

El tribunal afirma que “todo lo que el primer tribunal hizo fue declarar inválida la renuncia inicial... no se explató sobre si estaba abierta o no la posibilidad de una nueva reclamación acompañada de una renuncia válida” y en este sentido sostiene que “el primer tribunal no necesitó decidir qué efecto tendría su decisión en el futuro y no hay ninguna indicación en el laudo de que así lo hubiese hecho”.¹¹² Por ello “Apoya la conclusión de que el asunto no fue decidido por el primer tribunal”.¹¹³

El tribunal arbitral analiza tres fundamentos jurídicos con el fin de obtener una decisión final: *a) si el artículo 1121 permite someter una sola reclamación a arbitraje; b) el principio *res judicata*, y c) el abuso del proceso por parte de la demandante.*

Por lo que se refiere al primero de los fundamentos el tribunal arbitral señala que “el Capítulo XI del TLCAN no contiene ninguna cláusula que exija a una demandante elegir entre una reclamación en el ámbito nacional y una reclamación en el marco del TLCAN en relación con la misma controversia”;¹¹⁴ ahonda señalando que

un inversor contendiente está evidentemente facultado para iniciar o continuar con los procedimientos relativos a la medida en cuestión ante cualquier tribunal administrativo o judicial del país de la parte demandada, de conformidad con sus leyes. Sin perjuicio de lo anterior, un inversor contendiente eventualmente puede recurrir a un arbitraje internacional. Es sólo en ese supuesto, cuando se presenta una reclamación conforme al Artículo 1120, que surge el requisito de la renuncia.

Como segundo paso a analizar el tribunal se avoca a determinar si la renuncia contemplada en el artículo 1121.1.b) es definitiva en sus efectos, cualesquiera sean los resultados del arbitraje. En este sentido sostiene que “los requisitos meramente procesales que debían ser satisfechos en el momento de presentar una solicitud no necesariamente apuntarían a la cuestión de la competencia sino que podrían ser subsanados posteriormente por la demandante”.¹¹⁵ Continúa afirmando que:

¹¹¹ Párrafo 18.

¹¹² Párrafos 19 y 20.

¹¹³ Párrafo 22.

¹¹⁴ Párrafo 29.

¹¹⁵ Párrafo 33.

Así, aun cuando el caso fuera que un demandante sólo pudiese someter una reclamación conforme al Artículo 1120 en una sola ocasión, esto no necesariamente se aplicaría a una presentación que fuese defectuosa por razón de no haber cumplido con una condición precedente conforme a lo establecido en el Artículo 1121.¹¹⁶

Así, “la demandante no pudo haber oír el fondo de su reclamación del TLCAN en ningún tribunal, ya sea nacional o internacional”;¹¹⁷ el último argumento que esgrime en este punto es que “no existe ninguna reglamentación equivalente en el derecho internacional general”.¹¹⁸ Concluye señalando que:

Ni los términos expresos del TLCAN ni las reglas aplicables del derecho internacional impiden a un demandante que haya incumplido con los prerrequisitos para el sometimiento a arbitraje conforme al artículo 1121.1 iniciar el arbitraje por segunda vez de conformidad con tales prerrequisitos.¹¹⁹

Por lo que se refiere al principio *res judicata* el tribunal señala que “una decisión es *res judicata* sólo si se aplica a las mismas partes y trata la misma cuestión sobre la que previamente se ha decidido”¹²⁰ y que:

No cabe duda de que, en general, la desestimación de una reclamación por parte de un tribunal internacional con fundamento en una falta de competencia no constituye una decisión sobre el fondo y no impide una posterior reclamación ante un tribunal competente.¹²¹

Lo anterior le lleva a afirmar que:

La dificultad para la demandada en este caso, sin embargo, radica en que no hay indicación alguna en el laudo del primer tribunal de que haya considerado alguna cuestión relativa al fondo, menos aún que haya decidido sobre tal cuestión. Es verdad que el primer tribunal consideró aspectos del procedimiento iniciado por la demandante en México. Pero solo lo hizo con miras a determinar la relación existente entre tales procedimiento y la reclamación

¹¹⁶ Párrafo 15.

¹¹⁷ Párrafo 35.

¹¹⁸ Párrafo 36.

¹¹⁹ Párrafo 37.

¹²⁰ Párrafo 39.

¹²¹ Párrafo 43.

en el marco del TLCAN, y sólo a los fines de decidir sobre la validez de la renuncia.¹²²

Por último, el tribunal examina el punto dedicado al abuso del procedimiento y así determina que:

No considera que, sobre la base de las pruebas disponibles, haya fundamento alguno para sostener que esta reclamación fue presentada de mala fe o que no fue una reclamación *bona fide*. Desde el punto de vista procesal, la demandante sin duda erró la manera en que inició el primer procedimiento, pero fue abierta en su enfoque y el primer tribunal expresamente halló que no actuaba de mala fe. Dicho episodio no proporciona ningún fundamento jurídico para descalificar el actual procedimiento, como tampoco ofrece base alguna para poner fin a este procedimiento bajo el argumento de abuso del proceso.¹²³

Lo anterior le lleva a determinar que:

El tribunal rechaza la argumentación de la demandada acerca de que la demandante debe verse impedida de iniciar este procedimiento sobre la base de cualquiera de los tres fundamentos alegados. El primer tribunal trató la cuestión de las costas, y le exigió a la demandante que abonara las costas del tribunal pero no aquellas que le correspondían a la parte demandada. En este caso, la base de la objeción de la demandada era el hecho de que la demandante no hubiese presentado una renuncia válida en el primer procedimiento. La demandante estaba plenamente facultada para hacer tal objeción, que introdujo cuestiones nuevas sobre la relación entre los recursos internos y el TLCAN. En estas circunstancias, el tribunal no emite ninguna orden relativa a los gastos del tribunal ni sobre las costas de las partes que se derivan del tratamiento de esta objeción. Esta decisión se adopta sin perjuicio de cualquier eventual orden relativa a las costas que pudiesen resultar equitativa, teniendo en cuenta el resultado del procedimiento en su conjunto.

Así, la decisión adoptada por unanimidad, fundamentada en dos apartados señala que “a) decide que la demandante no está impedida de actuar en este procedimiento por las razones presentadas por la demandada; b) reserva para una etapa posterior toda cuestión relativa a las costas y gastos de la actual fase del procedimiento”.

¹²² Párrafo 46.

¹²³ Párrafo 50.

E. Waste Management, Inc. II. (ICSID Case No. ARB (AF)/00/3)

La temática versa sobre la prestación de servicios de gestión de desechos, de basura, en concreto la prestación de servicios por la demandada consistía en la recolección de basura, por una concesión otorgada por el Municipio de Acapulco, Guerrero. Como consta en el laudo:

Además de prestar servicios de recolección, Acaverde se hizo cargo, conforme al título de Concesión, de construir y operar un relleno sanitario permanente de desechos sólidos para la totalidad del municipio, “lo que permitiría cerrar dos tiraderos temporales. El Ayuntamiento proporcionaría un terreno para instalar el relleno “en comodato forzoso por el término de la Concesión”. Se podría cobrar un arancel por uso del relleno, según las tarifas aprobadas, a los clientes comerciales. Sujeto a la construcción del relleno sanitario permanente, Acaverde tendría, libre de cualquier cargo, acceso a uno de los tiraderos existentes.¹²⁴

El plazo de la concesión era de 15 años a contar desde el inicio de la prestación de los servicios.

Los términos y condiciones acordados para la operación de recolección de basura se expresaron en el documento “Título de concesión” cuyas partes eran, por un lado el municipio, concretamente el ayuntamiento, y por otro lado, Acaverde. Esta última era una compañía mexicana creada en 1994, una subsidiaria de propiedad completa de la demandante, Waste Management Inc., una corporación de Delaware con actividades de recolección de basura en Estados Unidos. Como se afirma en el laudo:

En el momento en que se constituyó, Acaverde era propiedad —a través de una compañía controladora denominada AcaVerde Holdings Ltd. —de Sun Investment Co., una compañía situada en las Islas Caimán. AcaVerde Holdings Ltd., también una compañía de las Islas Caimán, fue adquirida por Sanifill Inc., una compañía de los Estados Unidos (Sanifill), aproximadamente en la fecha en que el Ayuntamiento aprobó inicialmente la concesión... En agosto de 1996, Sanifill se fusionó con USA Waste Services Inc.; más tarde, la compañía fusionada adoptó como razón social el nombre de Waste Management Inc.¹²⁵

El título de concesión se firmó el 9 de febrero de 1995 el cual fue enmendado y en virtud del cual

¹²⁴ Párrafo 45

¹²⁵ Párrafo 77.

Acáverde se hizo cargo de prestar *en forma exclusiva* determinados servicios de limpieza de calles y de disposición de basura en un área específica de Acapulco. El área en cuestión, que comprendía aproximadamente 9000 domicilios residenciales y comerciales, abarcaba el área turística principal y la zona de playas del Municipio, que es una fracción del área total de Acapulco, una ciudad de aproximadamente 1.5 millones de habitantes. El turismo es la industria de servicios más importante de Acapulco y no hay duda de que era preciso atender el sistema de recolección de basura en el área turística (énfasis añadido).¹²⁶

El punto más importante de este caso es el carácter “exclusivo” en el que se concede la prestación de los servicios. La cláusula 15 del Título de Concesión establecía que el Ayuntamiento no podría otorgar a ninguna otra persona o entidad “derecho o concesión alguno incompatible con los derechos de la Concesionaria de acuerdo con este instrumento”.¹²⁷ En este sentido el Ayuntamiento mediante un programa de operación “se comprometía a establecer los reglamentos y ordenanzas que fueran necesarios para prohibir el barrido manual, la recolección, transportación, uso, reciclaje o disposición final de la basura generada en el área de concesión por cualquier persona física o moral diferentes a la Concesionaria”;¹²⁸ estas disposiciones debían aplicarse inmediatamente en su totalidad, serían una condición suspensiva para el comienzo de las operaciones y la no promulgación de las mismas, se consideraría un incumplimiento del Ayuntamiento. Tal era la necesidad de promulgarlas que el Ayuntamiento promulgó un reglamento que regulaba la concesión del servicio público de limpia, el denominado “Reglamento del Servicio Público de Limpia”. En él constaba la exclusividad de los servicios de recolección de basura al tiempo que prohibía arrojar basura en el área, con la imposición de multas en caso de contravención.

Una de las cuestiones más importantes estaba en el artículo 8o. de este reglamento en función del cual “los residentes o comercios ubicados en el área de la concesión “deben solicitar” el servicio público de limpia dentro de los 90 días de iniciadas las operaciones” de lo cual se deduce que únicamente aquellas personas que firmaran el contrato de servicios estarían obligadas a pagar por lo que no era una imposición para aquellos que no lo contrataran. A lo anterior se suma el hecho de que “los términos de los contratos de servicios eran meramente consensuales, ya que el reglamento establecía

¹²⁶ Párrafo 41.

¹²⁷ Párrafo 42.

¹²⁸ Párrafo 42.

tarifas máximas y no mínimas, y Acaverde podía celebrar (y de hecho así lo hizo) dichos contratos a una tarifa menor que la establecida”.¹²⁹

El punto álgido de la discusión es la suma de exclusividad de Acaverde en la prestación de los servicios dentro del área concesionada y de que el Ayuntamiento no perjudicara el alcance y efectos de dicho término y condición; lo anterior no garantizaba la exitosa penetración en el mercado de la parte actora.

Acaverde el 15 de agosto de 1995 inicia sus servicios y “casi de inmediato surgieron dificultades para hacer cumplir los acuerdos de exclusividad especificados en el Título de Concesión y *hubo una fuerte resistencia de los clientes a pagar por los servicios de recolección de basura, ya fuese a la tarifa publicada o a cualquier otra*”.¹³⁰

El dato sociológico más importante radica en el hecho de que:

Muchos de los que anteriormente habían recogido y/o arrojado basura en el área de concesión en forma informal opusieron resistencia a los nuevos acuerdos. *Los grupos que oponían resistencia* incluían a los porcicultores, que recogían los restos de alimentos de los restaurantes para utilizarlos como alimento para sus animales; los piratas, que conducían sus camionetas sin autorización en busca de basura (y también para arrojarla), y los carretilleros que se dedicaban a hacer pequeñas tareas, incluida la recolección de basura, a cambio de una propina. Acaverde finalmente llegó a un acuerdo con la asociación de porcicultores, pero los piratas y los carretilleros constituyan una fuente permanente de dificultades. Acaverde se quejaba especialmente de que los permisos de los piratas, que los autorizaban a recoger basura en el área de la concesión, no habían sido revocados e incluso continuaban emitiéndose. Acaverde también se quejaba de que los conductores municipales recogían basura dentro del área de la concesión a cambio de propinas.¹³¹

Como consta en el párrafo 56 existió “una oposición pública inicial a la introducción de los servicios y cargos por los servicios de Acaverde”. Se plasma en el laudo que:

El Título de Concesión era impopular para una proporción significativa de los residentes del área concesionada, muchos de los cuales no eran residentes permanentes de Acapulco, pero tenían allí apartamentos que utilizaban en sus vacaciones. Los residentes permanentes tampoco estaban acostumbrados a pagar en forma separada por los servicios de recolección de basura.

¹²⁹ Párrafo 44.

¹³⁰ Párrafo 54.

¹³¹ Párrafo 54.

Más aún, este problema —reconocido como una dificultad potencial por la demandante desde un comienzo— se vio exacerbado por la actitud bastante dura que adoptó desde un principio la demandante al emitir de inmediato facturas a todos los residentes del área, acompañadas de la amenaza de iniciar acciones legales en el caso de falta de pago. Como el tribunal ha señalado... la obligación de pagar los servicios de recolección de basura dependía de que se celebrara un contrato de servicios y no surgía del propio Reglamento del Servicio de Limpia. El hecho de que la demandante supusiera aparentemente lo contrario en las primeras etapas de la concesión suscitó una fuerte oposición que llevó a protestas públicas y a que los residentes y grupos de comerciantes interpusieran una serie de juicios de amparo contra el Ayuntamiento. El Ayuntamiento se defendió frente a dichos juicios, no siempre con éxito; por ejemplo, vehículos confiscados que pertenecían a varios recolectores “piratas” tuvieron que ser devueltos.¹³²

Al anterior factor sociológico se suma la queja de Acaverde de que el Ayuntamiento no proporcionaba el terreno destinado a sus operaciones ni firmaba el contrato de comodato para el nuevo relleno sanitario y, en lugar del relleno propuesto operaba uno temporal que permitía que el Ayuntamiento lo utilizara para arrojar la basura recogida fuera del área de la concesión. Como consta en el laudo:

Por diversas razones, las operaciones de barrido de calles conducidas por Acaverde no eran suficientes para mantener siempre limpias las calles del área de la Concesión. Aparte de las acciones para arrojar basura en forma ilegal que cometían los piratas y además de los inevitables problemas de frontera que plantea toda concesión en un área parcial dentro de una ciudad grande, existía el problema persistente de los “puntos negros”. Durante gran parte del período de las operaciones, Acaverde no recogió la basura de los domicilios con cuyos residentes no había firmado contrato; desde su punto de vista, se trataba de un intento por inducir a los residentes y comercios a firmar contratos con la empresa, y eso era comprensible. Pero las obligaciones de Acaverde sobre el servicio de limpia no se limitaban a quitar la basura depositada por sus clientes. El Ayuntamiento tuvo que intervenir en varias oportunidades para ocuparse de las quejas y los puntos negros y se vio en la obligación de seguir distraiendo recursos y mano de obra para operaciones sanitarias dentro de la zona turística. Cualesquiera que sean los aciertos y desaciertos de esta situación, el hecho es que los puntos negros constituyán un problema recurrente.¹³³

¹³² Párrafo 111.

¹³³ Párrafo 63.

Otro de los factores es que el 9 de octubre de 1997 el huracán llamado Paulina llegó a Acapulco con alto número de fallecidos y daños materiales. Como consta en el laudo:

Por carta del 27 de octubre de 1997 —en un momento por demás inoportuno considerando que el Municipio estaba aún en medio del vértigo por los estragos provocados por el huracán-, Acaverde anunció que, a partir del 12 de noviembre de 1997, suspendería la prestación de los servicios consignados en el Título de Concesión. Las tareas que había estado realizando fueron de inmediato asumidas por Setasa, que firmó un contrato con el Ayuntamiento y no con los residentes particulares.¹³⁴

Este es un claro ejemplo de la existencia de riesgos a la hora de realizar una inversión. En este punto cabe reproducir las palabras de Fernández Masiá respecto de los tipos de riesgos que tiene toda inversión:

Al poner en marcha su inversión, los inversores extranjeros han de ser conscientes de que cuando invierten más allá de las fronteras de su propio país no sólo existen posibilidades de lograr mayores beneficios económicos sino que al mismo tiempo, se pueden ver enfrentados a una serie de riesgos que pueden poner en peligro el éxito de su inversión. En principio, son dos los tipos de riesgos de muy distinta naturaleza los que deben de soportar. En primer lugar, se puede hablar de los típicos “riesgos económicos”, pues todo proyecto inversor, y éste no es una excepción, está sometido a los vaivenes y circunstancias del propio mercado que pueden provocar pérdidas económicas en la inversión. En segundo lugar, junto a las causas puramente económicas o empresariales de todo negocio, el valor de una inversión puede disminuir por los denominados “riesgos políticos”, entendiendo por éstos, aquellos que tienen su causa en la actuación o en la inacción de las autoridades del Estado receptor de la inversión. Dentro de este concepto amplio de “riesgo político” hemos de incluir el denominado “riesgo regulatorio” que supone una alteración por parte de los poderes públicos del régimen jurídico aplicable a una inversión, provocando un perjuicio al inversor que verá como disminuye el valor de aquella como consecuencia de dicho cambio, pero igualmente caben la expropiación o nacionalización de los bienes hasta los casos de terrorismo o sabotaje de las instalaciones.¹³⁵

¹³⁴ Párrafo 68.

¹³⁵ Fernández Masiá, E., *Tribunales nacionales, arbitraje internacional y protección de inversiones extranjeras*, España, Marcial Pons, 2008, p. 10.

F. *Técnicas Medioambientales, S.A. (ICSID Case No. ARB (AF)/00/2)*.¹³⁶

Técnicas Medioambientales, Tecmed S.A., es una sociedad mercantil constituida conforme al derecho español. La demandante es la sociedad matriz en España de la compañía constituida conforme al derecho mexicano Tecmed; Técnicas Medioambientales de México, S.A. de C.V. tiene una participación en el capital accionario de ésta última mayor al 99%. Tecmed controla a Cytar S.A. de C.V. en más de un 99%, esta sociedad está igualmente constituida bajo el derecho mexicano a través de la cual se realizó la inversión motivo de la presente reclamación.

Las reclamaciones de la demandante se relacionan con una inversión en terrenos, construcciones y otros activos a raíz de una subasta en licitación pública convocada por Promotora Inmobiliaria del Ayuntamiento de Hermosillo (organismo público descentralizado municipal de dicho ayuntamiento en Sonora). El objeto de la subasta era la venta de un inmueble, construcciones, instalaciones y otros bienes relativos al confinamiento controlado de desechos industriales peligrosos. Tecmed resultó la adjudicataria, con posterioridad pasó la titularidad de los derechos y obligaciones a Cytar, sociedad constituida por Tecmed para que operara dicho confinamiento.

El confinamiento fue construido en 1988 sobre un terreno propiedad del gobierno de Sonora, en la localidad de Las Víboras. A partir del 7 de diciembre de 1988 el confinamiento contó con una licencia para funcionar con una duración de cinco años, prorrogable a favor de Parques Industriales de Sonora (organismo público descentralizado de Sonora). Durante este periodo el operador del confinamiento era un ente distinto a dicho organismo, también de carácter público y perteneciente al estado. La titularidad del confinamiento, con posterioridad, pasó a un organismo público descentralizado del Ayuntamiento de Hermosillo (confinamiento controlado parque industrial de Hermosillo OPD), quien contó con una nueva autorización para funcionar sin plazo limitado. Tras una liquidación y extinción del organismo público descentralizado decretadas por el gobernador del estado, el 6 de julio de 1995, los bienes del confinamiento pasan a integrar el patrimonio del gobierno estatal. El 27 de noviembre estos bienes fueron transferidos a “Promotora”.

Por carta del 16 de abril de 1996, Tecmed solicita al INE que la licencia de operación del Confinamiento fuese extendida a nombre de Cytar. El Ayuntamiento apoyó tal gestión y solicita al INE que otorgue facilidades

¹³⁶ Han, Xiuli, “Application of the Principle of Proportionality in Tecmed v. Mexico”, *Chinese Journal of International Law*, vol. 6, 2007, p. 635.

para que se lleven a cabo los trámites de cambio de razón social en la licencia de operación a favor de Tecmed o de la empresa que ésta constituya. El INE comunica posteriormente a Cytar que había quedado registrada.

La demandante sostiene que las autorizaciones para el funcionamiento del confinamiento constituyeron una violación de las condiciones iniciales sobre las que el demandante realizó su inversión. De esta manera alega que la denegación de la renovación de la autorización es un acto de expropiación a su inversión, a lo que se suma que no hubo compensación ni justificación. La demandante alega que las condiciones en las que se realizó la licitación y su convocatoria, la adjudicación y venta del confinamiento así como sus bienes y su inversión se modificaron sustancialmente por razones imputables a acciones u omisiones de las autoridades estatales, municipales y federales mexicanas. La vista se pone sobre circunstancias políticas vinculadas con el cambio de autoridades del Ayuntamiento de Hermosillo.

En este punto es importante destacar las alegaciones de las demandantes quienes afirman la existencia de un *movimiento ciudadano alentado por las nuevas autoridades de Hermosillo contrario al confinamiento, el cual perseguía el retiro o la no renovación de la autorización de la operación del confinamiento así como su clausura; lo anterior llevó a confrontaciones con la sociedad que llevaron hasta el bloqueo del confinamiento*. Así, las autoridades de Sonora habrían brindado apoyo expreso a la postura adoptada por dicho Ayuntamiento. Se afirma que:

La demandante afirma que el Gobierno Federal cedió a la presión combinada de las autoridades municipales de Hermosillo y del Estado de Sonora y del movimiento social adverso al confinamiento, lo que conduce, según los dichos de la demandante, a la resolución del INE del 25 de noviembre de 1998.

Ello llevó a la negación de la prórroga de la autorización de Cytar para operar el confinamiento y se dispuso el cierre. Lo anterior se afirma sobre la base de que la demandante alegara que los incumplimientos de las condiciones de la autorización no fueron de entidad suficiente para justificar esta medida del gobierno. En este sentido afirma que la Profepa no había comprobado la existencia de incumplimientos de entidad que comprometieran el medio ambiente o la salud de la población o que mereciese sanción mayor que las multas finalmente impuestas por la Profepa a Cytar como resultado de sus investigaciones.¹³⁷

El impacto social se deja ver en el párrafo 49 del laudo, cuando la parte demandada afirma la existencia de una:

¹³⁷ Párrafo 43.

Actitud adversa de la sociedad al confinamiento en razón de su ubicación y de la visión negativa y acerbamente crítica que habría manifestado la sociedad en relación con el cumplimiento por Cytar de las tareas a su cargo de transporte y confinamiento de desechos tóxicos peligrosos originados en lo que fue la planta de reciclaje y recuperación de plomo de Alco Pacífico de México, SA de CV (“Alco Pacífico”), ubicada en Tijuana, Baja California, lo que acentuaría la importancia de exigir el estricto cumplimiento de las condiciones de la nueva autorización para funcionar otorgada por el INE a Cytar con fecha 19 de noviembre de 1997.

Afirma la demandada que:

Las autoridades municipales, estatales y federales, así como las fuerzas de seguridad y las cortes judiciales cuando Cytar acudió a ellas, actuaron con diligencia y empeño y en consonancia con las obligaciones de la Demandada bajo el Acuerdo para brindar protección a Cytar y a su personal y a la inversión de la Demandante relativa al confinamiento ante las distintas formas de presión social desplegada por grupos o gentes adversos al confinamiento, así como para encontrar soluciones a los problemas suscitados por dicha presión social; y en todo caso niega que acciones u omisiones de dichos grupos o gentes o responsabilidades derivadas de tales acciones y omisiones sean imputables a la Demandada bajo el Acuerdo o el derecho internacional...la Demandada pone énfasis, no obstante ello, en la multiplicidad creciente de infracciones comprobadas por PROFEPA en la operación del confinamiento por Cytar.¹³⁸

De parecido tenor son las afirmaciones que se vierten en el párrafo 105 del laudo, en el contexto de una alegada expropiación con la negación por el INE de renovar el permiso de funcionamiento del confinamiento de Las Víboras. Se menciona por la demandada que:

1) El sitio del confinamiento, por su ubicación en relación con sus características, no cumplía con la normativa mexicana vigente; 2) durante 1998, Cytar había incurrido en numerosas irregularidades en su operación, y entre ellas, particularmente las vinculadas al transporte de residuos de Alco pacífico, que habrían dado lugar a una fuerte presión social adversa al Confinamiento; 3) autoridades mexicanas, en especial las del Ayuntamiento de Hermosillo, manifestaron dudas acerca de la operación del Confinamiento; 4) *existía riesgo que la oposición social se acrecentase de continuar la operación del Confinamiento* y 5) Cytar, desde 1997, sería consciente de que la *oposición social* indicaba que el Confinamiento

¹³⁸ Párrafo 50.

miento era inviable en su ubicación actual, y por ello aceptó reubicarlo a su costa (énfasis añadido).

De igual forma se hace constar en el párrafo 106 que

los grupos de oposición social enfatizaban que el Confinamiento estaba a sólo 8 kms del centro urbano de Hermosillo, con lo cual no se cumplía con la normativa que exigía que su ubicación a una distancia de por lo menos 25 kms de centros poblados de más de 10.000 habitantes, pese a que legalmente esta circunstancia no podía hacerse valer contra Cytar, desde que el Confinamiento fue ubicado y autorizado para funcionar en ese sitio antes de adoptarse dicha normativa, que no es de aplicación retroactiva. El INE habría de todas formas tenido en cuenta la circunstancia de que la ubicación del sitio no estaba de acuerdo con la normativa y la oposición social engendrada por ello al denegar la renovación de la Autorización.

En el párrafo 107 consta la causa de la oposición ciudadana:

Existe consenso entre las Partes que la oposición social al Confinamiento se originó, no en la forma en que era operado por Cytar, sino con el transporte hacia el Confinamiento de tierras contaminadas y abandonadas, provenientes de la planta de Alco Pacífico ubicada en el estado de Baja California, México.

Queda constancia de que:

Por un acuerdo del 19 de noviembre de 1996 entre la PROFEPA, el Condado de los Ángeles, EEUU, Fomento de Ingeniería SA de CV (Fomín) y Cytar, ésta se encargaría de la recolección, transporte y confinamiento de los residuos tóxicos y tierras contaminadas de Alco Pacífico. Fomín tenía a su cargo la supervisión del cumplimiento de los servicios de transporte y descarga que debía prestar Cytar... Ante la existencia de denuncias ciudadanas, la PROFEPA realizó revisiones de furgones en octubre de 1997, a raíz de las cuales, esencialmente, se comprobó la existencia de bolsas de envase de residuos peligrosos abiertos; y dictó medidas de urgente aplicación para que Cytar rectificara la situación, las que fueron acatadas por Cytar. Situaciones similares se produjeron en noviembre de 1997, y en esta oportunidad, además de dictar medidas de urgente aplicación dirigidas a Cytar, la PROFEPA le impuso una multa. En abril de 1998, la PROFEPA verificó la existencia de irregularidades en la descarga de residuos de Alco pacífico, y en razón de ellas impuso multa a Cytar, manifestando, además, que "se suscitan situaciones que provocan o pueden provocar riesgo al ambiente o a la salud". Situación similar fue comprobada en mayo de 1998 en relación con el transporte y descarga de residuos provenientes de la empresa Siderúrgica de California,

lo que también dio lugar al dictado de medidas de urgente aplicación por la Profepa, igualmente acatadas por Cytar.

En este caso, como en ningún otro, la oposición social y su impacto se dejan ver claramente. En este sentido se afirma en el párrafo 108 que:

La oposición social contra el confinamiento, amplia y agresiva en sus manifestaciones públicas, se exteriorizó a través de distintos hechos y en distintos momentos. En noviembre de 1997, la agrupación denominada Alianza Cívica de Hermosillo denunció “hechos y omisiones” de Cytar, particularmente en relación con el transporte de residuos de Alco pacífico, y solicitó la cancelación de la autorización de Cytar para operar el Confinamiento y denegar su prórroga. En ese mismo mes “... alrededor de 200 personas efectuaron una marcha al confinamiento y lo clausuraron simbólicamente”... En diciembre de 1997, la agrupación denominada Academia Sonorense de Derechos Humanos denunció penalmente a Cytar por la comisión de actos calificables como “delitos ambientales”. En Enero de 1998, la misma agrupación “promovió un recurso de inconformidad...” contra el Ayuntamiento de Hermosillo por el permiso concedido por éste en 1994 para la operación del Confinamiento. A fines de enero de 1998 “...miembros de la comunidad y de las organizaciones civiles...” bloquearon el confinamiento, bloqueo éste que finalizó el 7 de marzo de 1998 merced a la intervención policial ordenada por el Ministerio Público, luego de lo cual las organizaciones civiles, que cuestionaron dichas medidas, mantuvieron un plantón de 192 días frente al Palacio Municipal de Hermosillo. A fines de marzo de 1998, esos mismos grupos opositores emitieron un comunicado de repudio a la acción de las autoridades que puso fin al bloqueo del confinamiento. En abril de 1998, un grupo de manifestantes intentó bloquear el acceso al confinamiento, lo cual fue frustrado por la acción policial. En septiembre de 1998, una denominada “Asociación de Organismos no Gubernamentales en Lucha contra el CYTAR” presentó queja ante la Comisión Estatal de Derechos Humanos contra autoridades del Estado de Sonora y el Ayuntamiento de Hermosillo por haber puesto fin al plantón de 192 días frente al Palacio Municipal. En octubre de 1998 se realizó una “marcha familiar por la salud y la dignidad” en contra “del confinamiento y la posición de las autoridades al respecto” y se emitió un comunicado público contrario al Confinamiento. Conforme a la información periodística, en dicha marcha habrían participado unas 400 personas. En noviembre de 1998, las asociaciones civiles presentaron un escrito en la delegación local de la SEMARNAP para que se consideraran las expresiones de tales asociaciones y de ciudadanos individuales a la hora de considerar la renovación de la Autorización.

Igualmente se afirma que “las autoridades del Ayuntamiento de Hermosillo fueron receptoras directas de las denominadas “presiones sociales”.¹³⁹ Consta que el Ayuntamiento concordaba con los sectores sociales sobre la necesidad de reubicar la operación del confinamiento de residuos peligrosos de Cytar en un sitio distinto así como su apoyo a la realización de una “auditoría operacional” para determinar si su funcionamiento causaba riesgos.

El 3 de julio de 1998 se pone en conocimiento de Cytar una declaración conjunta de las autoridades federales, estatales y municipales en la que se informaba que “si bien de las inspecciones realizadas no hay “evidencias de riesgos para la salud y los ecosistemas” causados por el confinamiento, la reubicación era necesaria para “garantizar la seguridad ambiental ante el acelerado crecimiento de la mancha urbana de Hermosillo, atender a las inquietudes surgidas y garantizar a largo plazo la infraestructura ambiental para el manejo y disposición adecuada de residuos industriales”.¹⁴⁰

La demandante subraya el compromiso de Cytar, con el apoyo de Tecmed, para reubicar la operación de confinamiento de residuos peligrosos sobre la base de acuerdos alcanzados con autoridades federales, estatales y municipales. Por su parte la demandada rechaza que la denegación fuese consecuencia del ejercicio arbitrario de las facultades discrecionales que tiene el INE; por el contrario afirma que es una medida de control al tratarse de un sector altamente regulado que involucra “muy cercanamente” al interés público. La demandada niega que el objeto de la licitación y posterior adjudicación a Tecmed haya sido un confinamiento:

Si por ello se entiende un conjunto o universalidad de bienes tangibles e intangibles que incluye licencias o autorizaciones para operar un confinamiento controlado de residuos peligrosos. La demandada sostiene que los bienes licitados y vendidos por promotora comprenden exclusivamente ciertos predios, terreno, infraestructura, maquinaria y equipo; pero no permisos, autorizaciones o licencias.¹⁴¹

En este hilo argumentativo la demandada sostiene que la obligación de obtener permisos, licencias o autorizaciones para operar el confinamiento dependía de Cytar, que Promotora no se comprometió a obtener los permisos necesarios en beneficio de Cytar; que el único compromiso de Promotora respecto de Cytar era asegurar la operación del confinamiento con los permisos y licencias necesarias que permanecían en manos de confina-

¹³⁹ Párrafo 109.

¹⁴⁰ Párrafo 110.

¹⁴¹ Párrafo 47.

miento parque industrial de Hermosillo OPD hasta que Cytar obtuviese las propias y que se dejó claro a Cytar que debía tener los permisos y licencias necesarias para la operación del confinamiento. En este orden de ideas sostuvo que ni Cytar ni Tecmed se acercaron a las autoridades federales competentes para informarse sobre la posibilidad de obtener la transferencia de las autorizaciones o permisos existentes.

Se concluye que “fueron razones vinculadas con circunstancias de orden social o político y las presiones sobre las autoridades municipales, estatales y el mismo INE originadas en tales circunstancias, y no otras, las que en realidad preponderaron en la decisión del INE y no renovar la Autorización”.¹⁴² Esta idea permite al tribunal determinar si la presión social y sus consecuencias fueron de tal magnitud que pudieran causar una grave situación de emergencia, crisis social o conmoción pública, como para que su impacto condujera a la privación de su inversión sin compensación; por ello, se avoca a determinar ahora la proporcionalidad de la medida estatal adoptada. En este sentido afirma el tribunal que:

Ni las deficiencias de CYTAR relativas al transporte de residuos de Alco Pacífico, ni la oposición social que éste suscitó, parecen, pues, haber originado situaciones de emergencia, genuina crisis social o conmoción o urgencias públicas, que por su gravedad, hubieran motivado a las autoridades pertinentes a terminar la relación contractual que regía la operación de transporte o revocar o no renovar las licencias o permisos bajo las cuales aquélla se realizaba.¹⁴³

Consta que la presión por parte de los grupos sociales era tan elevadas que Cytar aceptó la reubicación con dos condiciones.¹⁴⁴

El tribunal advierte que:

¹⁴² Párrafo 132.

¹⁴³ Párrafo 137.

¹⁴⁴ “a) identificar la idoneidad del nuevo sitio y b) el otorgamiento de las autorizaciones y permisos necesarios para poner en marcha el confinamiento de residuos peligrosos antes de proceder al cierre de Las Víboras. Por las presiones sociales Cytar y Tecmed aceptan pagar una parte importante del costo de adquisición y puesta en funcionamiento del confinamiento en el nuevo sitio así como el traslado al nuevo de los residuos confinados en Las Víboras; esta concesión sería realizada a cambio de que las autoridades mexicanas lo ubicaran y con los permisos necesarios. En este sentido consta que se ubican en el Municipio de Benjamín Hill. A pesar de lo anterior no consta que la reubicación tuviera lugar, lo cual apunta a “la oposición social de grupos adversos, que las autoridades mexicanas no juzgaron oportuno desafiar”. Párrafo 142

La demandada no ha aportado prueba de que la *oposición social al Confinamiento* —aunque intensa, agresiva y sostenida— fuera realmente multitudinaria o considerablemente más allá de las posturas asumidas por ciertos individuos o la membresía de ciertas agrupaciones adversas al Confinamiento. En su momento de mayor culminación, tal oposición social, a pesar de haber sido alimentada a través de sus voceros mediante una activa, sostenida e insistente campaña pública a través de los medios masivos de difusión y comunicación social, sólo pudo concitar en dos oportunidades una congregación, en una de ellas, de doscientas, y en la otra, de cuatrocientas, personas dentro de una comunidad de cerca de un millón de habitantes... el llamado bloqueo del Confinamiento fue protagonizado por grupos reducidos de personas, que nunca excedieron la cuarentena. La ausencia de prueba de que la operación del Confinamiento constituía una amenaza real o potencial al medio ambiente o a la salud pública, unida a la ausencia de un verdadero rechazo multitudinario por la sociedad, reduce la denominada “oposición social” a una serie de episodios, que si bien se traducen en presiones significativas sobre las autoridades mexicanas, no conforman una verdadera conmoción o crisis social de graves proporciones, ocasionadas por actos u omisiones del inversor extranjero o sus sociedades afiliadas.¹⁴⁵

En este orden de ideas señala que:

El problema era en realidad el sitio del Confinamiento, y no la forma en que éste era operado por Cytar, está confirmado por la circunstancia de que las autoridades mexicanas... no tenían reparos en confiar a Cytar la construcción y operación de un nuevo confinamiento de residuos peligrosos fuera de Hermosillo, con características, actividades y alcances aparentemente más extendidos y ambiciosos que los que definían la operación en Las Víboras.¹⁴⁶

Todo lo anterior es un resumen de las afirmaciones lanzadas por el tribunal arbitral para concluir, en el párrafo 151, que “encuentra y decide que la resolución y sus efectos constituyen una expropiación en violación del artículo 5 del Acuerdo”.

Respecto a la alegación de trato justo y equitativo el tribunal afirma que:

Al efectuar su inversión, la justa expectativa de la Demandante era que la normativa mexicana que regía aquélla, y las facultades de supervisión, control, prevención y sanción que esa normativa confiere a las autoridades encargadas de administrar dicho régimen, serían utilizadas con la finalidad de

¹⁴⁵ Párrafo 144.

¹⁴⁶ Párrafo 145.

asegurar que los objetivos de protección ambiental, de la salud humana y del equilibrio ecológico que la animaban, fuesen respetados.¹⁴⁷

Por lo que se refiere a la plena protección y seguridad y otras garantías bajo el acuerdo, el argumento esgrimido por la demandante es que las autoridades mexicanas (municipales y estatales) alentaron los movimientos sociales contrarios a la operación del confinamiento por Tecmed o Cytar así como al transporte por Cytar de los residuos de Alco Pacífico. Respecto a lo anterior el tribunal determina que no hay pruebas concluyentes de que las autoridades mexicanas, en cualquiera de sus niveles, hayan alentado, incitado o participado con su apoyo a las personas y grupos que protagonizaron los movimientos adversos a la operación del Confinamiento, así como tampoco existen elementos para atribuir la conducta de estos grupos o personas a la demandada de conformidad con el derecho internacional.

Igualmente se afirma por la demandante que las autoridades no actuaron con la celeridad y eficiencia necesaria para prevenir o finalizar los movimientos sociales que perjudicaron la operación del confinamiento, o en la seguridad personal o libertad de movimientos de los integrantes de la dotación de Cytar. A este segundo punto el tribunal afirma que la garantía de protección y seguridad no es absoluta ni impone al Estado que la emite responsabilidad objetiva; de igual forma, afirma que no existe prueba convincente de que las autoridades mexicanas no reaccionaran razonablemente conforme a “los parámetros propios de un Estado democrático”.¹⁴⁸

V. CONCLUSIONES

1. *La situación latinoamericana en general ante el CIADI*

Estamos asistiendo desde hace tiempo a una auténtica rebelión de los estados latinoamericanos a lo que representa el sistema arbitral del CIADI. La primera muestra de desconfianza viene dada por la postura argentina ante la avalancha de casos que se le han presentado hasta la fecha. La segunda muestra es la que representa Bolivia y Ecuador con una retirada, a veces más manifiesta que otras, de este sistema arbitral. La tercera muestra viene dada por países como México que todavía no se han animado a ratificar el Convenio de Washington.

¹⁴⁷ Párrafo 157.

¹⁴⁸ Párrafo 177.

2. *La situación de México en particular*

El hecho de que México no tenga a la fecha ratificado el Convenio de Washington determina que el acceso de las solicitudes presentadas sea por medio del Mecanismo Complementario. Esta vía alterna se oferta desde el 27 de septiembre de 1978.¹⁴⁹ La creación de esta vía nos suscita cierta reflexión derivada de la confabulación de las fechas y el número de casos registrados en el CIADI por su primigenia vía; la anterior operación muestra el lento comienzo y despegue del CIADI. Si el Convenio de Washington cifra su nacimiento el 18 de marzo de 1965 no es hasta 1972 que se presenta el primer caso, *Holiday Inns S.A. and others contra Marruecos* (ICSID Case N°ARB/72/1) por lo que hay que esperar siete años para registrar el primer caso y poner en funcionamiento esta maquinaria; de este primer caso hasta el segundo, *Adriano Gardella SpA contra Costa de Marfil* (ICSID Case N°ARB/74/1) pasan dos años en los que el CIADI no registraba una nueva demanda. El año 1974 sumó el registró de otras tres solicitudes de arbitraje: *Alcoa Minerals of Jamaica Inc contra Jamaica* (ICSID Case N°ARB/74/2), *Kaiser Bauxite Company contra Jamaica* (ICSID Case N°ARB/74/3) y *Reynolds Jamaica Mines Limited and Reynolds Metals Company contra Jamaica* (ICSID Case N°ARB/74/4). En 1976 se registra un único y anecdótico caso por la inversión de los papeles del demandante y del demandado, es el caso *Gabon contra Societe Serete SA* (ICSID Case N°ARB/76/1). De igual manera el año 1977 también fue pobre, cuantitativamente hablando, al registrar dos casos *Agip SpA contra la República Popular del Congo* (ICSID Case N°ARB/77/1) y *SARL Benvenuti & Bonfant v. República Popular del Congo* (ICSID Case N°ARB/77/2).

El aspecto cuantitativo que se desprende de este párrafo es que se registra la escasa cantidad de ocho casos en un lapso de doce años, lo cual en nuestra opinión no representa un número suficiente de casos para alcanzar el prestigio, posicionamiento y medios económicos que necesita un foro de solución de controversias que quiere ser líder en este campo. Por ello nos atrevemos a pensar que derivado de la conjugación inicial de fechas (58 el Convenio de Washington y el 78 del Mecanismo Complementario) aderezado con el escaso número de ocho demandas que registró en sus inicios, este foro representa, según nuestro peculiar juicio, un elemento (quizá no el

¹⁴⁹ El Consejo Administrativo del Centro, en su Duodécima Reunión Anual permitió al Secretariado del Centro administrar determinadas controversias que siendo parecidas a las que ya se conocían por el Convenio de Washington no reunían las mismas condiciones de acceso.

único) para crear una vía alterna al Convenio de Washington cuyos requisitos de acceso fueran notablemente más flexibles. Lo anterior no está reñido con las afirmaciones de Broches cuando señala la necesidad de crearlo para dar respuesta a las numerosas solicitudes tanto de particulares como de instancias gubernamentales, que solicitaban que los servicios del Secretariado estuvieran disponibles y fueran accesibles para procedimientos entre un Estado y un nacional de otro Estado, cuando alguno de los Estados implicados (el directamente por la recepción de capital o el indirectamente implicado por su nacional) se ubican en el estado de Tercer Estado.¹⁵⁰ Lo que es un hecho es que el echar a andar este mecanismo de solución de controversias no fue fácil y los casos caían con cuentagotas.

El primer caso registrado por el mecanismo complementario se cifra en 1997, concretamente Metalclad Corporation contra México (ICSID Case N° (AF)/97/1). Quizá fue una vía para alentar que representó una relación prueba - error. Para nosotros el éxito del mecanismo complementario en el contexto mexicano radica en dos factores: el primero en el hecho de que todos los BIT, los TLC así como el TLCAN, prevean esta vía como una opción viable para la solución de las controversias. Segundo, el hecho de que México haya mostrado su recelo a la ratificación del Convenio de Washington. Lo anterior sin ignorar que su importancia se elevará exponencialmente en función de los contratos que como cláusula de resolución de controversias prevea el mecanismo complementario como la opción a elegir cuando el eventual incumplimiento del contrato se convierta en una realidad.

Dos son los puntos en los que ahora debemos situar las divergencias relevantes existentes entre el acceso al CIADI por la vía del Convenio de Washington o por la vía del mecanismo complementario. Si bien hemos señalado con anterioridad que una de las grandes diferencias radicaba en los tres requisitos de accesibilidad de la disputa por una vía y por la otra, es hora de abordar los otros dos puntos divergentes que encontramos: el recurso de anulación y el reconocimiento y ejecución de los pronunciamientos arbitrales. El origen de estas diferencias debe ser que el procedimiento arbitral conforme al mecanismo complementario no está regido o administrado por las disposiciones del Convenio de Washington como tampoco por su Reglamento Administrativo y Financiero ni por sus Reglas de Iniciación, Arbitraje y Conciliación. De esta forma el mecanismo complementario cuenta con propio reglamento.

¹⁵⁰ Broches, A., “The Additional Facility” of the International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID)”, *Yearbook Commercial Arbitration*, vol. IV, 1979, pp. 374.

Es preciso partir de las afirmaciones de Toriello cuando afirma que:

El laudo dictado por Tribunales establecidos y operando de acuerdo con las provisiones del mecanismo complementario poco tienen en común con el “típico” laudo arbitral del CIADI hecho de acuerdo con las reglas del Convenio: el último está dotado de un *status* y de efectos de los cuales el primero carece por completo.¹⁵¹

A. Respecto a su política convencional en materia comercial

A) TLCAN; B) BIT, y C) Tratados de Libre Comercio

La incoherencia jurídica existente en la actualidad en México está entre la oferta y la realidad convencional; por un lado se oferta la vía de arreglo que representa el sistema arbitral por vía del Convenio de Washington y por otro la realidad de no tener ratificado este instrumento convencional. Una oferta que no se realiza por descuido en un único instrumento sino que aparece de forma reiterada en todos los BIT y TLC mexicanos.

B. Respecto al impacto social

Como una conclusión al sector azucarero podemos ver que el impacto social se centra en el hecho de que México es el segundo consumidor mundial de bebidas carbonatadas con 15 mil millones de litros o 150 litros por personas y da empleo a 700 000 trabajadores (directos e indirectos). Es por ello que la manera de endulzar las bebidas se ha convertido en un sector económico importante. Lo anterior aunado a que el precio unitario del jarabe es inferior, que la producción líquida hace que se distribuya a granel, que cuenta con un menor costo de producción, que cuenta con una mayor calidad en su consistencia, que tiene el mismo contenido calórico que el azúcar y que es más fácil de almacenar y distribuir hace que se convierta en un serio competidor para el azúcar, un sector que había estado bajo un estrecho control gubernamental y que había contado con un importante apoyo político.

Como una conclusión al sector de los desechos peligrosos y aguas podemos ver que normalmente afecta a un grupo de población considerable (2 millones de personas y 21 800 establecimientos con una producción de 900

¹⁵¹ Toriello, Pierluigi, “The Additional Facility of the International Centre for Settlement of Investment Disputes”, *The Italian Yearbook of International Law*, 1978-1979, p. 82

toneladas diarias de residuos comerciales e industriales en el caso Robert Azinian; 800 personas en un área de 10 km de un confinamiento en el caso Metalclad; 9000 domicilios residenciales y comerciales en el caso Waste management y un confinamiento a 8 kms del centro urbano de Hermosillo en el caso Técnicas Medioambientales). Lo anterior repercute en movilizaciones de distinto tipo: *a*) por parte de la población que no se fia de las medidas de seguridad adoptadas para el vertedero o confinamiento, y *b*) por parte del grupo de trabajadores que toda su vida han tenido la recolección de basura en la zona otorgada por una concesión con carácter de exclusividad.