

## LAS INVERSIONES EN EL TLCAN: DIEZ AÑOS DE EXPERIENCIA

Rodolfo CRUZ MIRAMONTES\*

SUMARIO: I. *Dedicatoria*. II. *Explicación introductoria*. III. *El capítulo XI del TLCAN y las secciones que lo componen*.

### I. DEDICATORIA

Tuve ocasión de conocerla siendo aún estudiante, al acudir al despacho de su padre el gran jurista Óscar Morineau, quien fuera mi maestro en las aulas universitarias y mi jefe en sus oficinas al trabajar con él como pasante.

Su hija heredó su amor a la ciencia del derecho y la dedicación a su estudio que la llevaron a ser una jurista conocida y respetada en el medio universitario y sobre todo por sus colegas estudiosos de la historia del derecho y del derecho romano, lo que provocó que obtuviera una membresía merecida en el Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano.

Sus méritos académicos y sus cualidades personales redondearon una presencia respetable en la cátedra que fue consolidándose con la experien-

\* Profesor de Derecho del Comercio Internacional en la Universidad Iberoamericana y en la Universidad Panamericana. Coordinador del sector privado en las negociaciones comerciales internacionales de México.

En el presente trabajo utilicé, adicionalmente a la bibliografía citada, las aportaciones de varios estudiantes de mis cursos de arbitraje en la Escuela Libre de Derecho conjuntamente con la CCI y en la cátedra de la Universidad Iberoamericana, por lo que agradezco las aportaciones que hicieron los abogados Anne Marie Mürle Rojas, Paola Sánchez Hernández, Veronique Ramón de Dechelette, Jesús Paredes Carrillo y la estudiante María Vianney Amescua Salazar.

cia y moldeándose en el gran espíritu humanista, matizada asimismo por su afición a la buena música. Con gran afecto acompañó, también en esta ocasión, a Marta.

## II. EXPLICACIÓN INTRODUCTORIA

El tema de las inversiones fue uno de los más relevantes si no el que más del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN).

La causa que lo explica es el hecho de la necesidad que tenía México de encontrar salidas a los problemas económicos que padecía a fines de los años 80 y la cuantiosa y creciente deuda externa que afrontaba. La necesidad de generar empleos y de atender la demanda de servicios era urgente y entre las soluciones planteadas estaba la de buscar una forma de integración con nuestros vecinos del norte que nos permitiese salir adelante.

A principios de los años 90 se comenzó a explorar esta posibilidad que no fue bien vista por un gran sector de la población, dada la experiencia histórica de nuestras relaciones bilaterales.

Para algunos, estimamos que podría analizarse alguna forma de cooperación sectorial bilateral, sin tener que acogerse a las formas previstas en el artículo XXIV del GATT, concretamente las Uniones Aduaneras y las Zonas de Libre Comercio por resultar más complejas que algún sistema simplemente preferencial,<sup>1</sup> tales podían ser entre otros los acuerdos sectoriales.

¿Por qué no utilizar los mecanismos de preferencias específicas para aquellos productos competitivos y prepararnos en los demás para así gradualmente, conformar un programa total, nacional que funcionase a mediano y largo plazo hasta lograr una plataforma industrial con capacidad suficiente para interactuar, con éxito, en los acuerdos regionales de comercio?

La opción que se tomó nos llevó a crear un acuerdo de gran envergadura y ambición que rebasa los lineamientos propios de un simple tratado comercial para establecer una Zona de Libre Comercio.

Se comprenden varios temas inusuales como pueden ser los de propiedad intelectual, los servicios financieros, las telecomunicaciones, los monopolios y empresas de Estado y las inversiones.

<sup>1</sup> Cruz Miramontes, Rodolfo, "Las negociaciones comerciales con Estados Unidos y la posibilidad de establecer algún mecanismo integracionista", *El Foro*, México, Órgano de la Barra Mexicana Colegio de Abogados, 1990.

Este último tema presentaba y lo sigue haciendo, múltiples aristas. La demanda de inversiones a nivel mundial se agudizó a partir de 1985.

La conjunción de varios y serios factores como el resurgimiento de los países otrora enemigos de los de los auto llamados “Aliados”, el éxito de los países incorporados al movimiento de la nueva industrialización, la apertura económica de países ex comunistas de la Europa central al desintegrarse la Unión Soviética, la recesión que se presentó en diversos países y con ello la disminución de capitales entre otros, provocó una verdadera competencia por capitales externos.

El hecho de que se presenta una tendencia a considerar al capital extranjero como un instrumento de desarrollo ante la disminución de los fondos internacionales de apoyo a los países emergente hace que ya no se vea a dicho capital como instrumento de opresión.

De ahí que uno de los principales acicates que se tuvieron para negociar el TLCAN fue atraer inversiones directas, productivas, y no las llamadas “inversiones golondrinas”, pues lo que interesaba era tener fuentes que creasen empleos, servicios, y todo lo demás que acarrea. Al menos eso fue lo que se buscó.

Para lograr lo anterior fue necesario cambiar el sistema tradicional en el trato a las inversiones y a los inversionistas, abriendo la economía del país y otorgando facilidades hasta entonces impensadas, que resultasen atractivas. Los negociadores en la materia dentro del TLCAN consideraron algunas excepciones, por ejemplo aquellas medidas “prudenciales” en el asunto de las inversiones en servicios financieros, o en terrenos que se consideraban de seguridad nacional (artículo 2102) y otras más.<sup>2</sup>

Con esta breve explicación introductoria pasaremos ahora a ocuparnos del capítulo XI por ser el que regula el tema de las inversiones.

### III. EL CAPÍTULO XI DEL TLCAN Y LAS SECCIONES QUE LO COMPONEN

Este capítulo se integra por tres secciones que contienen tanto las reglas de carácter general como las normas que regulan el mecanismo especial diseñado para ocuparse de las controversias que puedan aparecer entre una

<sup>2</sup> Levin, Richard C. y Erickson Marin, Susan, “NAFTA Chapter 11, Investment and Investment Disputes”, *Law and Business Review of the Americas*, verano de 1996, pp. 3 y 4.

Parte<sup>3</sup> y un inversionista de la otra; también como por una tercera Sección que contiene las Definiciones.

### 1. Sección A: Principios y directrices que se establecen

El gran cambio al sistema hasta entonces seguido que reflejaba una visión de Estado tradicional, fuertemente nacionalista, con exigencias diversas al capital extranjero, aparece en esta primera Sección.

Se establecen compromisos que para Estados Unidos y Canadá no eran ajenos, al menos en gran parte, pero sí extraños para México.

En los primeros artículos del mismo se consignan diversos derechos de los inversionistas y de las inversiones y por ende de las obligaciones de los Estados, a establecerlos e implementarlos.

Sintéticamente diremos, en forma de enunciado, cuáles son:

1. Trato nacional (artículo 1102).
2. Trato de nación más favorecida (artículo 1103).
3. Nivel de trato: “el mejor de los tratos” (artículo 1104).
4. Nivel mínimo de trato, acorde con:
  - a) El derecho internacional.
  - b) Trato justo y equitativo.
  - c) Protección y seguridad plenas (artículo 1105).
5. No se impondrán requisitos de desempeño.
6. Las transferencias relacionadas con una inversión, se harán libremente y sin demora (artículo 1106).
7. No se harán expropiaciones ni nacionalizaciones y tampoco se tomarán medidas equivalentes salvo por causas de utilidad pública y mediante indemnización que se pagará en moneda del Grupo de los Siete (artículo 1110).

La consagración de estos principios llamó la atención de los especialistas, y no falta quien estime que en cierta forma estableció un modelo a seguir ya que según como afirma de manera contundente el abogado norteamericano Matthew W. Barrier, “...*the NAFTA went beyond the WTO in*

<sup>3</sup> Dentro del TLCAN el término “Parte”, con mayúscula, se refiere a un Estado contratante, mientras que el término “parte”, con minúscula, se refiere a un particular.

*breaking new ground in several areas of protecting transnational investment within region*".<sup>4</sup>

Esto lleva tanto al dicho autor como a otros más, a ver con gran simpatía a los acuerdos comerciales internacionales, incluso con mayor agrado que los sistemas multilaterales existentes, tanto como el llamado MIGA por sus siglas en inglés o el creado por el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (Banco Mundial) el 11 de octubre de 1985.

Considero que los artículos referentes al nivel de trato (artículo 1104) y el que le sigue, insisten en forma por demás inusual, en el tema y esto ha sido un semillero de grandes interrogantes.

Siempre he considerado que aquellos preceptos o artículos que contienen calificaciones y excitativas no precisadas acaban aplicándose en beneficio solamente del más fuerte. Es fácil entender lo anterior si tratamos de encontrar la respuesta a la recomendación que aparece de darle "...el mejor de los tratos requeridos por los artículos 1102 y 1103" que se refieren respectivamente al Trato Nacional y al concepto de la Nación Más Favorecida.

Peor aún resulta el artículo 1105, cuyos primeros párrafos obligan a que las Partes otorguen a los inversionistas y a las inversiones un "...trato acorde con el derecho internacional, incluido trato justo y equitativo así como protección y seguridad plenas". La redacción tan vasta de estos artículos tal pareciera que obedece a un propósito de establecer un campo de acción que permita maniobrar a satisfacción de los intereses en juego.

Comprenderemos mejor lo anterior si buscamos el significado de los términos de trato acorde con el derecho internacional, o el mejor de los tratos, o aún más, si intentamos conocer qué deberemos entender por trato justo y equitativo.

Los negociadores de los tres países, como suele suceder en este tipo de acuerdos comerciales internacionales, son muy capaces, mas no son abogados y menos juristas, ya que de serlo, nunca hubieran concebido dichas obligaciones en los términos en que fueron redactadas.

Tan cierta es nuestra apreciación que hubo necesidad de que la Comisión de Libre Comercio establecida conforme al artículo 2001.1 del TLCAN, ejerciera su facultad de interpretación del texto del mismo como lo previe-

<sup>4</sup> Barrier, Matthew W., "Regionalization: The Choice of a New Millenium", *Currents*, South Texas College of Law, vol. IX, núm. 2, 2000, p. 29.

ne el artículo 1131.2 y se pronunciara sobre el tema anteriormente comentado y otro más.<sup>5</sup>

Este segundo tema es el relativo al manejo confidencial de la información y documentos que las partes en conflicto hayan aportado al Tribunal Arbitral.

El 31 de julio de 2001 la Comisión de Libre Comercio del TLCAN emitió en la ciudad de Washington, D. C. unas *Notas interpretativas de ciertas disposiciones del capítulo XI* para aclarar y confirmar el significado de algunos de sus artículos. Conocer su contenido es importante para entender el desarrollo de los procedimientos a partir de su fecha de emisión.

El documento firmado por los señores Robert B. Zoellick (United States Trade Representative), Luis Ernesto Derbez Bautista (Secretaría de Economía de México) y Pierre S. Pettigrew (Minister for International Trade del Canadá) se refiere a dos temas en particular que son: A) el Acceso a Documentos y B) el Nivel Mínimo de Trato conforme al derecho internacional.

#### A. Acceso a documentos

Se establecen los siguientes puntos:

1. Nada en el TLCAN impone un deber general de confidencialidad a las partes en la disputa en un arbitraje del capítulo XI y sujeto a la aplicación del artículo 1137 (4), y tampoco impide a las Partes proveer acceso público a los documentos presentados o emitidos ante o por un tribunal arbitral del capítulo XI.

2. Nada en las Reglas de Procedimiento aplicables conforme al artículo 1120 (2) impone un deber de confidencialidad a las Partes para proveer acceso público a los documentos presentados o emitidos ante o por un tribunal arbitral del capítulo XI.

En virtud de lo anterior, las Partes se comprometen a poner a disposición del público en el menor tiempo posible, todos los documentos presentados ante o emitidos por un tribunal arbitral del capítulo XI, sujetos a las limitaciones de divulgación derivadas de la información confidencial de

<sup>5</sup> El texto de la declaración se puede consultar en Cruz Barney, Óscar, "Protección al medio ambiente y solución de controversias en materia de inversiones en el TLCAN", *Revista de Derecho Privado*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, núm. 16, enero-abril de 2003.

negocios, información privilegiada u otra información que la Parte deba retener conforme a las reglas de procedimientos aplicables.

Asimismo, las Partes señalan que la información confidencial o privilegiada podrá compartirse con aquellas personas directamente relacionadas con el caso en disputa para la presentación del mismo o bien con los funcionarios públicos correspondientes, asegurando siempre el mantenimiento de dicha información como confidencial o privilegiada.

Se deja claro que estas notas interpretativas no obligan a las Partes a divulgar información que afecte a la seguridad nacional o impida el cumplimiento de las leyes conforme a los artículos 2102 y 2105.

### *B. Nivel mínimo de trato conforme al derecho internacional*

Las Partes confirmaron que el artículo 1105(1) establece el nivel mínimo de trato para los extranjeros conforme al derecho internacional, como el que debe otorgarse a las inversiones de inversionistas de una de las Partes. En este sentido conceptos como “trato justo y equitativo” y “protección y seguridad totales” no exigen de un trato adicional o más allá de lo establecido por el derecho internacional como nivel mínimo de trato para un extranjero.

Finalmente, las Partes hacen una declaración que debe tomarse en cuenta en los procedimientos subsecuentes, consistente en que la determinación de que hubo una violación a alguna disposición del TLCAN o de otro tratado internacional, no constituye por sí misma una violación al artículo 1105 (1).

Para comprender mejor las disposiciones de esta Sección será necesario tomar en consideración lo establecido en los Anexos que forman parte del capítulo XI y que se refieren a las medidas discriminatorias que aparezcan al momento de la entrada en vigor del Tratado; o bien a las excepciones de aquellas actividades económicas que no se planteó quedaran abiertas a la inversión, incluyendo limitaciones a la aplicación del principio de Nación Más Favorecida.

Conociendo los antecedentes y las consideraciones que formulamos sobre la necesidad que tenía México de recibir la inversión directa y la conveniencia de sus contrapartes para aterrizar este tipo de inversiones, entendemos por qué se les otorgó tantas facilidades.

Así también nos atrevemos a sostener que el mecanismo de solución de controversias especialmente diseñado para conocer las que surgiesen en la

aplicación de este capítulo, parten de esta situación y realidad en que se encontraba México al inicio de los noventa.

## 2. Sección B: Mecanismos de solución de controversias y su aplicación

Sin entrar en mayores detalles sobre cada uno de los preceptos que regulan al mecanismo, nos detendremos en aquellos artículos que son básicos, siguiendo muy de cerca por razones prácticas, el capítulo correspondiente de un estudio elaborado por los profesores Óscar Cruz Barney y Miguel Rábago Dorbecker.<sup>6</sup>

El artículo 1116 establece que el inversionista de un Estado parte, podrá someter al arbitraje una reclamación en el sentido de que otro Estado parte ha violado una obligación relativa a:

1. La Sección A del capítulo XI relativa al concepto de inversión, trato nacional, nivel de trato, requisitos de desempeño, transferencias, expropiación e indemnización, apertura sectorial, altos ejecutivos y consejos de administración, y denegación de beneficios.<sup>7</sup>
2. El artículo 1503(2) relativo a la obligación de los Estados parte de que las empresas de Estado actúen en conformidad con los capítulos XI y XIV del Tratado.
3. El párrafo 3(a) del artículo 1502 relativo a monopolios y empresas de Estado, cuando el monopolio ha actuado de manera incompatible con las obligaciones de la parte de conformidad con la Sección A del capítulo XI.
4. Que el inversionista haya sufrido pérdidas o daños en virtud de la violación o a consecuencia de ella.

Cabe destacar que el inversionista pierde su derecho a presentar una reclamación si han transcurrido más de tres años a partir de la fecha en la cual tuvo conocimiento por primera vez o debió haber tenido conocimiento de la presunta violación, así como conocimiento de que sufrió pérdidas o daños.

<sup>6</sup> Cruz Barney, Óscar y Rábago Dorbecker, Miguel, “Protección al medio ambiente y a la inversión extranjera en el TLCAN: ¿objetivos contradictorios? Una mirada desde la práctica arbitral”, *Derecho y comercio internacional, temas y actualidades. Solución de controversias*, Argentina, Zavalía, 2004.

<sup>7</sup> TLCAN, artículos 1101 a 1114.



De acuerdo con el artículo 1120 del Tratado, para que un inversionista pueda someter una reclamación al arbitraje, deben haber transcurrido seis meses desde que tuvieron lugar los actos que la motivaron.<sup>8</sup>

El arbitraje del capítulo XI del TLCAN se puede llevar a cabo conforme a alguno de los siguientes reglamentos de arbitraje:

1. El Convenio del Centro Internacional para el Arreglo de las Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI),<sup>9</sup> siempre y cuando tanto la parte contendiente como la parte del inversionista hayan suscrito dicho Convenio.
2. Las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI, cuando la parte contendiente o la parte del inversionista, pero no ambas, sean parte del CIADI.<sup>10</sup>
3. Las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI o UNCITRAL.

Como señala Claus von Wobeser, a la fecha sólo Estados Unidos es parte del CIADI, no siéndolo ni México ni Canadá. “Por tanto, mientras Canadá y México no se adhieran a ese Convenio, los arbitrajes del capítulo XI del TLCAN se manejarán siempre por las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI o por las de UNCITRAL. En cambio se regularán por el Mecanismo Complementario cuando el inversionista sea de Estados

<sup>8</sup> México hizo una importante reserva a este artículo al señalar que no se le podrá demandar invocando violaciones al TLCAN tanto en un procedimiento arbitral conforme al capítulo XI como en un tribunal judicial o administrativo mexicano, siendo jurisdicciones excluyentes entre sí. Véase Anexo 1120.1 Se ha mencionado a este lapso de seis meses como un “periodo de enfriamiento”. Véase Rábago Dorbecker, Miguel, “La interpretación del capítulo XI del TLCAN: la práctica por parte de los tribunales arbitrales en los que ha participado México”, en *The University Journal* (sic), México, Escuela de Derecho, Universidad Anáhuac del Sur, vol. II, núm. 1, primavera, 2002, p. 195.

<sup>9</sup> Sobre el CIADI véase Vives Chillida, Julio A., *El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)*, Madrid, McGraw-Hill, 1998, y Rodríguez Jiménez, Sonia, “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*, México, núm. 34, 2004.

<sup>10</sup> El arbitraje del CIADI es de naturaleza mixta al presentarse entre Estados soberanos por un lado y entes particulares o privados por el otro. Véase González de Cossío, Francisco, “México ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones”, *Pauta*, México, Boletín informativo del capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio, núm. 32, 2001, p. 38.

Unidos o el demandado sea este país y por las Reglas de UNCITRAL en todos los demás casos. Por tanto los conflictos entre inversionistas canadienses y México o entre inversionistas mexicanos y Canadá se regularán por las Reglas de UNCITRAL”.<sup>11</sup>

Cada uno de los Estados Parte consintió en someter reclamaciones al arbitraje con apego a los procedimientos establecidos en el TLCAN. El consentimiento y el sometimiento de una reclamación al arbitraje por parte de un inversionista contendiente, deberá hacerse por escrito y cumplir con los requisitos establecidos en el capítulo II del CIADI y las Reglas del Mecanismo Complementario; el artículo II de la Convención de Nueva York o el artículo I de la Convención Interamericana que requiere un acuerdo.<sup>12</sup>

El Tribunal Arbitral se integrará por tres árbitros, cada parte contendiente podrá nombrar uno y el tercero, presidente del Tribunal, será designado por las partes.

En caso de que una de las partes no designen al árbitro que les corresponde o cuando las partes contendientes no se pongan de acuerdo en el nombramiento del presidente, corresponde al Secretario General del CIADI hacerlo.<sup>13</sup>

Salvo que las partes acuerden otra cosa, el procedimiento arbitral se llevara a cabo en el territorio de un Estado que haya firmado la Convención de Nueva York, determinado de conformidad con las reglas que rijan el arbitraje en particular.<sup>14</sup> Esto se contempló con la intención de evitar que el procedimiento se desahogase en jurisdicciones ajenas a la región.

En cuanto al derecho aplicable a la controversia, el tribunal arbitral decidirá la misma de acuerdo con el texto del TLCAN y con las disposiciones aplicables del derecho internacional.

En lo que se refiere al laudo arbitral, será obligatorio y podrá considerar el pago de daños pecuniarios más los intereses correspondientes, inclusive

<sup>11</sup> Von Wobeser, Claus, “Arbitraje entre Estados e inversionistas de acuerdo al TLCAN y a los APPRIS suscritos por México”, *El Foro*, Órgano de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, México, undécima época, t. XII, núm. 2, 1999, p. 25. Sobre este capítulo véase también a Pérez Miranda, Rafael, “La protección de la inversión extranjera y la solución de controversias en la materia”, *Alegatos*, México, Universidad Autónoma Metropolitana, núm. 32, enero-abril de 1996.

<sup>12</sup> TLCAN, artículo 1122.

<sup>13</sup> Von Wobeser, Claus, *op. cit.*, nota 12, p. 26. TLCAN, artículo 1124. En este sentido se salva el escollo presente en los mecanismos de los capítulos XIX y XX relativos a la falta de nombramiento de los panelistas o árbitros.

<sup>14</sup> TLCAN, artículo 1130.

en el caso de la restitución de la propiedad, quedando vedada la posibilidad de condenar al pago de intereses punitivos.<sup>15</sup>

El capítulo XI del TLCAN constituye así un novedoso instrumento de solución de controversias, con plena vigencia práctica, que se refleja en casos importantes como el “Caso Azinian”<sup>16</sup> cuyo laudo se dictó el primero de noviembre de 1999, favorable a México.<sup>17</sup>

Este mecanismo no deja de ser inequitativo y discriminatorio en perjuicio de los inversionistas nacionales quienes no podrán acudir a los tribunales en cuestión si el problema posible lo causa una decisión de autoridad interna. Durante las negociaciones del TLCAN manifesté públicamente el rechazo a tal tratamiento en el caso mexicano, por la posible afectación de la Cláusula Calvo<sup>18</sup> (publicada en el periódico *El Nacional* de 3 de junio de 1992). Algunos estudiosos en la materia lo explican como una medida más política que jurídica ya que el TLCAN “...significa en sí mismo, un paso demasiado audaz en la posición tradicional de México”.<sup>19</sup>

Esta preocupación que hicimos pública el momento de la negociación del TLC, tiene sus raíces en amargas experiencias históricas sufridas por varios países hispanoamericanos frente a los inversión privada extranjera particularmente norteamericana, en donde el inversionista no sólo es una empresa fuerte si no además se encuentra apoyada por el poder de los estados de los que son nacionales.

<sup>15</sup> Siqueiros, José Luis, “Una visión panorámica de los mecanismos de arbitraje entre estados e inversionistas”, *De Legibus*, Revista de The Harvard Law School Association, México, año I, núm 1, 2002, pp. 103 y 104.

<sup>16</sup> Caso núm. ARB (AF)/97/2 de 24 de marzo de 1997, entre *Robert Azinian y otros vs. los Estados Unidos Mexicanos*.

<sup>17</sup> Sobre este caso véase los trabajos de Estavillo Castro, Fernando, “Azinian vs. México: first final award rendered under chapter eleven of NAFTA”, *News and Notes from The Institute for Transnational Arbitration*, EUA, Southern Methodist University School of Law, vol. 14, núm. 1, 2000 y “Solución de controversias en materia de inversión, conforme al capítulo XI del Tratado de Libre Comercio de América del Norte”, *Pauta*, México, Boletín informativo del Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio, año 99, núm. 29, 2000.

<sup>18</sup> Dicha cláusula se deriva de la “Doctrina Calvo” establecida por el jurista Calvo Calvo y está plasmada en el artículo 27.1 de nuestra Constitución, la que exige el agotamiento de los recursos legales internos antes de acudir a la protección de su gobierno.

<sup>19</sup> Pereznieta Castro, Leonel, “Algunos aspectos del sistema de solución de controversias en el tratado norteamericano de libre comercio”, *Jurídica, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, México, UIA, núm. 23, 1994.

Este temor legítimo entre el inversionista poderoso y prepotente frente al requirente necesitado de crear fuentes de trabajo ha dado pie a formulaciones de un *corpus iuris* que algunos llaman “derecho interno nacional de las inversiones extranjeras”. Si bien es cierto que aún no se consolida como un estatuto formado, sí constituye una muestra de la preocupación que existe por armonizar a todas las inquietudes legítimas presentes en este campo del desarrollo mundial.

Antes de pasar a comentar algunos de los casos de aplicación del mecanismo de referencia, y los resultados obtenidos, considero de utilidad formular algunas observaciones sobre aquellos preceptos que particularmente nos han llamado la atención.

1. El artículo 1115 se titula “Objetivo” y expresa que la Sección B establece un mecanismo para la solución de controversias en materia de inversión que asegura tanto trato igual entre inversionistas de acuerdo con el principio de reciprocidad internacional como debido proceso legal ante un tribunal imparcial.

Este precepto que cito casi en forma textual se queda corto en su título, ya que no solamente pretende dar nacimiento al mecanismo de solución de controversias, sino anuncia los principios sobre los cuales descansará el mismo, lo que reviste gran importancia.

Sin embargo, contiene una declaración que no es exacta al aludir al “principio de reciprocidad internacional”.

En efecto esto no pasa de ser un buen deseo, pues se excluye de dicho mecanismo a los inversionistas nacionales de las Partes, quienes solamente dispondrán de los recursos legales internos mas no el propio a las inversiones. En cambio el extranjero tendrá dos opciones: los recursos nacionales y el sistema de la Sección B al que nos venimos refiriendo.

2. Para iniciar la acción a que se refiere esta Sección B se deberán satisfacer los requisitos y encontrarse en algunas de las hipótesis que diversos preceptos establecen a los que ya hemos aludido y que son los siguientes:

2.1 Que se estime la existencia de una violación a los compromisos establecidos en:

- a. La Sección A.
- b. Al artículo 1503.2.
- c. Al 1502.3.

2.2 Que el inversionista en cualquiera de los casos consignados, haya sufrido pérdidas o daños “en virtud de la violación o a consecuencia de ella”.

Lo anterior nos lleva a considerar que necesariamente deberá existir un nexo de causalidad entre los efectos económicos negativos señalados y la violación legal, por lo que, pese a no establecerse de manera expresa es indudable que habrá que acreditarlo.

2.3 Entre los requisitos procesales que se establecen, existen dos relativos a los términos para que se pueda ejercer la acción de reclamación, consistentes en que sólo podrá interponerse hasta que transcurran seis meses de que sucedieron los actos que originaron la supuesta violación, lo que viene a constituir propiamente una condición suspensiva (artículo 1120.1). O bien que dicha reclamación se presente dentro de los tres años posteriores a la existencia de la presunta violación pues de no hacerlo precluirá el derecho a plantearla (artículo 1116.2).

2.4 Existe otro requisito que plantea el artículo 1121 párrafos 1 y 2 consistente en que el reclamante deberá renunciar a su derecho a iniciar o continuar cualquier procedimiento ante un tribunal administrativo o judicial conforme al derecho de cualquiera de las Partes, u otros procedimientos de solución de controversias respecto a la medida presuntamente violatoria de las disposiciones a las que se refieren los artículos 1116 y 1117 en su caso.

Dicha renuncia deberá manifestarse por escrito y entregarse un ejemplar a la parte contendiente y al escrito de sometimiento de la reclamación al arbitraje.

Dicha obligación de renuncia fue objeto de una consideración especial en el caso de la demanda entablada por Waste Management el día 29 de septiembre de 1998, pues el texto de la misma contenía algunas expresiones que condicionaban dicha renuncia.

Por estimar útil su conocimiento transcribiremos a continuación algunos párrafos del Laudo Arbitral que consideramos interesantes:

b. La renuncia exigida por el artículo 1121 del TLCAN.

(i) Concepto y alcance de la renuncia.

18 La exigencia de una renuncia en cualquier contexto implica una dejación voluntaria de derechos en cuanto que, en términos generales, este acto

produce una sustancial modificación en la situación jurídica preexistente: la pérdida o extinción del derecho.

En todo caso, cualquier renuncia debe ser clara, explícita y terminante, sin que sea lícito deducirla de expresiones de dudoso significado.

20. Cualquier renuncia, y por lo tanto, también la que está siendo objeto de debate, implica un acto formal y material por parte del que la presenta.

A tenor de lo hasta ahora expuesto, es claro que la renuncia exigida en virtud del artículo 1121 del TLCAN, requiere una manifestación de voluntad por parte de quien la emite en cuanto a la renuncia a iniciar o continuar cualesquiera procedimientos ante otros foros respecto a la medida presuntamente violatoria de las disposiciones a las que se refiere el TLCAN.

2.5 En cuanto al artículo 1122 que contiene las diversas formas de manifestar el consentimiento al arbitraje, se establecen tres opciones, que son las siguientes:

- A. El sistema establecido en el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI).
- B. El mecanismo complementario para la administración de procedimientos de conciliación, arbitraje y comprobación de hechos (MC).
- C. Las reglas de arbitraje de la UNCITRAL.

El CIADI es el Convenio de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones llamado también: “Convenio de Washington” creado en el seno del Banco Mundial. (Se firmó el 18 de marzo de 1965 y en 2001 existían 148 Estados firmantes y 134 ratificantes y las normas arbitrales datan de septiembre de 1984).

El Centro estimó pertinente flexibilizar las normas de competencia para atraer más usuarios y el 27 de septiembre de 1978 se firmó el Mecanismo Complementario al que nos hemos referido. Para utilizarlo basta que sólo una de las partes en el litigio sea miembro del CIADI.

En cuanto a las convenciones que incluye el comentado artículo 1122, párrafo 2.b, de Nueva York es la Convención Sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de la ONU (10 de junio de 1958). Dicho precepto exige que el acuerdo sea por escrito.

La otra Convención a la que se refiere dicho precepto en el inciso C), es la interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, de Panamá firmada el 30 de enero de 1975.

Habida cuenta de que la manifestación de sometimiento al arbitraje a que se refiere el mencionado artículo 1122 deberá expresarse por escrito y que en dichos acuerdos o convenciones así se establece, consideramos ocioso que se haga dicha remisión cuando hubiera sido mas que suficiente simplemente decirlo así.

Adicionalmente se induce un posible error pues tal parecería que se invita a los interesados a utilizar cualquiera de los sistemas arbitrales, cuando no es así.

3. Podemos formular algunas observaciones y comentarios sobre otros artículos que exigen no solamente un análisis en detalle sino conocer las razones por las que se establecieron. Entre ellos, mencionaremos los siguientes:

3.1 El artículo 1126.1 se refiere a la acumulación de procedimientos.

Dicho precepto considera la existencia de dos diversos tribunales arbitrales: uno creado conforme al artículo 1120 y el otro establecido conforme a las reglas de la UNCITRAL, o sea que podríamos identificarlo como el “Tribunal 1126”.

Las hipótesis que se manejan para explicar la procedencia eventual de estos tribunales son confusas y la lectura del precepto es compleja, desarrollado en trece párrafos que comprenden tanto normas procedimentales como de fondo.

Es evidente que se hace necesario un estudio analítico que permita tener una mayor precisión sobre su procedencia.

3.2 El artículo 1131 que se refiere al derecho aplicable, establece en dos párrafos, elementos de gran importancia para el buen funcionamiento del mecanismo arbitral que venimos comentando.

El primer párrafo le indica al Tribunal cual será el derecho aplicable al fondo que son tanto las existentes en el TLCAN como “las reglas aplicables del derecho internacional”.

Habiendo ya criticado la imprecisión por la generalidad de esta remisión, debemos consignar que algunos autores o analistas estiman que la respuesta a la interrogante de qué debemos entender por dichas reglas, está en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia por ser tradicionalmente considerado como la fuente de las normas del derecho internacional público.

En cuanto al segundo párrafo obliga al tribunal a tener como obligatoria la interpretación que eventualmente formule la Comisión de Libre Comercio.

La pertinencia de dicha observancia obligatoria, no merece mayores comentarios.

3.3 El artículo 1136 de extensión también amplia, que se refiere a algunos pormenores sobre la definitividad y la ejecución del laudo, encierra algunos puntos de gran interés.

Así, consignemos, por ejemplo, el contenido de los párrafos a) y b) del epígrafe 3 que previenen sendos términos posteriores a la fecha en que se pronuncie el laudo para permitir la interposición de recursos que lleven a revisarlo, desecharlo o anularlo, según hayan sido tramitados conforme a las reglas del CIADI o de la UNCITRAL, siendo respectivamente de 120 días y de tres meses.

3.4 Se ha mencionado líneas arriba, que los laudos son susceptibles de recursos de nulidad o de revisión, pero no se previene ningún procedimiento para sustanciarlo.

Ante tal laguna legal, algunos estudiosos invocan como normas supletorias que la llenen, a los procedimientos locales en donde se dictó laudo.

3.5 Otro tema por demás interesante es el relativo al *incumplimiento de un laudo* definitivo.

Si tal cosa sucediere habría que aplicar el contenido del párrafo 5 del artículo 1136 comentado y en este caso, se podrá acudir al procedimiento arbitral contemplado en el artículo 2008 del TLCAN.

Hasta ahora según es de nuestro conocimiento, no se han dado casos de aplicación de los párrafos anteriores.

En cuanto al número de casos planteados conforme al capítulo XI, Sección B, tenemos entendido que, hasta mediados de 2003, se habían presentado 24 casos. Las causas jurídicas han sido obviamente, acciones de gobierno tomadas por autoridades tanto federales, como locales o aun municipales y han estado envueltas grandes sumas de dinero.

Los resultados a veces han sido favorables a las autoridades, otras a los particulares y en otras se han propiciado arreglos inter-partes.

A lo largo de estos diez años de operación del TLCAN y de los numerosos casos de conflictos emanados del capítulo XI, se pueden derivar algunas enseñanzas.

Hemos criticado en más de una ocasión, la secrecía con que el gobierno mexicano ha manejado los documentos presentados en los casos en que se



ha visto envuelto por quejas y demandas, en contra de actos de autoridades nacionales, por lo que no es fácil analizar lo dicho en los paneles o tribunales arbitrales, habiendo tenido en consecuencia que acudir a estudios analíticos elaborados en Estados Unidos y en Canadá para conocerlos en lo posible.

Ciertamente que tampoco se podrá en su totalidad, pues dado que los mecanismos utilizables conforme al TLCAN son emanados o del Banco Mundial (la CIADI, las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI) o bien de la ONU (Reglas de Arbitraje de la UNCITRAL), existe también cierta confidencialidad y cerrazón en difundir la información existente.

En septiembre de 2001 se dio a conocer públicamente un estudio preparado por una ONG estadounidense denominada “Public Citizen” que analizó caso por caso las quejas presentadas en los correspondientes tribunales que al momento sumaban quince.

El Título del vasto documento es por demás dramático y sin duda ofrece otros puntos de vista pero también norteamericanos, el cual es *NAFTA Chapter XI Investor-to State Cases: Bankrupting Democracy*.<sup>20</sup>

Me comparé a continuación de comentar lo relevante del mismo en tanto ofrezca argumentos interesantes e incorporaré a otros autores consultados en lo que sea pertinente. Los casos revisados son:

- Ethyl vs. Canadá.
- Metalclad vs. Municipio de Guadalcázar, México.
- S.D. Myers vs. Canadá.
- Loewen vs. Jurado de Mississippi.
- Pope and Talbot vs. Canadá.
- Sun Belt vs. British Colombia.
- Methanex vs. California.
- Mondev vs. City of Boston.
- UPS vs. Canadian Postal Service.
- Adf Group vs. Buy America.
- Azinian vs. México.

<sup>20</sup> El estudio fue elaborado por Mary Bottari, Lori Wallach, David Waskow, Angela Baeloy, Amanda Ballantyne, Angela Bradbery, David Desroisiers, Danshrama Patel, Paul Levy, Michael Stem, Patrick Woodall, Nathalie Bernasconi, Aaron Cosby, Jim Grieshaber-Otto, John Nichols, Steve Schrybman y Martin Wagner, Washington, D. C.

- Waste Management vs. México.
- Karpa vs. México.
- Ketcham Investments *et al.* vs. Canadá.
- Adams, *et. al.* vs. México.

La preocupación de los investigadores y analistas se enfocó en ciertos temas concretos y lo más interesante es que su inquietud principal se deriva de la negociación del capítulo de inversiones en el ALCA, pues temen se incorporen, mecanismos de protección y privilegios más generosos aun como podrían ser los de MAI,<sup>21</sup> que por su exagerada protección al inversionista, ha quedado en suspenso. Los rubros de su inquietud son los siguientes:

1. Interés público.
2. Expropiación.
3. Soberanía e inmunidad soberana.
4. Derechos laborales.

Los temas en cuestión están vinculados entre sí, si no todos ellos, si algunos en los casos que han sido objeto de consideración.

Así, por ejemplo, el primero de los mencionados estará siempre detrás de todo acto de autoridad que busque el bien general o como se le identifica desde épocas inmemorables: el bien público.

Las acciones que el Estado realiza cada vez con mayor frecuencia para ordenar la propiedad, para lograr erradicar focos de contaminación que atenten contra la salud, o bien que pretenden cuidar el medio ambiente, combatir la contaminación, fomentar el desarrollo sustentable y demás elementos que intentan proteger la vida en sus diversas manifestaciones, pueden ser causa de cuestionamientos por los inversionistas extranjeros.

Dichas actividades públicas eventualmente requerirán expropiar bienes para cerrar zonas determinadas, para construir caminos, etcétera. que sean propiedad de entidades receptoras de inversiones directas extranjeras, lo que les afectará en sus intereses.<sup>22</sup>

Más aún si estimamos que la redacción del artículo 1110 del TLCAN va más allá del concepto tradicional de la expropiación cuando establece:

<sup>21</sup> Acuerdo Multilateral de Inversiones de la OCDE.

<sup>22</sup> En el artículo 104 del TLCAN se consideran algunas excepciones.

“Ninguna de las Partes podrá nacionalizar ni expropiar, directa o indirectamente, una inversión de un inversionista de otra Parte, en su territorio, ni adoptar ninguna medida equivalente a la expropiación o nacionalización de esa inversión”, el asunto se complica.

La práctica norteamericana ha desarrollado todo un sistema que pretende equiparar a la expropiación, aquellas medidas de gobierno que afecten de alguna manera su propiedad, por lo que deberán ser compensados; les llaman en inglés: *takings*.

Pese a que en algunos casos los tribunales han establecido ciertas limitaciones al concepto para acotarlo, por ejemplo, señalar que la sola disminución del valor de un inmueble no es suficiente para acreditar la afectación (*taking*) del bien, los interesados siguen impulsando las aplicaciones del concepto en cuestión, de la forma más amplia posible.

Lamentablemente en algunos casos concretos planteados ante los tribunales arbitrales revisados, no sólo se aplicó esta interpretación amplia del concepto de expropiación sino se fue más allá.

Tal situación se dio en el procedimiento de “Metalclad vs. el Municipio de Guadalcazar, San Luis Potosí y mereció el siguiente comentario: “The NAFTA tribunal in the Metalclad case defined expropriation as “not only open, deliberate and acknowledged takings of property such as outright seizure, but also covert or incidental interference with the use of property”, this definition of takings clearly is much broader than what is allowed by US courts”.<sup>23</sup>

En otros casos se ha llegado a extremos alarmantes al cuestionar las acciones de las autoridades inclusive los fallos y decisiones judiciales así como aquellas que tienden a proteger y conservar los recursos naturales como el agua de los ríos, lagos, lagunas, etcétera.

El primer exceso ha sucedido al plantearse ante un panel del capítulo XI una queja formulada por un grupo canadiense dedicado a los negocios funerarios denominado “Lowen” en contra de una resolución de la Suprema Corte de Justicia del estado de Mississippi por considerar que se violaban las garantías de trato nacional y de igualdad de trato contenidas en los artículos 1102 y 1105 respectivamente del TLCAN.

Dicha queja se desprende de una serie de procedimientos y juicios sustanciados ante autoridades locales que desembocaron en un recurso de apelación interpuesto ante dicha Corte.

<sup>23</sup> *Nafta Chapter XI Investor-to State Cases: Bankrupting Democracy*, p. 14.

Después de una serie de juicios y fallos judiciales, Lowen consideró que el fallo de un jurado local le afectaba sus inversiones conforme al artículo 1102 del TLCAN, ¡y demandó al gobierno norteamericano por tal acto jurisdiccional! El asunto acaba de resolverse el pasado mes de junio de 2003.

Aparte del inusual y hasta folklórico caso, y si se me permite el galicismo, diría que bizarro, lo que es de recalcar para nuestro tema es: ¿hasta dónde puede llegar el mecanismo protector del capítulo XI!<sup>24</sup>

En cuanto al abuso y exceso en la aplicación del mecanismo en cuestión, se dio en contra de Canadá con motivo de que el gobierno local de British Columbia, decretó una moratoria en 1991 que continuó y se hizo permanente en 1995, para impedir la exportación de agua fresca.

Los inversionistas norteamericanos de una empresa californiana denominada Sun Belt Water, habían decidido realizar un negocio conjunto (*joint venture*) con una empresa canadiense, la Snowcap Water Limited, que era titular de una licencia para exportar agua fresca a granel.

La razón del negocio consistió en que el estado de California pasaba por momentos de sequía y dado que en ciertas regiones del planeta sucede y amenaza pasar lo mismo, estimaron ambas empresas que sería un magnífico negocio exportar agua de los ríos y lagos de British Columbia en barcos tanques acondicionados para ello.

A finales de 1999, se inició el caso arbitral y supuestamente aún está pendiente de resolverse.

Si se le concede razón a los quejosos dará pie a que empresas extranjeras puedan disponer a su antojo del agua de glaciares, ríos, lagos y cuanta corriente de agua fresca exista en Canadá.

Los otros temas también han sido objeto de estudio y consideración, por ejemplo ha sido el del trato nacional en el proceso enderezado por la empresa norteamericana S. D. Myers vs Canadá en virtud de que las ordenanzas relativas a la importación y exportación de PCB y a su tratamiento especializado por ser sustancias tóxicas, favorecían a las empresas nacionales, discriminando a las no nacionales.

Lateralmente apareció otro elemento interesante a mencionar como es el caso de la existencia de una Convención Internacional denominada de Basilea que regula el manejo y transporte del PCB dada su alta toxicidad,

<sup>24</sup> Otro caso similar se está considerando en contra de la resolución dictada por la Suprema Corte de Massachussets en contra de una compañía canadiense dedicada a los bienes inmuebles.

dándose la coincidencia de que tanto Canadá como México son partes de la misma mas no así Estados Unidos.

En cuanto al tema laboral que también es parte de las pesquisas del estudio en cuestión, hay un caso que atacó ciertos derechos otorgados por el gobierno canadiense a los trabajadores postales de empresas controladas por ser públicas en perjuicio de terceras particulares.

Por ende la United Parcel Service of America Inc (UPS) se sintió agraviada y promovió un procedimiento conforme al capítulo XI considerando que el principio de trato nacional (artículo 1102) era violado.

El caso encierra grandes cuestionamientos al involucrar no sólo compromisos internacionales sino al afectar derechos específicos de un sector social que no tiene posibilidad de apersonarse en el procedimiento pues solamente los gobiernos pueden actuar ante los tribunales arbitrales y si no se consigue en un caso concreto, que las autoridades del sector laboral afectado den cabida a su defensa y los hagan propios, quedará sin voz.

De paso, se viola el principio jurídico fundamental de que nadie puede ser juzgado ni condenado sin ser previamente oído.

Los inversionistas de los tres países están conscientes de estas situaciones y críticas estimando que en general no son procedentes, pues los capitales invertidos, por lo contrario —alegan— han incrementado el empleo y producido una mayor prosperidad al aumentar el tráfico internacional de bienes y servicios, intercambio de tecnología, facilitando la capacitación de la clase obrera y en general han fortalecido a los países al saber que sus capitales están seguros y son productivos.

Hemos sostenido cuantas veces se ha ofrecido que la desconfianza de las autoridades y de los sectores interesados en las inversiones foráneas, en los países de menor desarrollo, parte del hecho que las disposiciones que favorecen a los inversionistas son demasiado generales sin precisión y por ello se prestan a interpretaciones imprevisibles, como ya tenemos algunas muestras. Con base en la afirmación anterior considero que en la medida en que se puntualicen, acoten y se cierren los conceptos del caso, se caminará con firmeza. De los casos en que México ha sido parte, tenemos los siguientes ya concluidos:

- Metalclad Corporation.
- Robert Azinian (Desona).
- Waste Management.
- GAMI Investments.

En el primero de ellos se condenó a México por violación a los artículos 1105 (nivel mínimo de trato) y 1110 (expropiación indirecta) y por haber promulgado *a posteriori* un decreto de protección al ambiente en la misma zona en donde se encontraba la planta de desechos tóxicos.

México promovió la nulidad del laudo ante un juez federal de Vancouver, Canadá, por considerar que el laudo se había excedido claramente en su competencia.

El juez canadiense aceptó en parte los argumentos de México corrigiendo de esta manera el laudo, pero confirmó la expropiación indirecta ratificándolo en esta parte y condenando a México al pago de una indemnización cuantiosa habiendo transigido el gobierno de México y Metalclad en una suma inferior.

En el caso *Asinian* que se refería igualmente al tema de la recolección y reciclaje de residuos tóxicos, el Tribunal Arbitral desechó la demanda estimando que no se había presentado el problema de la expropiación.

El tercero de los casos también ha sido favorable a México por razones procesales, pero ha insistido la demandante y entabló una segunda reclamación que provocó la conformación de un segundo Tribunal Arbitral en mayo de 2002.

Aparentemente entre dichos casos resueltos y los que actualmente están en proceso, suman ya once los procedimientos en contra de México.

En cuanto a la demanda entablada por un grupo de inversionistas extranjeros en el capital social del Grupo Azucarero Mexicano (GAM) que desde 1986 se unieron para conformar GAMI Investments (GAMI), una empresa de inversiones con sede en Las Vegas, Nevada, se acaba de resolver el 15 de noviembre de 2004.

Según información que hemos recabado, el caso planteó cuestiones muy importantes que seguramente se analizarán próximamente tan pronto como el texto del laudo sea del conocimiento público.

Por ahora solamente podemos informar que afortunadamente México ganó el caso sin que hubiere prosperado ninguna de las reclamaciones interpuestas.

La demanda partió de la promulgación del Decreto Expropiatorio de 22 ingenios azucareros que fuera promulgado el 3 de febrero de 2001.

Con lo dicho basta para ilustrar la inquietud que existe sobre el particular. Si reflexionamos detenidamente sobre los derechos que se les otorgan a los inversionistas que ya detallamos y las obligaciones consecuentes de

las Partes, concluiremos que el elemento esencial que desde el siglo XV hace que el Estado moderno sea tal, se resquebraja y que la soberanía con sus dos atributos exclusivos de autodeterminación e independencia, pueden ponerse en jaque.

Con tales privilegios a los inversionistas sucederá que los grandes consorcios financieros transnacionales, serán quienes gobiernen al mundo en un futuro no muy lejano y que el ánimo de lucro (*animus lucrandi*) sustituirá al bien común.

No es tremendismo el que anima esta reflexión sino como se puede ver, es una consecuencia de los hechos escuetamente relatados y de muchos más que están apoyando los 24 casos existentes.

El estudio que nos ha servido para comentar esta última parte como señalamos está enfocado desde el ángulo de interés norteamericano de ahí que al coincidir con nuestros puntos de vista, quedan excluidos de toda crítica o distorsión nacionalista en contra nuestra.

Los autores insisten en que tantas ventajas y privilegios a favor de los inversionistas extranjeros que son obviamente los demás ciudadanos del TLCAN, son discriminatorios de los propios norteamericanos.

Con razón alegan además que para colmo no sólo se les discrimina sino que los ciudadanos americanos —como cualquiera de los tres países socios del TLCAN— serán quienes paguen con sus impuestos las cuantiosas compensaciones a que sean condenados los gobiernos por los tribunales arbitrales.

Entre otras reflexiones de los autores del estudio que comentamos y a propósito del ALCA cito la siguiente:

*The expansion of NAFTA's new investor rights to 31 more countries of the Western Hemisphere via the FTAA has the potential to generate an explosive number of new cases. While these cases could drain the treasuries of the hemisphere's richest nations, the potential impact of these cases would have on the hemisphere's poorest and weakest nations is even more alarming.*<sup>25</sup>

Merece un comentario particular aunque sea breve, el hecho de que los conflictos se han planteado en gran número a causa de las medidas tomadas en protección al medio ambiente. La importancia a nivel mundial del

<sup>25</sup> *Op. cit.*, nota 23, iii.

tema y los cuestionamientos que algunos inversionistas han presentado, han atraído el interés de numerosos analistas sobre el mismo.

Los profesores Cruz Barney y Rábago Dorbecker consideran en el estudio ya citado lo siguiente:

El artículo 1114 es claro al establecer que nada de lo dispuesto en el capítulo XI se interpretara como impedimento para que una parte adopte, mantenga o ponga en ejecución cualquier medida, por lo demás compatible con dicho capítulo, que se considere apropiada para asegurar que las inversiones en su territorio se efectúen tomando en cuenta inquietudes en materia ambiental. El caso Metalclad es un ejemplo lamentable de falta de coordinación entre las entidades del gobierno federal y los gobiernos locales; de haberse contado con la misma quizás se habían evitado los problemas subsecuentes y el haber perdido el caso ante el mecanismo del capítulo XI. El otro caso notable es el de Methanex, por las implicaciones políticas y de aparente protección a la industria local que se ha alegado, están presentes en las acciones del gobierno estatal, quedando el medio ambiente en un segundo plano.

El propósito claro del mecanismo del capítulo XI es garantizar al inversionista extranjero, un clima de seguridad jurídica, de ahí el abrirle un mecanismo especial de solución de controversias. Esto se traduce en un trato discriminatorio para el inversionista nacional.

No obstante, quizá la medida más urgente es una interpretación declarativa respecto al alcance y sentido del artículo 1114. Quizás la Comisión de Libre Comercio ha manifestado una cautela excesiva, lo cual no es acorde con el hecho de que la mayoría de los casos del capítulo XI tienen alguna relación con el medio ambiente. Además el obstáculo más grande para la definición de qué medidas pueden ser tomadas por los estados con base en legítimas cuestiones medio-ambientales, es la propia compatibilidad con la excesiva protección que se le otorga a la inversión extranjera.

Las conclusiones que podemos formular de la experiencia sufrida no son fáciles ni menos concordantes. He comentado con diversos colegas el tema y me parece útil citar la opinión del profesor José Luis Siqueiros, no sólo perito en la materia sino además con experiencia directa por haber actuado como árbitro en alguno de los casos. Sin coincidir con todos sus puntos, cito algunas de sus opiniones:

Debemos hacer hincapié en la transparencia y responsabilidad de los tribunales arbitrales. Asimismo en lograr una compatibilidad entre un medio



eficaz para resolver controversias que ha probado su idoneidad en el ámbito mercantil internacional, con el reconocimiento de la soberanía y las políticas nacionales, un factor ineludible en los convenios internacionales.

Como lo dicen Cremades y Cairnes:<sup>26</sup>

El éxito del arbitraje internacional lo ha hecho no sólo altamente competitivo, sino también más interdependiente con otras instituciones jurídicas y políticas. El arbitraje inversionista-Estado ha tomado una nueva dirección e ingresado en una esfera con dimensión política, que ahora plantea su justificación ante valores sociales de una comunidad abierta. Todo lo anterior demanda que el proceso arbitral sea transparente y que quienes lo conducen sean responsables ante la sociedad. En suma, que el arbitraje de esta naturaleza sea menos comercial y más internacional; que se adapte a este nuevo entorno y no llegue a ser una víctima de su propio éxito.

Como podemos desprender de las diversas opiniones vertidas por los especialistas, se confirma nuestra aseveración de que un juicio sobre los resultados derivados de la aplicación del mecanismo del capítulo XI del TLCAN no es tarea fácil.

Lo cierto es que el tema resulta muy sensible y que los nuevos y numerosos acuerdos comerciales que se están negociando por Estados Unidos incluyendo al ALCA, deben aprovechar la experiencia tenida hasta ahora que en cierto aspecto resulta única, a *efectos de poder establecer con firmeza y claridad* un mecanismo objetivo que realmente sea útil para las partes y defina con justicia los intereses en juego.

Finalizamos el presente trabajo recordando que los propósitos perseguidos por los tres países firmantes del TLCAN fueron entre otros contribuir al desarrollo armónico y expansión del comercio mundial, establecer reglas claras y de beneficio mutuo, reducir las distorsiones en el comercio y “emprender todo lo anterior de manera congruente con la protección y la conservación del ambiente”.

Por ende, se supone que los tres países deben beneficiarse con el Tratado y no sólo unos intereses particulares transnacionales.

<sup>26</sup> “The Brave New World of Global Arbitration”, *The Journal of World Investment*, vol. 3, núm. 2, abril de 2002, pp. 173-209.

Ante la proliferación de los tratados comerciales internacionales que incluyen capítulos sobre inversiones, resulta de gran utilidad difundir las experiencias derivadas del TLCAN, para evitar errores y aprovechar aciertos.

Asimismo, se deben abrir los mecanismos de solución de controversias y añadir otros que pueden resultar más eficientes como puede ser el de la Corte Internacional de Arbitraje ya que su vasta experiencia acumulada durante más de 70 años ha conformado un foro neutral, competente y confiable.

Recientemente se revisaron los diversos mecanismos en cuestión en un seminario organizado por la Cámara de Comercio de Bogotá en donde planteamos las cuestiones aquí tratadas al haber participado como expositor.<sup>27</sup>

La experiencia resultó muy atractiva y sin duda aportará algo a las negociaciones que se están celebrando entre Colombia y Estados Unidos para un tratado bilateral de libre comercio.

<sup>27</sup> Bogotá, 20 de septiembre de 2004.