

EL CAPÍTULO 11 DEL TLCAN: PROTECCIÓN A LA INVERSIÓN EXTRANJERA

Alejandro POSADAS URTUSUÁSTEGUI
Gustavo VEGA CÁNOVAS

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Disposiciones sustantivas*. III. *Interpretación y aplicación del capítulo XI*. IV. *Conclusiones*. V. *Apéndice estadístico*. VI. *Bibliografía sobre inversión extranjera*.

I. INTRODUCCIÓN

El TLCAN se firmó con el propósito fundamental de integrar un mercado regional en el que fluyan sin restricciones las inversiones directas y de portafolio provenientes de la región de América del Norte y a fin de asegurar dicho propósito, se incluyó en el TLCAN un capítulo especial, el número 11, en el que se establecen los derechos y protecciones que los tres Estados se comprometen a conceder a las inversiones e inversionistas a futuro, y un mecanismo novedoso de resolución de disputas con base en el arbitraje internacional dirigido a asegurar el cumplimiento, por parte de los Estados, de dichos compromisos.

En este artículo, se examinan las principales disposiciones sustantivas del capítulo 11, y el diseño institucional del mecanismo de resolución de disputas y sus peculiaridades. En la segunda sección, se destaca cómo ha sido interpretado y aplicado el capítulo 11 por la Comisión de Libre Comercio del TLCAN, y los tribunales arbitrales que han sido solicitados hasta la fecha, respectivamente. En el apartado final, se llegan a algunas conclusiones acerca del valor que ha tenido el mecanismo inversionista-Estado anfitrión para resolver eficazmente los conflictos que se le han planteado. También se incluye un apéndice estadístico de los casos que se han presentado ante los tribunales arbitrales y la situación que guardan en la actualidad.

II. DISPOSICIONES SUSTANTIVAS

El capítulo que regula las obligaciones que los tres países han asumido en materia de inversión bajo el TLCAN está dividido en dos secciones. La sección A corresponde a la parte sustantiva y la sección B a la parte adjetiva. La sección A establece las obligaciones en cuanto al trato que los países miembros del TLCAN han acordado dar a los inversionistas y a las inversiones extranjeras de los otros miembros del TLCAN. La sección B establece las reglas y el mecanismo para que un inversionista pueda someter a un arbitraje una disputa derivada de la posible violación, por parte de uno de los países miembros del TLCAN, a alguna de las obligaciones contenidas en la sección A del capítulo XI. En otras palabras, el capítulo XI establece un sistema de resolución de controversias para dirimir los conflictos que surjan entre los inversionistas de cualquiera de los tres países y los Estados anfitriones.

Para su estudio, las disposiciones sustantivas de la sección A se pueden clasificar en cuatro diferentes grupos. El primer grupo lo constituyen las disposiciones que definen el tipo de tratamiento que da el TLCAN a los inversionistas y a la inversión extranjera. En el segundo grupo se encuentran las disposiciones que se refieren a la expropiación de una inversión extranjera dentro del TLCAN. El tercer grupo consiste en limitaciones, asumidas por los gobiernos, de interferir con la libertad de los inversionistas y de sus inversiones en el plano económico. En el cuarto grupo se encuentran todas las otras disposiciones que forman parte del régimen legal de inversión del TLCAN.

1. Sección A

A. Tratamiento que se otorga a los inversionistas de la región

Trato nacional. El artículo 1102.1 del TLCAN establece que el trato que cada parte dará, de acuerdo con el TLCAN, a los inversionistas e inversiones de las partes será: “no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a sus propios inversionistas en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación, venta u otra disposición de las inversiones”. Esta disposición

también se aplica a gobiernos estatales o locales a menos que se haya especificado una excepción particular.¹

Trato de nación más favorecida. Los artículos 1103, 1203, 1406 del TLCAN disponen que el trato que cada parte dará a los inversionistas y a sus inversiones dentro del TLCAN será: “no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a los inversionistas de cualquier otra parte o de un país que no sea parte, en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación, venta u otra disposición de inversiones”.

Nivel mínimo de trato. El artículo 1105 (1) dispone que cada parte dará, a los inversionistas del TLCAN o a sus inversiones, un nivel mínimo de trato, que será el: “trato acorde con el derecho internacional, incluido el trato justo y equitativo,² así como protección y seguridad plenas”.³

B. Expropiación y compensación

Las partes acordaron no expropiar las inversiones extranjeras de los socios del TLCAN excepto por causa de utilidad pública, sobre bases no discriminatorias, con apego a la legalidad y a lo que señala el artículo 1105(1) y mediante una indemnización. Esta obligación se aplica en ca-

¹ Los países miembros del TLCAN hicieron algunas excepciones generales y reservas específicas por país a la aplicación del nivel de trato nacional. Estas excepciones se encuentran, entre otras, en el artículo XI08 y anexos I, II y III del TLCAN, e incluyen excepciones generales relacionadas con la concesión de subsidios o la concesión de excepciones requeridas, entre otras, de acuerdo a las obligaciones sobre propiedad intelectual del artículo 1703.

² El trato justo y equitativo se usa en relación con el trato directo que da un Estado al inversionista o a la inversión en las acciones normales de gobierno. Véase: International Court of Justice, *Case Concerning Electronica Sicula S.p.A.* (ELSI)(United States of America v.Italy) Juicio del 20 de Julio, 1989, párrafos 120-130; Jack Rankin, *The Unites States of America v The Islamic Republic of Iran*, case núm. 10913 (3 de noviembre de 1987).

³ El nivel de protección y seguridad plenas se ha desarrollado en relación con la obligación de un Estado de ejercer las acciones debidas para proteger a un inversionista o una inversión de una probable amenaza de daño que provenga de una tercera parte. Se ha invocado y discutido en demandas que han planteado pérdidas o daños resultado de conflictos armados, motines, o conflictos públicos en general. Ver, International Court of Justice, *Case Concerning Electronica Sicula S.p.A.* (ELSI)(United States of America v.Italy) Juicio del 20 de Julio de 1989, párrafos 102-XI2, Decisión, *Asian Agricultural Products Limited v. Republic of Sri Lanka* (junio 27 de 1990), 30 I.L.M. 577 (1991).

sos de nacionalización, expropiaciones directas o indirectas, y a medidas que se equiparan a la expropiación o nacionalización.⁴

Para determinar el valor justo de mercado, un tribunal puede elegir el criterio de valoración que mejor se ajuste al valor justo en el mercado de esa inversión, incluyendo cuando se aplique, el valor corriente, el valor del activo que incluya el valor fiscal declarado de los bienes tangibles, u otros criterios. La indemnización debe estar basada en el valor justo de mercado que tenga la inversión inmediatamente antes de la expropiación, lo que se conoce como fecha de la expropiación. Además, la expropiación debe ser pagada sin demora en alguna divisa del Grupo de los 7(G7), o en una divisa que pueda cambiarse a divisas del G7, y comprenderá los intereses que se hayan generado a partir de la fecha de la expropiación.⁵

C. Prohibiciones a los gobiernos de coartar la libertad de los inversionistas

Requisitos de desempeño. El artículo 1106 prohíbe la imposición de las medidas conocidas generalmente como requisitos de desempeño, ya sea directamente o por otros medios, “en relación con el establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción u operación de una inversión” de un inversionista extranjero. Se considera requisito de desempeño una condición que se impone a un inversionista para producir, comprar, exportar, vender o transferir tecnología en forma restringida en relación con la conducción de su inversión. Los requisitos de desempeño típicos, por ejemplo, se refieren a la necesidad de comprar insumos de los productores locales o exportar cierto volumen de bienes por cada monto de bienes vendido en el mercado nacional. La lista en el TLCAN que comprende los requisitos de desempeño eliminados es exhaustiva.⁶

⁴ Las disposiciones sobre indemnización del TLCAN, en general, aseguran que las expropiaciones sean pagadas de acuerdo al valor justo que la inversión tenga en el mercado y que los pagos sean totales. Estos dos principios son reconocidos generalmente en el derecho internacional.

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

⁶ Véase artículo 1106(5) del TLCAN.

Altos ejecutivos y consejos de administración. De acuerdo al artículo XI07 del TLCAN, las partes no pueden exigir a los inversionistas extranjeros que al elegir a los altos ejecutivos para sus empresas éstos sean de cierta nacionalidad. Sin embargo, los países socios del TLCAN pueden exigir que la mayoría de los miembros de los consejos de administración de esas empresas sean de la nacionalidad de la parte donde se encuentra la inversión, siempre que este requisito no reduzca la capacidad del inversionista para controlar su inversión.

Transferencias. De acuerdo al artículo XI09 del TLCAN, las partes del Tratado no pueden restringir que las transferencias relacionadas con la inversión de un inversionista extranjero se hagan libremente y sin demoras, ya sea fuera del país anfitrión o de regreso al país del inversionista. Las partes no pueden imponer sanciones a los inversionistas en caso de que éstos no puedan regresar el capital invertido en otro de los países miembros del TLCAN. Las restricciones a los movimientos de capital solo serán permitidos por medio de la aplicación equitativa, no discriminatoria y de buena fe de las leyes relativas a quiebra, emisión y operaciones de valores, infracciones penales, o disposiciones relacionadas con el cumplimiento de fallos en procedimientos contenciosos.

D. Otras disposiciones sobre inversión

- El capítulo XI establece una amplia definición de inversión, que incluye virtualmente cualquier inversión (todo tipo de propiedad, directa e indirecta, contingente y actual);⁷
- Considera a cualquier inversionista de un país miembro de TLCAN, como si fuera uno propio, o uno de sus empresas estatales u originario del país.⁸ La inversión pertenece a un inversionista del TLCAN que la controla directa o indirectamente.⁹ Sin embargo, si un inversionista fuera de América del Norte, con “importantes actividades de negocios” se constituye y organiza bajo las leyes de uno de los países de la región, se le brindan todos los derechos de TLCAN;¹⁰

⁷ Artículo XI39 del TLCAN.

⁸ *Loc. cit.*

⁹ *Loc. cit.*

¹⁰ Artículo XI13(2) del TLCAN.

- Los países miembros del TLCAN pueden adoptar medidas para asegurarse que las inversiones que se lleven a cabo en sus territorios tengan en cuenta consideraciones ambientales;¹¹
- Se incluyen listas *negativas* (comprendidas en cuatro anexos) que excluyen industrias sensibles de las principales disposiciones del capítulo de inversión de TLCAN.¹² Los anexos describen las medidas que cada país ha escogido para proteger tales industrias. Las listas de México son mucho más largas que las de Canadá y los Estados Unidos.¹³ También hay “excepciones de todo un sector,” las cuales se aplican a ciertos grupos, regiones o procedimientos. Estas incluyen el proceso canadiense y el mexicano de revisión de procedimiento de adquisición de firmas domésticas de cierto tamaño.¹⁴ Para México, el tope es de 25 millones de dólares en bienes totales y se incrementará a 150 millones de dólares después del décimo año de comenzar TLCAN (2004).¹⁵ Para Canadá el tope se mantiene en US\$150 millones que es el nivel establecido en ALCEUC.¹⁶ Los Estados Unidos mantienen un amplio derecho de prohibir compras de empresas que les represente una amenaza a su seguridad nacional.¹⁷
- El enfoque de listas *negativas* se complementó con la “clausula automática de liberación (*Ratchet clause*) la cual establece que si un país decide liberalizar su régimen de inversiones en rubros no cubiertos por el TLCAN, el nuevo nivel de liberalización se registrará por el TLCAN.¹⁸

¹¹ Artículo 1114 del TLCAN.

¹² Véase *supra* nota 132.

¹³ Véase anexo 3 del TLCAN. En dicho anexo se señalan las industrias reservadas, de acuerdo con la Constitución mexicana, al control exclusivo del Estado. Entre ellas se encuentra el petróleo y productos derivados, la electricidad, la energía y los materiales nucleares, las comunicaciones satelitales, los servicios telegráficos, radiotelegráficos y postales, los ferrocarriles, la emisión de moneda, el control de puertos marítimos y terrestres, y el control de los aeropuertos y helipuertos. Las industrias canadienses reservadas se relacionan con ciertos sectores de los recursos naturales, los servicios sociales —incluidas las políticas relativas a los pueblos aborígenes—, y el transporte. La protección de las industrias culturales, en el caso de Canadá, sigue contemplándose en el TLCAN, aunque no esta incluido en los anexos.

¹⁴ Véase anexo I del TLCAN.

¹⁵ *Loc. cit.*

¹⁶ *Loc. cit.*

¹⁷ *Loc. cit.*

¹⁸ Artículo XI01(1)(C) del TLCAN.

2. Sección B

El sistema de solución de controversias entre un inversionista y un Estado anfitrión

El capítulo XI del TLCAN establece un sistema mediante el cual inversionistas individuales o en representación de una empresa de la cual son propietarios o controlan, pueden reclamar ante un tribunal de arbitraje internacional violaciones por parte de un gobierno, empresas o monopolios estatales a las disposiciones del capítulo.¹⁹ Son tres potenciales foros o sistemas de reglas de arbitraje ante los cuales un inversionista puede llevar su reclamación: a) al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI); b) al Mecanismo Complementario del mismo CIADI; c) conforme a las Reglas de Arbitraje de CNUDMI. Sin embargo, el TLCAN establece que para llevar una reclamación ante el CIADI es necesario que el Estado demandado y el Estado del cual es nacional el inversionista demandante sean partes del Convenio del CIADI. Únicamente los Estados Unidos son parte del Convenio y por lo tanto este foro no está disponible a los inversionistas dentro del TLCAN.

Antes de recurrir a un tribunal de arbitraje, las partes, deben primero intentar resolver la disputa a través de las consultas o la negociación.²⁰ El inversionista que tenga una reclamación debe notificarla a la parte al menos 90 días antes de someterla a arbitraje.²¹ La notificación debe identificar al reclamante, la naturaleza de la reclamación, la base en la que se fundamenta la demanda y el remedio que se solicita. Una vez que un inversionista ha iniciado el procedimiento de arbitraje, no puede presentar la misma reclamación ante otro tribunal de cualquiera de los países miembros del TLCAN o ante cualquier otro mecanismo de resolución de disputas.²² La expresión del sometimiento al arbitraje y la renuncia a otros foros de resolución de disputas debe hacerse por escrito.²³ Se establece un plazo de tres años como límite para presentar reclamaciones, plazo que inicia a partir de que el inversionista obtuvo o debió de obtener conocimiento de la violación y de los daños y perjuicios sufridos.²⁴

¹⁹ Véanse los artículos XI16 y XI17 del TLCAN.

²⁰ Artículo XI18 del TLCAN.

²¹ Artículo XI19 del TLCAN.

²² Artículo XI21 del TLCAN.

²³ Artículo XI21(3) del TLCAN.

²⁴ Artículos XI16(2), XI17(2).

Los tribunales de arbitraje se componen de tres árbitros, uno nombrado por cada parte en conflicto y el tercero, el cual asume la presidencia, es seleccionado por acuerdo de las partes involucradas.²⁵ Si uno de los litigantes se rehúsa a nombrar uno de los árbitros, al secretario general del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversión (CIADI) se le autoriza nombrar a los árbitros faltantes.²⁶

III. INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DEL CAPÍTULO XI

1. *La Comisión de Libre Comercio*

La interpretación de las disposiciones sobre inversión del TLCAN no han quedado únicamente al arbitrio de los tribunales de arbitraje establecidos bajo la sección B. La Comisión de Libre Comercio del TLCAN también ha jugado un papel en este sentido en ejercicio de la posibilidad que le otorga la segunda fracción del artículo XI31 del TLCAN. Esa disposición establece que las interpretaciones que la Comisión realice del Tratado serán obligatorias para los tribunales que se establezcan conforme a la sección B del capítulo XI. La Comisión de Libre Comercio está constituida por los secretarios o ministros de comercio de los tres países. En esta sección analizaremos las principales notas de interpretación emitidas por la Comisión y en la sección siguiente los laudos arbitrales en materia de inversión emitidos durante los primeros diez años del TLCAN.

La primera nota interpretativa abordó dos cuestiones que preocuparon, una al sector no gubernamental y la otra, a los gobiernos del TLCAN, en relación con el funcionamiento del mecanismo de solución de controversias durante sus primeros años de operación. Una de esas cuestiones, la cual fue el blanco de sentidas críticas por sectores no-gubernamentales, consistió en el cuestionamiento de falta de transparencia de los procedimientos de arbitraje, cuando éstos en los hechos debían evaluar si medidas gubernamentales, con implicaciones para el interés y las políticas públicas a nivel federal o local, cumplían con los estándares establecidos para el trato de inversionistas bajo el TLCAN. Las críticas efectivamente

²⁵ Artículo XI23 del TLCAN.

²⁶ Artículo XI24 del TLCAN.

produjeron una reacción de parte de los gobiernos miembros del TLCAN, los cuales emitieron el 31 de julio del 2001 una nota explicativa confirmando, por un lado, lo ya señalado por algunos tribunales arbitrales, en el sentido de que no existe disposición alguna en el TLCAN que impida a los Estados parte poner a disposición del público los documentos relacionados con las disputas presentadas ante el capítulo XI y, por otro lado, exhortando a que cada uno de los países convenga en ello. Un paso adicional a favor de la transparencia se dio en la declaración de la Comisión de Libre Comercio del 7 de octubre del 2003 en la que los tres gobiernos confirman la posibilidad de que terceros participen en los procedimientos de arbitraje a través de comunicaciones.

La segunda cuestión que fue objeto de la nota de interpretación de julio del 2001 surgió de la preocupación de los propios gobiernos del TLCAN de que algunos tribunales de arbitraje estaban interpretando en forma muy abierta las disposiciones de trato conforme al derecho internacional y en una manera que ellos nunca pretendieron brindarles a los inversionistas de las otras partes. Por ejemplo, en el caso Methanex, Estados Unidos alegó que no era correcto que la empresa canadiense lo hubiera acusado de violar los acuerdos de la Organización Mundial de Comercio sobre barreras técnicas al comercio y medidas sanitarias y fitosanitarias como justificación para llevar el caso ante el panel del capítulo XI o que la medida en California causara daños al negocio internacional de la empresa. Methanex entabló una demanda al amparo del capítulo XI a raíz de que California prohibió el MTBE, un derivado del metanol, lo cual, según la empresa, afectaba su capacidad para producir Methanol en California y, por ende, devaluaba las inversiones que ahí tenía. De igual forma, Metalclad obtuvo un fallo favorable del panel con base en la supuesta infracción por parte de México de las disposiciones sobre transparencia que se hallan en un capítulo distinto al XI, decisión que obligó al gobierno mexicano a buscar la nulidad de esa parte del laudo, lo cual consiguió. Adicionalmente los casos de Metalclad y S.D. Myers preocuparon a los gobiernos del TLCAN toda vez que explícita o implícitamente rechazaron un estándar de arbitrariedad que respondiera al trato mínimo a los extranjeros que establece el derecho consuetudinario internacional.

Por todo lo anterior, los gobiernos se vieron en la necesidad de dar respuesta a estos asuntos en un documento, de julio de 2001, intitulado “Clarificaciones de la Comisión de Libre Comercio en Relación con el

Capítulo XI del TLCAN”.²⁷ Este documento examina una de las disposiciones básicas del capítulo XI, a saber, la fracción 1a. del artículo 1105, que prescribe el nivel de trato “justo y equitativo” y “las protecciones y seguridad plenas” que deben dispensarse a las inversiones de inversionistas del TLCAN.

De acuerdo con las clarificaciones emitidas por los tres ministros de comercio, la fracción 1a. del artículo 1105 “no exige un nivel de trato adicional o superior al nivel mínimo de trato a extranjeros que estipula el derecho ‘consuetudinario’ internacional”.²⁸ A ello también se refiere la declaración que establece: “El hecho de que se determine que hubo una infracción de otra cláusula del TLCAN o de otro acuerdo internacional no implica que se haya infringido la fracción 1 del artículo 1105”. El propósito de los tres ministros de comercio es que, mediante la adición del término “consuetudinario”, no incluido en la fracción 1a. del artículo 1105, y la declaración antes citada, el nivel de trato se refiera a la aplicación del estándar desarrollado en la costumbre internacional y se excluyan las obligaciones incluidas en otros acuerdos.

Canadá pretendía, también, una clarificación en la que se delimitara con más precisión lo que un tribunal del capítulo XI puede considerar “expropiación”. Por ejemplo, tanto Canadá como varios grupos ambientalistas querían que se añadiera al texto lo necesario a fin de que el gobierno tuviera libertad para instituir nuevas reglas sobre calidad ambiental sin el temor de represalias por parte de un inversionista extranjero amparado bajo el capítulo XI. No obstante, las clarificaciones de los tres ministros de comercio solamente señalan que los gobiernos han “instruido a un grupo de expertos para que continúe examinando la implementación y funcionamiento del capítulo XI, y para que formule recomendaciones cuando lo juzgue apropiado”.²⁹

2. *Las controversias bajo capítulo XI*

Durante los diez años de experiencia con el capítulo XI del TLCAN se han presentado veintitrés demandas, de las cuales, hasta la fecha, se han concluido diez con un laudo arbitral; y otro caso contra Canadá fue re-

²⁷ Véase comunicado de prensa, Department of Foreign Affairs, *op. cit.*

²⁸ *Loc. cit.*

²⁹ *Loc. cit.*

suelto por convenio fuera del arbitraje entre el gobierno canadiense y un inversionista estadounidense. En dos casos recientes, uno contra los Estados Unidos y otro contra Canadá, los respectivos tribunales arbitrales han rechazado la reclamación como fue presentada dándole oportunidad al inversionista para replantearla. En otros tres casos el inversionista no ha proseguido con la reclamación o se ha desistido. El resto constituyen casos pendientes.

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

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

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

A continuación se analizan aquellas demandas que han sido ya resueltas a julio del 2004 por tribunales arbitrales bajo el capítulo XI del TLCAN.

3. Demandas contra México

A. Metalclad

Metalclad Corporation, una empresa situada en California, fue la primera que inició un procedimiento contra el gobierno de México al amparo del capítulo XI. En 1997, Metalclad presentó su demanda alegando que, a pesar de contar con la autorización previa del gobierno federal mexicano, los gobiernos del municipio de Guadalcázar y del estado de San Luis Potosí le impidieron instalar un confinamiento de residuos peligrosos en el sitio llamado “La Pedrera”. Metalclad solicitó una indemnización de 120 millones de dólares y alegó violaciones a los principios de trato nacional, de NMF, de trato conforme al derecho internacional, así como la prohibición de aplicar requisitos de desempeño. Metalclad alegó también que México había llevado a cabo actos equivalentes a una expropiación en relación con su inversión.³⁰

La empresa sostuvo que el gobierno federal mexicano la había invitado a invertir en el sector de los rellenos sanitarios de residuos tóxicos³¹ y le otorgó todos los permisos necesarios para construir la planta. Con esas garantías, Metalclad procedió a construir lo que denominó un relleno sanitario “de tecnología de punta” para desechos peligrosos. Sin embargo, cuando todo estaba listo, la empresa no pudo echar a andar el confinamiento debido, según las palabras de Metalclad, a “las acciones irracionales de diversos funcionarios estatales y municipales”. Debe señalarse que el gobierno federal tiene facultades en varios sectores ambientales, como es la gestión de los residuos tóxicos, pero la zonificación compete al gobierno estatal y el otorgamiento de permisos de construcción es prerrogativa del gobierno municipal.

³⁰ Artículos 1102, 1105 y 1110 del capítulo XI del TLCAN.

³¹ El gobierno federal mexicano estaba interesado en promover la inversión extranjera en el tratamiento de residuos peligrosos por ser éste un sector muy poco desarrollado en México. Si bien el país genera cada año más de ocho millones de toneladas de desechos peligrosos, menos de 20% de ese volumen es tratado de una manera que no dañe el medio ambiente. En 1997 sólo había en México dos plantas para el tratamiento de desechos peligrosos. La propiedad de ambas está en su mayoría en manos de empresas extranjeras del ramo: Técnicas Medioambientales de México, ubicada en Hermosillo, Sonora, y Residuos Industriales Multiquim, S.A., que opera mayor el relleno sanitario de residuos peligrosos y es propiedad de Waste Management Inc. Véase *The Wall Street Journal* (1997).

Sin embargo, el tribunal estimó que en virtud de que altos funcionarios del gobierno habían invitado a Metalclad a hacer la inversión y que la empresa obtuvo los permisos federales y estatales necesarios, el último requerimiento de un permiso municipal adicional constituía una violación al TLCAN. Esto porque en la opinión del tribunal no era claro si bajo la legislación mexicana Metalclad requería un permiso municipal de construcción y a que, en todo caso, si es que lo requería, el procedimiento para su solicitud y otorgamiento incumplían los estándares de transparencia establecidos por el TLCAN. El tribunal también fundamentó su decisión en relación con el artículo 1105 en su interpretación de las facultades municipales. Para el tribunal, el Ayuntamiento únicamente podía negar permisos municipales por cuestiones relacionadas con el diseño y construcción física del confinamiento y no por razones ambientales. En la decisión del tribunal esta ilegalidad constituía una arbitrariedad en contravención del trato mínimo conforme al derecho internacional.

El tribunal aceptó el alegato de Metalclad en el sentido de que había confiado en las afirmaciones de las autoridades federales para construir, sin necesidad de un permiso municipal, y que, en cualquier caso, el permiso municipal constituía una mera formalidad. El tribunal también resolvió que el caso daba lugar a una medida equivalente a la expropiación constituida por la violación al artículo 1105 comentada, aunado a las aseveraciones del gobierno federal en las que Metalclad confió para llevar a cabo su inversión, y a la incapacidad de este mismo gobierno federal de resolver, actuar o remediar los actos del gobierno de Guadalcázar que dieron lugar a la violación del artículo 1105 del TLCAN. El tribunal arbitral agregó que un decreto de declaración de reserva ecológica expedido por el gobierno estatal a pocos días del cambio de gobierno, si bien no controlaba la decisión, también constituiría un acto equivalente a la expropiación bajo el artículo 1110 del TLCAN.

México consideró que el tribunal había excedido su competencia en la forma en que sustentó el laudo y lo impugnó en un procedimiento de nulidad ante los tribunales del sitio del arbitraje (Vancouver, Canadá). Conseguir la nulidad de un fallo es muy difícil. Es un recurso extraordinario que brindan los tribunales nacionales para impugnar un laudo sustentado en exceso de competencia o irregularidades graves en la actuación de un tribunal arbitral. La norma de revisión que utilizan los tribunales suele ser más elevada con el fin de respetar el acuerdo de las partes para arbitrar, así como el carácter predecible de la resolución de disputas en el

sistema comercial internacional. Pese a lo anterior, la Suprema Corte de la Columbia Británica anuló parcialmente el fallo del caso Metalclad en el dictamen fechado el 2 de mayo de 2001. La Corte convino con México en que el tribunal de arbitraje primero había interpretado y aplicado las normas de transparencia del capítulo 18 del TLCAN para concluir que la exigencia del permiso municipal y el procedimiento para solicitarlo constituían una infracción a la obligación de brindar un trato acorde al derecho internacional (artículo 1105), cuando el tribunal arbitral debía aplicar únicamente las disposiciones contenidas en el capítulo XI. Después el tribunal arbitral había utilizado esa conclusión como parte de su argumento para resolver que México había llevado a cabo actos equivalentes a una expropiación de la inversión de Metalclad sin otorgarle una indemnización (artículo 1110).

No obstante, el fallo se revocó tan solo de manera parcial. La Corte canadiense resolvió que México no había logrado impugnar exitosamente la parte del laudo que caracterizó al decreto ecológico como una medida equivalente a la expropiación. El efecto práctico del fallo fue que se recalculara el monto de la indemnización a pagar.

B. *Azinian*

Los inversionistas Azinian, Davitian y Baca, accionistas de la empresa mexicana Desechos Sólidos de Naucalpan, S.A. de C.V. (Desona), iniciaron un juicio contra el gobierno mexicano, alegando que Desona había sido indebidamente privada de una concesión para recolectar los desechos municipales, operar un relleno sanitario, construir uno nuevo e instalar una planta de energía eléctrica, concesión que le otorgara previamente el gobierno municipal de Naucalpan, en el Estado de México. Con ello, afirmaba la empresa, se habían violado los artículos 1110 y 1105,³² por lo que pedía una indemnización cercana a los veinte millones de dólares.³³ El nuevo gobierno de Naucalpan anuló la concesión con el argumento de que la empresa había falseado la información sobre su capacidad financiera y su competencia técnica.³⁴

³² El artículo 1110 referido a la expropiación, y el 1105, a la obligación de establecer una norma mínima de trato.

³³ *Azinian vs. The United Mexican States* (1999).

³⁴ Debemos señalar que, si bien los demandantes impugnaron la anulación de la concesión ante los tribunales mexicanos, éstos ratificaron la anulación.

Tras un proceso de dos años y siete meses, el tribunal de arbitraje emitió su fallo, en el que desechaba por completo la demanda pues los demandantes no habían logrado demostrar que se hubiera cometido una violación al TLCAN o a alguna otra legislación internacional. En su razonamiento, el tribunal destacó que el TLCAN no prevé que los inversionistas puedan recurrir al arbitraje internacional por motivo de violaciones contractuales,³⁵ y consideró que la evidencia que proporcionó el gobierno de México había sido “suficiente para despejar cualquier duda con respecto a la *bona fides* de los jueces mexicanos”.³⁶ Al señalar que la disputa se había presentado ante los tribunales nacionales de México, el panel determinó que “no es posible inculpar a una autoridad gubernamental por actuar de una manera sancionada por sus tribunales, a menos que en el plano internacional se desconozca a dichos tribunales”.³⁷ Por último, si bien el tribunal admitió que el gobierno mexicano había sido objeto de muchas contrariedades, decidió que cada parte tendría, no obstante, que asumir sus gastos.³⁸ Cabe mencionar que el laudo del caso Azinian fue el primero emitido por un panel conformado de acuerdo con los términos del capítulo XI del TLCAN.

C. *Waste Management I (Acaverde)*

Una de las empresas más importantes de Estados Unidos en el sector de la recolección y procesamiento de basura, Waste Management, empresa de capital público y constituida bajo las leyes del estado de Delaware, entabló una demanda tanto a nombre propio como de su subsidiaria en México Acaverde, S.A. de C.V. El motivo de la demanda fue la supuesta violación a los artículos 1105 y 1110 del TLCAN, que cometiera el Ayuntamiento de Acapulco, en el estado de Guerrero, y el Banco Na-

³⁵ El tribunal señaló que si un inversionista originario de un país miembro del TLCAN “establece una relación contractual con una autoridad pública y es objeto de una infracción por parte de dicha autoridad, no siempre está autorizado para presentar una demanda bajo los términos del TLCAN (...dado que el Tratado) no tiene el propósito de brindar a los inversionistas extranjeros una salvaguardia contra este tipo de contrariedades”. Véase fallo, p. 83.

³⁶ *Ibidem*, p. 103.

³⁷ *Ibidem*, p. 97.

³⁸ El Tribunal tomó en consideración varios motivos para no asignar una indemnización al gobierno mexicano, el más importante de los cuales fue, al parecer, lo novedoso del mecanismo, que ofrecía causales desusadas a los demandantes. Véase *ibidem*, p. 126.

cional de Obras y Servicios Públicos (Banobras), un banco de desarrollo de propiedad estatal, en relación con la concesión del servicio de recolección y tratamiento de desechos municipales, que otorgara el ayuntamiento de Acapulco a Acaverde. La demanda se rechazó por falta de competencia, a raíz de la excepción interpuesta por México.

En su decisión, el tribunal resolvió que el demandante no había cumplido con una condición esencial para solicitar que su demanda se sometiera ante un tribunal arbitral conforme al artículo 1122. Éste señala que un inversionista podrá someter su demanda a arbitraje solamente si conviene en que el arbitraje se realice conforme a las disposiciones del TLCAN y solamente si renuncia a su derecho a recurrir a otros procedimientos de resolución de disputas, sean de nivel local u otros, en los que se otorguen daños y se ventile la misma reclamación. Waste Management, no obstante, estaba participando en un arbitraje privado y en un procedimiento judicial ante los tribunales mexicanos. Por tanto, el tribunal resolvió que si bien la empresa presentó una renuncia por escrito, ésta no satisfacía el requisito del 1122 toda vez que no correspondía a lo que en realidad había hecho la empresa.

D. *Waste Management II*

Waste Management volvió a presentar su demanda, bajo el capítulo XI, una vez que discontinuó el arbitraje privado. El segundo intento tampoco fue exitoso, sólo que en esta ocasión el tribunal arbitral desechó la reclamación en los méritos. La litis del arbitraje se entabló en torno a si la negativa del gobierno municipal de Acapulco, y posteriormente de su garante Banobras, de continuar pagando a Acaverde la cuota pactada en el título de concesión, alegando incumplimiento por Acaverde, daban lugar a la responsabilidad del Estado mexicano por violación de los artículos 1105 y 1110 del TLCAN.

Entre otros puntos, bajo la concesión, Acaverde proporcionaría los servicios de recolección de basura municipal en el área turística de Acapulco, para lo cual debía contratar con los usuarios, construiría un relleno sanitario en un terreno que le facilitaría al Ayuntamiento y llevaría a cabo la limpieza de las calles y áreas públicas de la zona turística. La empresa arguyó que, si bien había efectuado el servicio de limpieza, el gobierno municipal había dejado de pagarle la cuota mensual pactada por el servicio público, además de que había incumplido su obligación

de hacer observar un reglamento municipal que tenía como objeto preservar la exclusividad de Acaverde en el servicio de recolección de basura a hoteles y otros usuarios comerciales y residenciales. El tribunal arbitral resolvió que si bien la actuación del Ayuntamiento no era intachable, no constituía una violación al artículo 1105. De igual manera resolvió en cuanto a la actuación de Banobras, asumiendo que sus actos pudieran dar lugar a la responsabilidad del Estado mexicano, y del gobierno del estado de Guerrero. También rechazó la existencia de una denegación de justicia por parte de los tribunales federales que ventilaron la demanda de Acaverde a Banobras bajo el contrato de línea de crédito para garantizar parcialmente la incapacidad de pago temporal del gobierno de Acapulco. El alegato de violación al artículo 1110 también fue desechado. Aquí, el tribunal revisó cuidadosamente la jurisprudencia internacional al respecto para distinguir entre una simple violación o incumplimiento contractual y un repudio del contrato que de lugar a una medida equivalente a la expropiación bajo el derecho internacional. Si bien lo primero pudo haber ocurrido en el caso, no así lo último.

E. *Feldman (CEMSA)*

Marvin Roy Feldman Karpa, ciudadano estadounidense radicado en México, inició este arbitraje a nombre propio en relación con una serie de diferencias que sostuvo con las autoridades fiscales federales.³⁹ Las diferencias versaban sobre la procedencia de ciertos créditos fiscales que Feldman reclamaba en relación con la devolución del Impuesto Especial sobre Producción y Servicios (IEPS). El negocio de Feldman consistía en la adquisición de cigarros en tiendas de venta al público, a través de su empresa CEMSA y su subsecuente exportación.

La producción de cigarros está sujeta al pago del IEPS, cuya tasa osciló entre el 135% y el 85% por producto durante los años 1990 y 1997.⁴⁰ Sin embargo, la Ley del IEPS ha establecido desde su origen hasta la fecha una tasa del 0% a la producción por producto, cuando éste es exportado. La forma en que la Ley fue diseñada y la forma general en que ha operado es mediante la devolución del impuesto especial por producción causado, al momento en que el cigarro es exportado.

³⁹ Marvin Feldman vs. México (2002).

⁴⁰ *Ibidem*, p. 5.

Este es el primer arbitraje bajo el TLCAN en contra de decisiones de la autoridad fiscal de uno de los países parte. El Tratado limita la aplicabilidad del mecanismo de resolución de controversias inversor-Estado anfitrión únicamente a reclamaciones por violaciones a los artículos 1102, 1103 y 1110 cuando la disputa versa sobre medidas fiscales de las partes.⁴¹

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

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

⁴¹ En el caso específico de una reclamación alegando que las medidas fiscales de la parte constituyeron una expropiación directa o indirecta o una medida equivalente a la expropiación bajo el artículo 1110, la reclamación debe ser referida primero a las autoridades fiscales de los Estados Parte del TLCAN las cuales pueden acordar que una medida fiscal no constituye una expropiación. TLCAN, artículo 2103.

inversor comparable en circunstancias similares para propósitos de trato nacional.

En su laudo, el tribunal arbitral rechazó la reclamación de violación al artículo 1110 del TLCAN, pero resolvió que México había incurrido en trato discriminatorio en violación al artículo 1102. El tribunal hizo referencia al análisis persuasivo realizado por otros tribunales arbitrales bajo el TLCAN en materia de expropiación, en especial a los laudos en *Azinian y Pope & Talbot*. En síntesis, el tribunal resolvió que en el presente caso, si bien las medidas del gobierno mexicano dejaron sin posibilidad al reclamante de exportar cigarrillos y obtener ganancias, esto no constituía una medida equivalente a la expropiación toda vez que el reclamante nunca tuvo un derecho adquirido en ese sentido. Asimismo el reclamante no había perdido el control de su inversión, la empresa CEMSA, ni existía ninguna interferencia en las operaciones o control accionario de la misma, y que ésta podía continuar en el negocio de la exportación con otros bienes.

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

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

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

4. Demandas contra Canadá

A. Ethyl

En 1997 Canadá aprobó la Ley sobre Aditivos para Gasolina a base de Manganese, que prohibía el comercio entre provincias y la importación a Canadá del producto llamado MMT, un aditivo diseñado para incrementar la eficiencia de la gasolina sin plomo para automóviles. La empresa estadounidense Ethyl producía el MMT, y una subsidiaria de ésta lo distribuía en todo el territorio canadiense. Los fabricantes de autos alegaban que el MMT afectaba el funcionamiento de los catalizadores obligatorios en los automóviles para el control de la contaminación, pero Ethyl refutó la acusación.⁴² El gobierno canadiense sostuvo que la Ley era una medida de protección ambiental, pero no pudo demostrar que el MMT fuera peligroso, además de que la Ley misma sólo prohibía el comercio del MMT, pero no la producción y distribución del producto en el comercio intra-provincial.⁴³ Podía afirmarse que la Ley autorizaba o incluso alentaba a Ethyl a instalar plantas de producción en cada una de las provincias canadienses como una forma para abastecer a este mercado.

Ethyl recurrió al mecanismo de arbitraje del capítulo XI del TLCAN para demandar al gobierno canadiense, alegando que la ley de ese país constituía una infracción al deber de otorgarle trato nacional y una acción “equiparable a una expropiación”, de acuerdo con la fracción 1a. del artículo XI01 del TLCAN. A su vez, el gobierno canadiense argüía que el tribunal carecía de competencia, pues el capítulo XI sólo atañe a leyes directamente relacionadas con la inversión (como la revisión de leyes sobre inversión extranjera), pero no a normas elaboradas para asuntos más

⁴² Soloway observa: “Lo que realmente está en el fondo de esta es definir cuál industria [i.e., las empresas automotrices canadienses o las fabricantes estadounidenses de aditivos para gasolina] asumirá los costos tecnológicos necesarios para cumplir con las continuas demandas políticas relativas a la reducción de las emisiones”. Julie Soloway, 2000, pp. 92 y XI4.

⁴³ Swan, Alan, 2000.

generales. El tribunal rechazó la objeción canadiense sobre la jurisdicción.

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

B. *Pope and Talbot*

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

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

El tribunal interpretó que el artículo 1105 estipula una norma distinta de la norma mínima que requiere el derecho internacional. Esto llevó a los ministros de comercio que actúan en la Comisión de Libre Comercio a emitir una nota explicativa en la que declararon que: “Los conceptos de ‘trato justo y equitativo’ y de ‘protección y seguridad plenas’ no implican un nivel de trato adicional o que exceda aquel que estipula la norma mínima de trato para extranjeros del derecho consuetudinario internacional”.⁴⁴ La nota también señalaba que: “El hecho de que se determine que hubo una infracción de otra cláusula del TLCAN o de otro acuerdo internacional no implica que se haya infringido la fracción 1a. del artículo 1105”.

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

⁴⁴ Department of Foreign Affairs, 2001.

equivalente a algo más trascienda o sea mayor que aquello a lo que supestandamente equivale. Por tanto, el tribunal se atuvo al sentido de expropiación que ofrece el derecho internacional y, con base en ello, concluyó que el impacto del AMC sobre las actividades empresariales de Pope and Talbot no era suficiente para caracterizarlo como expropiación, de acuerdo con el derecho internacional.

C. S. D. Myers

En 1990, Canadá emitió las Normas para la Exportación de Desechos de PCB, por las cuales se prohibió la exportación de PCB a todos los países, salvo a Estados Unidos. Las normas permiten exportar el PCB a Estados Unidos previa autorización de la Agencia para la Protección del Medio Ambiente (EPA por su nombre en inglés) de dicho país, que sólo se otorgaba a las instancias oficiales de Estados Unidos que operan en Canadá. En 1995, la EPA autorizó a S.D. Myers —empresa estadounidense dedicada al tratamiento de desechos de PCB, con una planta principal en Ohio y una subsidiaria en Notario— para que exportara los desechos de PCB de Canadá y les diera tratamiento en Ohio, durante el periodo de noviembre de 1995 a diciembre de 1997. La autorización que la EPA otorgó a Myers fue revocada por el fallo de la Corte de Apelaciones del Noveno Circuito de Estados Unidos, en julio de 1997. Dado que, al término de 1995, las normas estadounidenses dejarían de prohibir la importación de desechos de PCB de Canadá, el gobierno canadiense adoptó varias medidas, entre 1995 y 1997, para restringir la exportación de tales desechos a Estados Unidos.

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

querirle que tratara sus desechos de PCB dentro de Canadá. Sin embargo, de acuerdo con el acuerdo transfronterizo entre Canadá y Estados Unidos, el primero está obligado a permitir la exportación de los desechos de PCB.

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

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

5. Demandas contra Estados Unidos

A. *Mondev*

Mondev International Ltd, una empresa con base en Montreal, celebró un contrato con la ciudad de Boston y la Boston Redevelopment Autho-

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

La empresa canadiense demandó el cumplimiento de la opción de compra ante los tribunales estadounidenses y recibió una decisión favorable en primera instancia en octubre de 1994. La decisión condenó a la Ciudad y a la Boston Redevelopment Authority al pago de daños por aproximadamente \$16 millones de dólares. La Ciudad y la agencia apelaron la decisión y ganaron en parte sobre la base de una ley estatal que impide sujetar a responsabilidad civil (*torts*) a la Boston Redevelopment Authority. La Suprema Corte de los Estados Unidos negó la solicitud de revisar la decisión en proceso de certiorari.⁴⁵

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

En su decisión, el tribunal arbitral resolvió sobre la base de objeciones presentadas por los Estados Unidos, que únicamente tenía competencia para conocer de las reclamaciones que versaran sobre la actuación de los tribunales de los Estados Unidos. Estas eran las únicas medidas en litigio llevadas a cabo durante la vigencia del TLCAN. El laudo sostuvo que el procedimiento judicial de los Estados Unidos y sus decisiones no constituían una denegación de justicia bajo el derecho internacional y, por lo tanto, cumplían con el estándar mínimo de trato establecido en el artículo 1105 del TLCAN. En una parte central del caso, el tribunal arbitral sostuvo que si bien la inmunidad otorgada por la ley estatal a BRA pudiere parecer un poco excesiva comparada con el desarrollo actual de estas inmunidades a nivel internacional, nada en

⁴⁵ Heather Scoffield, 1999.

el derecho internacional podría servir de base para atribuir responsabilidad al Estado porque sus tribunales aplicaran una legislación motivada racionalmente y existente con mucha anterioridad a la negociación y firma del TLCAN. Adicionalmente, nada en el proceso judicial en cuestión o en sus decisiones evidenciaba que hubieran sido producto de arbitrariedad o discriminación. Los tribunales bajo el TLCAN no se pueden constituir de ninguna forma en tribunales de apelación de decisiones de los tribunales nacionales que, a los ojos de inversionistas, pudieran ser inadecuado o erróneos.

B. *ADF*

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

ADF sometió su notificación de arbitraje el 21 de julio del 2000 bajo las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI. ADF solicitó compensación por 90 millones de dólares.⁴⁶ El laudo del tribunal arbitral fue emitido el 6 de enero del 2003, desechando la reclamación en su totalidad.

⁴⁶ Notice of Arbitration ADF Group Inc. v. The Government of the United States of America (July 19, 2000).

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

En su decisión, el tribunal arbitral sostuvo que por operación de la excepción del artículo XI08, los artículos 1102, 1103 y 1106 del TLCAN no eran aplicables al proceso de adquisición realizada por el estado de Virginia para el proyecto de la Interconexión Springfield. Para llegar a esta determinación resolvió que era el Estado de Virginia y no el gobierno federal el que llevó a cabo la adquisición y rechazó el argumento del reclamante en el sentido de que el estado de Virginia había sido forzado a aplicar la cláusula *buy American* por el gobierno federal. El tribunal también rechazó la reclamación conforme al artículo 1105 al resolver que el reclamante no había probado su argumento. La decisión señaló que bajo el TLCAN las compras gubernamentales estatales y locales no sólo caen bajo la excepción del artículo XI08, sino también bajo la excepción general del capítulo especial de compras gubernamentales, en tanto los países no adopten listas específicas sobre este nivel de gobierno. Por lo tanto, el reclamante tenía la carga de probar que no obstante actuar conforme a su propio derecho y a las obligaciones bajo el TLCAN, las medidas bajo disputa del estado de Virginia daban lugar a la responsabilidad de los E.E.U.U. por trato debajo del nivel mínimo del derecho internacional. El reclamante había sido incapaz de demostrar tal afirmación.

C. Loewen

Este es uno de los casos más interesantes y complejos al involucrar en forma detallada la actuación de la rama judicial de uno de los Estados parte. En realidad es uno de los pocos casos recientes reportados en el que se eleva al plano internacional la actuación de órganos de impar-tición de justicia locales. Si bien Mondev también involucró una reclamación de denegación de justicia, ahí se concentró la reclamación no sobre el proceso judicial en sí, sino sobre la aplicación de una ley específica por los tribunales estadounidenses. En Loewen, sin embargo, el centro de atención fue la conducción del proceso y lo sucedido frente al jurado.

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

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

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

El juicio estuvo plagado de referencias por parte de los abogados de *O Keefe* a la nacionalidad canadiense del grupo Loewen y a la existencia de vínculos asiáticos en comparación con el carácter local de *O Keefe* y a su servicio militar por Estados Unidos durante la Segunda Guerra Mundial en “combatir a los japoneses”. También jugaron fuertemente con la carta racial para implicar que Loewen se rehusaría a dar servicio a la comunidad afro-americana y que lo único que buscaba era monopolizar los servicios funerarios para luego elevar los precios. Asimismo, presentaron el caso como el de una gran empresa extranjera tratando de abusar del empresario local pequeño comprometido con su comunidad. Es importante

señalar que ocho de los doce miembros del jurado eran afro-americanos, así como el juez y los abogados de ambas partes. El veredicto final fue en contra de Loewen. El jurado condenó a la empresa por 100 millones de dólares por concepto de daños ordinarios y 400 millones de dólares por daños punitivos en la condena de daños más alta en la historia emitida en un juicio en Mississippi.

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

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

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

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

En su laudo, el tribunal arbitral falló a favor de la objeción de jurisdicción presentada por los Estados Unidos. Así desechó por completo la re-

clamación del grupo Loewen sobre la base de la transferencia de los derechos derivados de la reclamación a una empresa estadounidense y la reclamación de Raymond Loewen por su incapacidad de demostrar que controlaba al grupo Loewen desde el inicio de la reclamación y hasta su restructuración en el procedimiento de quiebra.

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

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

IV. CONCLUSIONES

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

En términos generales, las evidencias que se desprenden de nuestro análisis señalan que es un mecanismo eficiente y, por tanto, efectivo para resolver las disputas en materia de inversión. La experiencia hasta ahora muestra que los arbitrajes se han iniciado, se han constituido los tribunales y se han comenzado los procedimientos, sin que las partes en disputa hayan pretendido retrasar las cosas o se hayan rehusado al arbitraje. Las partes han contado con amplias oportunidades para someter sus alegatos y argumentos, objeciones procedimentales, impugnaciones de competencia, y hasta procedimientos de nulidad de los laudos. A la fecha, lo usual ha sido que los tribunales concedan cuatro rondas de alegatos por escrito, sobre temas sustantivos, además de permitir todas las impugnaciones jurisdiccionales y de competencia..

A diferencia de los otros mecanismos para la resolución de disputas que incluye el TLCAN, el arbitraje en materia de inversión del capítulo 11 utiliza normas de procedimiento que existen y se aplican fuera del Tratado, y que comprenden órganos administrativos independientes —como son el caso del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)—, y las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI las cuales establecen formas para resolver los impasses durante la administración de un arbitraje que no depende únicamente de la buena voluntad de las partes en disputa. Esto contribuye a la conducción ágil y eficiente de los procedimientos.

V. APÉNDICE ESTADÍSTICO
 Los casos presentados ante el capítulo 11 en la primera
 década del TLCAN

<i>Parte demandante</i>	<i>Parte demandada</i>	<i>Mecanismo de solución de controversia</i>	<i>Duración de la controversia (Años)</i>	<i>Condena por daños (millones de dólares)</i>
Ethyl Corp (EUA)	Canadá	CNUDMI	1.76	13
Azinian et al. (EUA)	México	CIADI	2.63	0
Metalclad (EUA)	México	CIADI	3.66	16.7
Waste Managment I (EUA)	México	CIADI	1.68	0
Waste Management II (EUA)	México	CIADI	En curso	—
S.D. Myers (EUA)	Canadá	CNUDMI	3.98	4.4
Sun Belt Water (EUA)	Canadá (Columbia Británica)	—	Suspendido	—
Pope and Talbot (EUA)	Canadá	CNUDMI	3.19	0.461
Methanex (Canadá)	EUA (California)	CNUDMI	En curso	—
Ketcham (EUA)	Canadá	—	No prosiguió	—
Halchette (EUA)	México	—	No prosiguió	—
Signa (México)	Canadá	—	No prosiguió	—
Cemsa (EUA) (Karpa et al)	México	CIADI		1.7
Loewen (Canadá)	EUA (Mississippi)	CIADI	4.59	0

<i>Parte demandante</i>	<i>Parte demandada</i>	<i>Mecanismo de solución de controversia</i>	<i>Duración de la controversia (Años)</i>	<i>Condena por daños (millones de dólares)</i>
United Parcel Services, UPS (EUA)	Canadá	CNUDMI	En curso	—
Mondev (Canadá)	EUA (Boston)	CIADI	3.07	0
ADF (Canadá)	EUA	CIADI	2.44	0
Trammel Crow (EUA)	Canadá	No ha presentado notificación	En curso	—
Crompton (EUA)	Canadá	No ha presentado notificación	En curso	—
Robert E. Frank (EUA)	México	CNUDMI	En curso	—
Canfor (Canadá)	EUA	No ha presentado notificación	En curso	—
Fireman's Fund (EUA)	México	CIADI	En curso	—
GAMI Investments (EUA)	México	CNUDMI	En curso	—
Corn Products International, Inc. (EUA)	México	CIADI	En curso	—
International Thunderbird Gaming Corp. (EUA)	México	CNUDMI	En curso	—
Glamis Gold, Ltd. (Canadá)	EUA	CNUDMI	En curso	—
Kenex, Ltd. (Canadá)	EUA	CNUDMI	En curso	—
Tembec <i>et al.</i> (Canadá)	EUA	CNUDMI	En curso	—

VI. BIBLIOGRAFÍA SOBRE INVERSIÓN EXTRANJERA

- DAWSON, Laura Ritchie (ed.), “Whose Rights?”, *The NAFTA Chapter 11 Debate*, Ottawa, Center for Trade Policy and Law, 2002.
- DEPALMA, Anthony, “Nafta’s Powerful Little Secret. Obscure Tribunals Settle Disputes, but Go Too Far, Critics Say”, *The New York Times*, Money and Business/Financial Desk, sección 3, domingo 11 de marzo de 2001.
- HEFTYE ETTIENE, Fernando, “Capítulo XI del Tratado de Libre Comercio de América del Norte: Inversión” *El Tratado de Libre Comercio de América del Norte. Análisis, diagnóstico y propuestas jurídicas*, t. II, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1993.
- MANN, Howard, *Private Rights, Public Problems; A Guide to NAFTA’s Controversial Chapter on Investor Rights*, Wunnipeg, Canada, International Institute for Sustainable Development, 2001.
- MATEO VENTURINI, Fernando de, “NAFTA, Foreign Direct Investment and Economic Integration; A Mexican Approach, in OECD”, *Migration, Free Trade and Regional Integration in North America*, París, Francia, 1998.
- SAUVÉ Pierre and Daniel SWANEN (eds.), *Investment Rules for the Global Economy; Enhancing Access to Markets*, Toronto, C.D Howe Institute, 1996.
- OECD, *Open Markets Matter; The Benefits of Trade and Investment Liberalization*, París, Francia, 1998.
- VON WOBESER, Claus, “El régimen legal de la inversión extranjera en el TLCAN y sus efectos en los flujos de capital hacia México”, en Beatriz Leycegui y Rafael Fernández de Castro (eds) *¿Socios Naturales? Cinco años del Tratado de Libre Comercio de América del Norte*, México, Porrúa, 2000.