

DERECHOS PRIVADOS, PROBLEMAS PÚBLICOS

Una guía sobre el
controvertido capítulo del
TLCAN referente a los
derechos de los
inversionistas

IIDS

INSTITUTO INTERNACIONAL
PARA EL DESARROLLO SUSTENTABLE



DERECHOS PRIVADOS, PROBLEMAS PÚBLICOS

Una guía sobre el controvertido
capítulo del TLCAN referente a
los derechos de los
inversionistas

IIDS

INSTITUTO INTERNACIONAL
PARA EL DESARROLLO SUSTENTABLE



Copyright © 2001 Instituto Internacional para el Desarrollo
Sustentable y World Wildlife Fund
Publicado por el Instituto Internacional para el Desarrollo
Sustentable

Todos derechos reservados.

Impreso en Canadá

Las copias están disponibles del IIDS.

Las copias se pueden también pedir en línea con IISD.

Ver <<http://iisd.ca/about/prodcat/ordering.htm>>.

National Library of Canada Cataloguing in Publication Data

Main entry under title:

Derechos privados, problemas publicos

Translation of: Private rights, public problems.

Copublished by: World Wildlife Fund.

ISBN 1-894784-00-6

1. Canada. Treaties, etc. 1992 Oct. 7. Chapter 11.
2. Free trade—Environmental aspects—North America.
3. Investments, Foreign—Law and legislation—North America. I. International Institute for Sustainable Development. II. World Wildlife Fund.

HF1746.P7618 2001 382'.917 C2001-910998-9

Este libro se ha imprimido en papel reciclado.

International Institute for Sustainable Development
161 Portage Avenue East, 6th Floor
Winnipeg, Manitoba CANADA
R3B 0Y4

Tel: +1 (204) 958-7700

Fax: +1 (204) 958-7710

E-mail: info@iisd.ca

Internet: <http://www.iisd.org>

Índice

1.	El Capítulo XI y el ciudadano preocupado	1
1.1	Dos inquietudes básicas	1
1.2	La finalidad de esta guía	2
2.	¿Qué son los convenios internacionales de inversión, y por qué se incorporó uno en el TLCAN?	5
2.1	Convenios internacionales de inversión: una nota breve	5
2.2	¿Por qué se incorporó en el TLCAN un capítulo sobre inversiones?	7
3.	El Capítulo XI en pocas palabras	11
3.1	El ámbito de aplicación del Capítulo XI	11
3.2	Los derechos de los inversionistas en el marco del Capítulo XI	13
3.3	El proceso de solución de controversias	13
3.4	Las disposiciones ambientales del Capítulo XI	14
4.	¿Por qué han llegado estas disposiciones a provocar tal inquietud?	17
4.1	Del escudo a la espada	18
4.2	Una interpretación amplia de las obligaciones	19
4.3	Una estrecha interpretación de los objetivos	20
4.4	Derechos sin responsabilidades	22
4.5	Falta de limitaciones políticas	22
4.6	Falta de acceso del público y de responsabilización ante éste	23
5.	¿Qué abarca el Capítulo XI?	25
5.1	El enfoque amplio con el que se define a los “inversionistas” y a las “inversiones”	25
5.2	Una definición amplia y retroactiva de “medidas” gubernamentales	26

6.	¿Cuáles son las obligaciones estipuladas en el Capítulo XI?	29
6.1	El trato nacional y el trato de nación más favorecida	30
6.2	Nivel internacional mínimo de trato	32
6.3	Requisitos de desempeño	34
6.4	Expropiación	35
6.5	Resumen: el impacto de las obligaciones establecidas en el Capítulo XI	38
7.	Cómo se hacen respetar los derechos del inversionista extranjero: el proceso de arbitraje en los casos inversionista-Estado, y su carácter antidemocrático	43
7.1	¿Qué es el proceso de arbitraje inversionista-Estado y cómo se inicia?	43
7.2	Nombramiento del Tribunal arbitral	44
7.3	¿Existen limitaciones para iniciar un caso?	46
7.4	¿Qué legislación aplica el Tribunal?	47
7.5	¿Puede dictaminar un Tribunal acerca de la legislación nacional de un país?	47
7.6	El papel de los casos anteriores	48
7.7	¿Cómo se hacen conocer al público los casos y su contenido?	49
7.8	¿Puede participar el público en el proceso?	51
7.9	¿Puede apelarse una decisión?	53
7.10	Resumen	54
8.	¿Hacia dónde ir ahora?	57
8.1	Lecciones útiles para otras negociaciones	58
	Anexo 1: Extractos seleccionados del TLCAN	61

Anexo 2: Compendio de casos conocidos en el marco del Capítulo XI	79
Casos relacionados con el medio ambiente	
1. Ethyl Corporation contra Canadá	81
2. Metalclad contra México	85
3. Robert Azinian y otros (Desona de. C.V.) contra México	91
4. Waste Management (Acaverde) contra México, (No. 1)	94
5. Waste Management (Acaverde) contra México, (No. 2)	96
6. S.D. Myers contra Canadá	97
7. Sun Belt Water contra Canadá	105
8. Pope y Talbot contra Canadá	107
9. Methanex contra Estados Unidos	111
10. Ketchum Investments Inc. e Tysa Investments Inc. contra Canadá	116
Casos no relacionados con el medio ambiente	
11. Halchette Distribution System contra México	117
12. Signa S.A. de C.V. contra Canadá	117
13. Marvin Ray Feldman Karpa contra México	118
14. Loewen Group contra Estados Unidos	119
15. Mondev International contra Estados Unidos	122
16. U.P.S. contra Canadá	123
17. A.D.F. Group contra Estados Unidos	125

**Derechos privados,
problemas públicos**

Una guía sobre
el controvertido
capítulo del TLCAN
referente a los
derechos de los
inversionistas

Instituto Internacional para el Desarrollo Sustentable

La visión del IIDS es una mejor calidad de vida, sostenible, para todos. Su misión es abogar por la innovación, posibilitando que las sociedades vivan sustentablemente. Es una entidad independiente, sin fines de lucro, con sede en Winnipeg (Canadá) establecida y apoyada por los gobiernos del Canadá y de la provincia canadiense de Manitoba.

El trabajo del IIDS en materia de comercio e inversión comenzó en 1991. Desde entonces, el Instituto trabaja continuamente para que el centro de la atención pase del comercio y el medio ambiente al comercio y el desarrollo sustentable, a fin de incorporar en esos debates las preocupaciones esenciales de los países en desarrollo. Su propósito es promover soluciones que favorezcan que el comercio y la inversión contribuyan a los objetivos amplios del desarrollo sustentable.

El Instituto ha difundido un gran número de publicaciones, sobre temas que comprenden la reforma de la OMC, los Acuerdos Multilaterales sobre Medio Ambiente, los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio, las reglas de inversión, la ciencia y la precaución, el ordenamiento ambiental a nivel internacional, y la integración del hemisferio occidental. Este libro es el producto del Proyecto del IIDS sobre el Derecho de la Inversión y el Desarrollo Sustentable.

Para más información véase el sitio Internet del IIDS:
<http://www.iisd.org>.

Fondo Mundial para la Naturaleza (WWF-EE.UU.)

Conocido en todo el mundo por su logotipo del oso panda, el Fondo Mundial para la Naturaleza (WWF por sus siglas en inglés) se dedica a proteger la fauna y las regiones silvestres del mundo. El WWF es la organización internacional privada más grande del mundo en apoyo a la conservación, cuenta con casi cinco millones de miembros en todo el mundo (más de un millón en los Estados Unidos). Desde su creación en 1961, el WWF ha invertido en más de 13,100 proyectos en 157 países. El WWF dirige sus esfuerzos de conservación hacia tres metas mundiales: proteger las áreas amenazadas, salvar las especies en peligro de extinción, y abordar las amenazas mundiales. Mediante sus actividades, que van desde salvar al oso panda gigante, el tigre y el rinoceronte, hasta ayudar a establecer y dirigir parques y reservas en todo el mundo, el WWF ha sido un líder de la conservación de la naturaleza durante más de 39 años.

Derechos privados, problemas públicos

Una guía sobre
el controvertido
capítulo del TLCAN
referente a los
derechos de los
inversionistas

El Programa del WWF sobre el Comercio Sustentable está dedicado a promover la conservación de la naturaleza mediante el compromiso con cuestiones de política pública tocantes al comercio, la inversión y los intercambios internacionales. El objetivo del Programa es ayudar a crear las leyes, políticas y procesos necesarios para hacer que el comercio internacional sea sustentable desde el punto de vista tanto humano como ecológico.

Para más información, véase el sitio web del WWF:
<http://www.worldwildlife.org/commerce>

Prefacio

Sus reuniones son secretas. Por lo general no se sabe quiénes son sus miembros. Las decisiones que toman no necesariamente se revelan por completo. No obstante, la manera en que un pequeño grupo de tribunales internacionales maneja las controversias entre inversionistas y gobiernos extranjeros ha dado lugar a la revocación de leyes nacionales, y a la impugnación de sistemas de justicia y reglamentos ambientales. Y todo ello se hace en nombre de la protección de los derechos de los inversionistas extranjeros al amparo del Tratado de Libre Comercio de América del Norte.

*The New York Times
11 de marzo de 2001*

Para quienes se preocupan por el desarrollo sustentable y por la conservación de los recursos biológicos de nuestro planeta, los esfuerzos internacionales encaminados a promover la “inversión extranjera directa” deben ser al mismo tiempo una fuente de esperanza y de inquietud. Por una parte, el crecimiento económico que la inversión extranjera puede estimular en países donde la pobreza es una causa principal de sufrimiento humano y deterioro ambiental, hace de tal inversión un ingrediente necesario del desarrollo sustentable. Sin un crecimiento de la inversión internacional, nuestro futuro sería más limitado.

Por otro lado, la inversión internacional y las reglas e instituciones que la promueven pueden amenazar el desarrollo sustentable — y en algunos casos lo amenazan. El simple crecimiento de la inversión no es suficiente para garantizar que la nueva riqueza se distribuirá equitativamente, ni que el comercio resultante se basará en actividades ecológicamente racionales. Para que la inversión internacional contribuya al logro de un desarrollo que sea sustentable, los gobiernos tendrán que seguir ayudando a establecer el contexto jurídico y económico en el cual se efectúa la inversión.

Es por consiguiente irónico que algunos de los nuevos mecanismos internacionales diseñados para promover la inversión extranjera directa hayan empezado a interferir en esta función gubernamental esencial. En ningún otro lugar es ello más evidente que en la experiencia creciente acumulada en el marco de las reglas de inversión establecidas en el Capítulo XI del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (el TLCAN), el tema de la presente guía. En los siete años transcurridos desde la puesta en vigor del TLCAN el

Derechos privados, problemas públicos

Una guía sobre el controvertido capítulo del TLCAN referente a los derechos de los inversionistas

1 de enero de 1994, las empresas multinacionales han usado el Capítulo XI para poner en tela de juicio una serie de reglamentos públicos en los tres países signatarios del TLCAN: Canadá, los Estados Unidos y México. Resulta particularmente inquietante que en parte de esos casos se contravienen leyes y reglamentos ambientales.

Mientras que la impugnación de medidas gubernamentales forma inevitablemente parte de los mecanismos diseñados para proteger jurídicamente a los inversionistas extranjeros, la aplicación del Capítulo XI hasta la fecha refleja una perturbadora falta de equilibrio entre la protección de los intereses privados y la necesidad de promover y proteger el bienestar público. La naturaleza de las impugnaciones efectuadas hasta ahora ha sorprendido incluso a muchos de los autores del tratado. En el momento en que esta guía fue a la imprenta, los gobiernos canadiense y mexicano se mostraban cada vez más dispuestos a introducir reformas. El Gobierno de los Estados Unidos, entretanto, ha sobrellevado tranquilamente más de dos años de atizados debates internos no resueltos sobre la orientación de su política de inversión internacional.

Independientemente de que los problemas suscitados en el marco del Capítulo XI sean de “consecuencias no intencionales” o reflejen un desajuste más profundo en el enfoque del TLCAN, el hecho es que tales problemas son reales. Pero a pesar de la historia del Capítulo XI (y a pesar del espectacular fracaso en 1998 de las negociaciones que tenían como objetivo el establecimiento de un convenio mundial que incorporaba muchas de las principales características del Capítulo XI), las reglas de inversión del TLCAN siguen sirviendo de modelo para el proyecto de Acuerdo de Libre Comercio de las Américas, y para otros convenios internacionales.

Algunos observadores consideran que las críticas al Capítulo XI son prematuras porque la jurisprudencia relacionada con el TLCAN está todavía en una etapa temprana de desarrollo. Sin embargo, el valor de lo que está en juego es muy elevado, los problemas son demasiado evidentes, y las tendencias de la jurisprudencia demasiado perturbadoras como para permitir la complacencia. Esta guía tiene como finalidad ayudar al público en general a comprender los elementos del debate acerca del Capítulo XI. Está destinada a proporcionar un punto de referencia sencillo y actualizado que permita a sus lectores contribuir a una discusión bien informada sobre el futuro del TLCAN y otros convenios internacionales de inversiones.

El mundo se enfrenta ante una necesidad fundamental no solo de nuevas inversiones internacionales, sino también de mejoras profundas en nuestras políticas nacionales e internacionales de apoyo al desarrollo sustentable. El logro de un equilibrio adecuado entre estas dos metas es nada menos que imperativo.

David Runnalls
Presidente
Instituto Internacional
para el Desarrollo Sustentable

Kathryn S. Fuller
Presidente
Fondo Mundial para
la Naturaleza
(WWF-EE.UU.)

**Derechos privados,
problemas públicos**

Una guía sobre
el controvertido
capítulo del TLCAN
referente a los
derechos de los
inversionistas

Agradecimientos

Esta guía fue escrita por el Dr. Howard Mann, un abogado internacional con sede en Ottawa, especializado en los aspectos de medio ambiente, comercio e inversión del derecho internacional relativo al desarrollo sustentable. Es socio del IIDS, y desde hace mucho tiempo analista de las repercusiones de las inversiones internacionales y del derecho comercial internacional sobre el desarrollo sustentable.

Aaron Cosbey, del IIDS, tuvo a su cargo la dirección de este proyecto, así como la revisión del texto en colaboración con David Schorr del Fondo Mundial para la Naturaleza Estados Unidos. Fueron particularmente útiles el asesoramiento y las observaciones formuladas por un equipo de revisores entre los que figuraron Steve Shrybman y Mónica Araya. No obstante, las opiniones expresadas en esta guía son las del IIDS y del Fondo Mundial para la Naturaleza, y no deben atribuirse a las personas mencionadas. Konrad von Moltke, Luke Peterson y Jennifer Castleden, del IIDS, merecen asimismo reconocimiento por sus observaciones sobre el texto.

En http://www.iisd.org/trade/investment_regime.htm se puede encontrar una versión electrónica de esta guía, así como detalles del Proyecto del IIDS sobre el derecho de la inversión y del desarrollo sustentable, del cual este libro es parte. Además, en <http://www.worldwildlife.org/commerce>, el Fondo Mundial para la Naturaleza–Estados Unidos tiene un sitio sobre inversiones.

La presente guía fue elaborada conjuntamente por el IIDS y el Fondo Mundial para la Naturaleza–Estados Unidos, como parte de un esfuerzo internacional encaminado a hacer tomar más conciencia de todas las implicaciones del derecho de la inversión. Este trabajo fue posible gracias al generoso apoyo financiero de la Fundación Ford.

1.

El Capítulo XI y el ciudadano preocupado

El “Capítulo XI” es una expresión conocida en los Estados Unidos; se utiliza cuando alguien busca la protección de los tribunales para evitar una bancarrota inminente. Pero en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (el TLCAN) el Capítulo XI tiene otro significado. Es la parte del TLCAN referente a la protección de los inversionistas procedentes del Canadá, México o los Estados Unidos cuando invierten en un país del TLCAN que no sea el propio.¹ Para algunos, el Capítulo XI es un requisito vital para promover el libre flujo de capitales en un mercado norteamericano cada vez más abierto. Para otros, el Capítulo XI representa otra clase de bancarrota — la bancarrota de la formulación de la política pública y de la legislación internacional en la era de la globalización económica.

1.1 Dos inquietudes básicas

¿De qué trata el Capítulo XI y por qué están preocupados tantos grupos de ciudadanos (y líderes de gobierno)?

El Capítulo XI está diseñado para proteger los intereses de los inversionistas extranjeros, y para liberalizar la inversión internacional. Pero desde hace unos años, grupos de ciudadanos (y algunos funcionarios de gobierno) de los tres países del TLCAN se están preocupando cada vez más por que los efectos del Capítulo XI quizá lleven demasiado lejos. El punto central de su inquietud se relaciona con la capacidad de las empresas, en particular las empresas extranjeras, para utilizar las disposiciones del Capítulo XI de manera que puedan restringir o incluso anular la capacidad de los gobiernos de proteger el bienestar humano y el medio ambiente. Estas inquietudes pueden resumirse en dos reclamos básicos formulados por los críticos del Capítulo XI, a saber:

- El Capítulo XI puede socavar los esfuerzos encaminados a promulgar nuevas leyes y reglamentos que protejan el interés público, en particular el medio ambiente y la salud humana.
- Al amparo del Capítulo XI se puede exigir que los gobiernos paguen una indemnización a las industrias contaminantes, a pesar de que sus actividades tienen repercusiones adversas sobre la salud y el bienestar públicos.

1.2 La finalidad de esta guía

Esta guía evalúa los *derechos privados* y los *problemas públicos* de manera objetiva y con un lenguaje directo y claro. Para ello, la guía se remonta al comienzo, examinando primero las razones que dieron origen a los acuerdos internacionales sobre inversiones, y luego las razones por las cuales esta tendencia se extendió al TLCAN. Acto seguido, la guía expone brevemente los componentes principales del Capítulo XI. Después, trata de explicar por qué la legislación sobre inversiones extranjeras (un área que se ha desarrollado durante más de 50 años sin ser objeto de grandes polémicas públicas) se ha convertido repentinamente en un importante motivo de inquietud internacional.

Más adelante, la guía examina detalladamente los componentes principales del Capítulo XI, es decir lo que abarcan, las obligaciones que imponen y los instrumentos de cumplimiento que proporcionan. A partir de este análisis, se llega a la conclusión de que el Capítulo XI en verdad amenaza la capacidad de los gobiernos para proteger el interés público en lo concerniente al medio ambiente, la salud humana y otros temas sociales.

Muchos miembros de la sociedad civil consideran que, en general, los acuerdos sobre comercio e inversión impiden que los gobiernos hagan aquello para lo cual los han elegido, es decir proteger los intereses de las personas a las que sirven. Esta guía no toma una posición tajante contra los acuerdos de inversión o comerciales. Por el contrario, reconoce la importante función que deben desempeñar esos convenios si el comercio y la inversión están encaminados a reducir la pobreza y promover el desarrollo sustentable en todo el mundo. Pero cada uno de esos convenios se debe analizar individualmente para evaluar la contribución que aporta a estas metas. Lo que este libro examina son las inquietudes que han surgido en torno a la estructura y aplicación actuales del Capítulo XI, es decir si está funcionando de una manera que da lugar a resultados apropiados y aceptables. De lo contrario, ¿por qué no lo hace?

El presente enfoque nos permite aprender de los primeros seis años de funcionamiento del TLCAN. Habiendo concluido que hay graves fallas en el diseño y el funcionamiento del Capítulo XI, miramos al futuro. ¿Qué se puede hacer para resolver los problemas, y qué se puede hacer para que no se repitan los mismos errores en otras negociaciones sobre inversiones, en particular en las negociaciones del Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA) y en la Organización Mundial del Comercio (OMC)?² Dada la posible creación de convenios

sobre inversiones nuevos y más extensos, esta publicación termina con una pregunta fundamental: ¿pueden repararse las fallas del Capítulo XI introduciendo un nuevo lenguaje, o hay alguna falla más profunda que afecta más ampliamente al fundamento mismo del capítulo?

Notas finales

- 1 El texto completo del TLCAN, inclusive el Capítulo XI, se halla en <http://www.nafta-sec-alena.org/spanish/index.htm>.
- 2 En el proceso del ALCA participan 34 países del hemisferio occidental, desde el Artico hasta el Antártico — es decir todos los países excepto Cuba. Se espera que este proceso de negociación finalice en 2003 ó 2005. La Organización Mundial del Comercio está considerando activamente la posibilidad de incluir más temas de inversión en una nueva ronda de negociaciones comerciales a nivel mundial.

Derechos privados, problemas públicos

Una guía sobre
el controvertido
capítulo del TLCAN
referente a los
derechos de los
inversionistas

2.

¿Qué son los convenios internacionales de inversión, y por qué se incorporó uno en el TLCAN?

2.1 Convenios internacionales de inversión: Una nota breve

Tradicionalmente, los convenios internacionales de inversión tenían dos finalidades básicas. En primer lugar, estaban concebidos para proteger a los inversionistas extranjeros de actos nefastos o discriminatorios por parte del “país anfitrión”, es decir el país en el cual invierten. A principios de los años cincuenta y durante los años sesenta y setenta, algunas inversiones extranjeras fueron confiscadas directamente por los gobiernos anfitriones, sin indemnización; en otros casos se impidió la continuación de las actividades correspondientes y los activos se expropiaron de maneras menos directas. Así sucedió cuando había dos bloques políticos bien definidos, Este-Oeste, y en periodos de descolonización. Esas dos situaciones daban a menudo lugar a divergencias entre los inversionistas extranjeros y los gobiernos anfitriones en lo concerniente a objetivos económicos y sociales. Durante ese período, las inversiones se orientaban principalmente a instalaciones productivas o actividades tales como la producción manufacturera, la minería, y la extracción y elaboración de petróleo. Estos tipos de inversiones se conocen como inversión extranjera directa (IED).

La inestabilidad política y legal asociada a la IED durante ese período llevó a que abogados y diplomáticos elaboraran tratados bilaterales de inversión (TBI) entre los Estados de origen de los inversionistas y los países anfitriones. Mediante estos TBI se procuraba reducir los riesgos de los inversionistas exigiendo que las empresas extranjeras recibieran un trato tan favorable como las empresas nacionales, y conforme a otras obligaciones que se describen en la sección 5 de este libro. La mayoría de los TBI también comprendían disposiciones relativas a la solución de controversias, primero mediante arbitraje entre el Estado de procedencia y el Estado anfitrión, y posteriormente mediante arbitraje directo entre el inversionista extranjero y el Estado anfitrión. Estos tratados se

Derechos privados, problemas públicos

Una guía sobre el controvertido capítulo del TLCAN referente a los derechos de los inversionistas

A fines de los años noventa, había más de 1800 TBI en vigor. Habían evolucionado desde sus comienzos de varias maneras. Los procedimientos de solución de controversias pasaron de ser mecanismos internacionales voluntarios a ser procesos de arbitraje de carácter vinculante que podía iniciar un inversionista extranjero. Además, en los acuerdos comerciales como el TLCAN, empezaron a aparecer obligaciones relativas a las inversiones.

consideraban importantes incluso cuando la legislación nacional se había actualizado para proteger a los inversionistas extranjeros (y a menudo nacionales), porque “consolidaban” las nuevas leyes nacionales y en consecuencia la protección de los inversionistas.

A medida que crecía la red de convenios de inversión surgió un segundo objetivo, esta vez desde la perspectiva del país anfitrión. Los convenios de inversiones se consideran generalmente instrumentos para reducir los riesgos del inversionista extranjero. Dado que el riesgo es un factor importante en las decisiones empresariales acerca de cuando y dónde invertir, los países que contaban con convenios de inversión (especialmente los países en desarrollo) estimaron que eran un elemento positivo para atraer a los inversionistas extranjeros. Desde luego, otros factores son también importantes: los recursos disponibles para ejercer una actividad económica, la presencia de una fuerza laboral capacitada, el acceso a los mercados, etc. Sin embargo, cuando estos elementos estaban presentes, los países que buscaban atraer a la inversión extranjera llegaron a creer que el tener convenios de inversión les daba una ventaja sobre otros países que no los tenían.

Mientras que estos dos objetivos se relacionaban con la protección de los inversionistas, en los años ochenta apareció otro tipo de objetivo de la negociación de regímenes internacionales de inversión: la liberalización de las inversiones. Las reglas de liberalización de la inversión procuran expandir las oportunidades para la IED de dos maneras principales. Primero, buscan eliminar las restricciones que los gobiernos a veces imponen a los tipos de inversiones extranjeras permitidas dentro de sus fronteras (por ejemplo, la exclusión de sectores económicos particulares). Segundo, prohíben por lo general una categoría de prácticas conocidas como “requisitos de desempeño” que imponen condiciones a las actividades de inversión (por ejemplo, exigen que los inversionistas utilicen materias primas locales o exporten cierto porcentaje de su producción). El desarrollo de estas disposiciones de liberalización de las inversiones se apoya en la teoría económica del libre mercado, cada vez más prominente en los años ochenta, que sostiene que la restricción de la inversión extranjera y la imposición de condiciones a ésta son económicamente ineficientes porque distorsionan la evolución de las inversiones. Se ha alegado que, aunada a la eliminación de las barreras al comercio, la liberalización de las inversiones conduciría a un nivel más alto de eficiencia económica y sería en último término mejor tanto para los países anfitriones como para las empresas.

Claramente, este tipo de disposiciones van mucho más allá del alcance inicial de la protección de los inversionistas. Hoy en día, los convenios de inversión reflejan normalmente una combinación de los objetivos de protección de los inversionistas y liberalización de las inversiones.

A fines de los años noventa, había más de 1800 TBI en vigor. Habían evolucionado desde sus comienzos de varias maneras. Los convenios posteriores incorporaron objetivos de liberalización de las inversiones, así como objetivos de protección de los inversionistas. Asimismo, los procedimientos de solución de controversias pasaron de ser mecanismos internacionales voluntarios a ser procesos de arbitraje de carácter vinculante que podía iniciar un inversionista extranjero. Además, en los acuerdos *comerciales* como el Acuerdo de Libre Comercio entre el Canadá y los Estados Unidos, el Convenio que establece el Mercosur, los convenios de la Unión Europea, la Carta Europea de la Energía y, desde luego, el TLCAN, empezaron a aparecer obligaciones relativas a las inversiones.³

2.2 ¿Por qué se incorporó en el TLCAN un capítulo sobre inversiones?

La redacción del TLCAN propiamente dicho se concluyó en 1992. Al entrar en vigor el 1 de enero de 1994, el tratado estableció entre el Canadá, México y los Estados Unidos un área de libre comercio que en ese momento era la más poblada del mundo.

El precursor principal del TLCAN fue el Acuerdo de Libre Comercio Canadá-Estados Unidos, finalizado en 1988, que contenía disposiciones relativas a la protección de los inversionistas y a la liberalización de las inversiones. Pero dado que tanto el Canadá como los Estados Unidos tenían infraestructuras jurídicas y económicas similares, la protección de los inversionistas no era el tema clave de dicho acuerdo. Más bien, el principal objetivo de los Estados Unidos era la liberalización de las inversiones en el Canadá, a tal punto que condicionó la finalización del acuerdo comercial en general a la inclusión en el mismo de un capítulo sobre inversión. El Canadá, por su parte, quería preservar la mayor cantidad posible de sus restricciones a la inversión extranjera. Al final de la negociación, el Canadá acordó en reducir significativamente sus barreras a las inversiones extranjeras, y ambas partes aceptaron incluir en el acuerdo disposiciones relativas a la protección de los inversionistas del tipo de las generalmente contenidas en los TBI en ese momento. Sin embargo, el Acuerdo entre el Canadá y los Estados Unidos no incluía un mecanismo de carácter vinculante para la solución

Derechos privados, problemas públicos

Una guía sobre
el controvertido
capítulo del TLCAN
referente a los
derechos de los
inversionistas

México, por su parte, adoptó la meta de atraer nuevas inversiones extranjeras. Con la administración de Salinas, México promovió mercados más abiertos y un régimen de inversión abierto. Aunque originalmente México se opusiera, la inclusión del capítulo sobre inversión en el TLCAN llegó a ser considerada como una manera de “anunciar” que el país era en verdad un lugar nuevo y seguro para hacer negocios.

En último término, Capítulo XI incorporó elementos más firmes de protección de los inversionistas y liberalización de las inversiones que el Acuerdo de Libre Comercio Canadá-Estados Unidos, o cualquier TBI vigente.

de controversias entre el inversionista extranjero y el Estado anfitrión.

Con este modelo en mano, los Estados Unidos procuraron hacer extensivo el convenio de inversiones al TLCAN trilateral. Sin embargo, en el caso del TLCAN era más importante para los Estados Unidos asegurar la protección de los inversionistas en México, dado el inestable historial de ese país en cuanto al tratamiento de los inversionistas extranjeros. La oportunidad de aumentar la IED en México mediante disposiciones enérgicas de liberalización de las inversiones siguió siendo una meta importante. Aunque la legislación nacional mexicana estaba cambiando, los inversionistas de los Estados Unidos querían una variedad más amplia de protecciones y un acceso a los mercados que una administración posterior no pudiera revertir fácilmente.

Estos objetivos recibieron gran apoyo del Canadá en beneficio de sus inversionistas. Por otro lado, el Canadá esperaba que el capítulo sobre inversión no diera lugar a una reducción ulterior de su régimen de administración de las inversiones extranjeras, en particular en sectores como la cultura y la ordenación de los recursos naturales.

México, por su parte, adoptó la meta de atraer nuevas inversiones extranjeras. Con la administración de Salinas, México promovió mercados más abiertos y un régimen de inversión abierto. Aunque originalmente México se opusiera, la inclusión del capítulo sobre inversión en el TLCAN llegó a ser considerada como una manera de “anunciar” que el país era en verdad un lugar nuevo y seguro para hacer negocios. Cinco y seis años después, México se convirtió en el defensor más firme del régimen de inversión del TLCAN, tras haber visto un aumento exponencial de las inversiones de sus socios del TLCAN, así como de inversionistas europeos y japoneses ansiosos por tener mejor acceso al mercado norteamericano mediante una ubicación de bajo costo que ahora consideraban “segura”.

Como la meta del TLCAN va más allá de la liberalización comercial para promover un mercado más integrado de alcance norteamericano para bienes, servicios y capital, la justificación económica de la liberalización de las inversiones desempeñó una importante función en la redacción del texto definitivo del Capítulo XI. En último término, este capítulo incorporó elementos más firmes de protección de los inversionistas y liberalización de las inversiones que el Acuerdo de Libre Comercio Canadá-Estados Unidos, o cualquier TBI vigente.

Notas finales

- 3 Los tratados que establecen la Unión Europea estipulan protecciones aún más amplias que otros regímenes, aunque en un entorno institucional y jurídico muy diferente y más amplio. Por otro lado, el Convenio que establece el Mercosur — el mercado común de los países de Cono Sur de América Latina — es considerablemente más cauteloso que el TLCAN en sus disposiciones sobre inversión, como lo son las disposiciones en materia de inversión del Acuerdo de Libre Comercio México-Estados Unidos.

Derechos privados, problemas públicos

Una guía sobre el controvertido capítulo del TLCAN referente a los derechos de los inversionistas

**Derechos privados,
problemas públicos**

Una guía sobre
el controvertido
capítulo del TLCAN
referente a los
derechos de los
inversionistas

3.

El Capítulo XI en pocas palabras

En esta sección se presentan tres componentes básicos del Capítulo XI:

- El ámbito de aplicación: qué tipos de inversiones e inversionistas y qué tipo de medidas gubernamentales comprende;
- Los derechos de los inversionistas extranjeros o, a la inversa, las obligaciones que los Estados tienen hacia los inversionistas extranjeros; y
- El proceso de solución de controversias entre los inversionistas extranjeros y los países anfitriones.

Se examinan asimismo las disposiciones ambientales del Capítulo XI. En la próxima sección se exponen seis inquietudes básicas respecto a la aplicación del Capítulo XI hasta la fecha. A continuación, las secciones 5, 6 y 7 desarrollan con mayor profundidad cómo estas inquietudes se manifiestan en cada uno de los tres componentes básicos enumerados arriba.

3.1 El ámbito de aplicación del Capítulo XI

El Capítulo XI otorga derechos a los inversionistas extranjeros y protege sus inversiones. Un inversionista extranjero se define como cualquier persona o empresa que realiza una inversión en otra Parte del TLCAN. Las inversiones se definen ampliamente e incluyen la tradicional IED, así como todo tipo de inversiones financieras, participación en activos, deudas aseguradas, etc.

Los inversionistas y las inversiones están protegidos, desde luego, de ciertos tipos de medidas gubernamentales. Pero los gobiernos están compuestos por varias instancias y toman muy diferentes tipos de acciones, de modo que la definición de “medidas” resulta importante. En el Capítulo XI, dicha definición es amplia: por “medida” se entiende toda ley adoptada por las legislaturas nacionales, estatales o provinciales; los reglamentos mediante los cuales se aplican estas leyes; las leyes y los estatutos locales o municipales; y las políticas que afectan a la interacción del gobierno con las empresas. El Capítulo XI también se aplica a las leyes y reglamentos que existían antes de la puesta en vigor del

Derechos privados, problemas públicos

Una guía sobre el controvertido capítulo del TLCAN referente a los derechos de los inversionistas

TLCAN, a menos que estos hayan sido excluidos específicamente mediante su enumeración en un anexo especial. Todas las leyes provinciales y estatales en vigor antes de 1994 han sido excluidas también.

Cuadro 1: Panorámica de los componentes del Capítulo XI

<i>Ambito de aplicación</i>	<i>Derechos de los inversionistas/obligaciones de los gobiernos</i>	<i>Solución de controversias</i>
<ul style="list-style-type: none">■ Inversionistas extranjeros e inversiones extranjeras, Art. 1101, 1139■ Todos los inversionistas en lo referente a obligaciones sobre “requisitos de desempeño”, Art. 1106■ Medidas gubernamentales, Arts. 1101, 201■ Reservas y excepciones aplicables a medidas pre-existentes, a nivel estatal, provincial, municipal, Artículo 1108, Anexos I, III del Capítulo XI■ Sectores excluidos, Art. 1108, Anexo II del Capítulo XI■ Exclusión parcial de las compras del sector público, Art. 1108(7,8).	<ul style="list-style-type: none">■ Trato Nacional, Art. 1102■ Trato de nación más favorecida, Art. 1103■ Nivel internacional mínimo de trato, Art. 1105(1)■ Indemnización por conflictos armados o contiendas civiles, Art. 1105(2)■ Prohibiciones sobre requisitos de desempeño, Art. 1106■ Prohibiciones sobre requisitos de nacionalidad de altos ejecutivos, Art. 1107■ Derecho de transferir ganancias, dividendos, intereses, etc. fuera del Estado anfitrión, Art. 1109■ Disposiciones sobre expropiación e indemnización, Art. 1110■ Disposición referente a la protección ambiental, Art. 1114■ No aplicación de las excepciones generales referentes al medio ambiente, y la salud, Art. 2101	<ul style="list-style-type: none">■ Procedimientos para la solución de controversias inversionista-Estado (Capítulo XI, Sección B, Artículos 1115-1138)■ Solución de controversias de Estado a Estado (Capítulo XX del TLCAN)

3.2 Los derechos de los inversionistas en el marco del Capítulo XI

El Capítulo XI otorga a los inversionistas extranjeros un amplio conjunto de derechos de protección y de liberalización de sus inversiones, y establece obligaciones para los gobiernos. La lista completa de derechos y obligaciones aparece en el Cuadro 1. Esta lista muestra la gama de temas que tratan hoy día los convenios de inversiones, tales como los daños causados en tiempos de guerra, la repatriación de beneficios, la nacionalidad de gerentes y directores de empresas extranjeras, el trato nacional, y las disposiciones sobre expropiación. Con el transcurso de los años, muchos de estos derechos se han convertido en una parte estándar de convenios internacionales de inversiones, sin provocar controversia alguna.

Esta guía se centra en los derechos y las obligaciones que se han tornado polémicos, debido a su serio potencial para reducir la capacidad de los gobiernos de mantener y proteger el bienestar público. Estos derechos y obligaciones, que se describen más detalladamente en la sección 6 abajo, son los siguientes:

- el trato nacional y el trato de nación más favorecida;
- el nivel internacional mínimo de trato;
- las prohibiciones sobre los requisitos de desempeño; y
- las prohibiciones sobre la expropiación.

3.3 El proceso de solución de controversias

El Capítulo XI prevé dos procesos de solución de controversias. El proceso predominante es el proceso inversionista-Estado que, como su nombre lo sugiere, es iniciado directamente por el inversionista extranjero contra el Estado anfitrión. Los resultados del proceso son jurídicamente vinculantes para ambos participantes, y hay oportunidades muy limitadas de apelar o revisar una decisión. Cada participante nombra un árbitro, y el tercero es acordado conjuntamente o bien nombrado por una tercera parte.

El arbitraje tiene lugar en el contexto de un limitado acceso público a los documentos escritos producidos para el caso, y de ningún acceso público a los procedimientos a menos que todos los participantes estén de acuerdo en abrirlos (algo que no ha sucedido hasta la fecha). La ocultación alrededor del proceso inversionista-Estado ha sido un importante objeto de crítica de parte de la sociedad civil.

Hasta abril de 2001, se sabía que se habían iniciado 17 de esos casos. Todos ellos se describen en el Anexo 2 de esta guía.

El arbitraje tiene lugar en el contexto de un limitado acceso público a los documentos escritos producidos para el caso, y de ningún acceso público a los procedimientos a menos que todos los participantes estén de acuerdo en abrirlos (algo que no ha sucedido hasta la fecha). La ocultación alrededor del proceso inversionista-Estado ha sido un importante objeto de crítica de parte de la sociedad civil.

Derechos privados, problemas públicos

Una guía sobre el controvertido capítulo del TLCAN referente a los derechos de los inversionistas

El proceso normal de solución de controversias de Estado a Estado, descrito en el Capítulo XX del TLCAN, es también aplicable al Capítulo XI. Mientras que hasta ahora han habido 17 casos iniciados con base en el proceso inversionista-Estado, sólo un caso de Estado a Estado ha abordado las obligaciones en materia de inversiones. Este caso se relaciona con temas ambientales, pero en un contexto en el cual las normas propiamente dichas nunca fueron cuestionadas o impugnadas.⁴ Como resultado, este caso tiene poca relación con los temas que aquí tratamos.

3.4 Las disposiciones ambientales del Capítulo XI

El Capítulo XI hace solo tres referencias a los temas ambientales. Una de ellas es relativamente secundaria, y es la referencia al derecho que tienen los paneles que examinan las controversias de considerar la opinión de expertos ambientales.⁵ Menos secundarias, pero aún de importancia limitada para los temas que se abordan en esta guía, son ciertas excepciones aplicables a la prohibición del TLCAN sobre los requisitos de desempeño.⁶

A diferencia de las disposiciones referentes a la protección de los inversionistas del Capítulo XI, el TLCAN no prevé ningún mecanismo que posibilite que partes privadas exijan el cumplimiento de las disposiciones ambientales.

El lenguaje ambiental del Capítulo XI que hasta el presente ha atraído la mayor atención pública aparece en el Artículo 1114, el cual intenta asegurar que las disposiciones del TLCAN en materia de inversión no alientan una “carrera hacia abajo” por parte de los países que buscan atraer inversiones mediante leyes ambientales laxas. El Artículo 1114 tiene dos disposiciones. La primera sostiene que nada en el Capítulo XI impide a un país la adopción o el mantenimiento de una medida ambiental por lo demás compatible con dicho capítulo. Esta disposición no es particularmente significativa cuando se descifra: significa sencillamente que nada en ese capítulo impide hacer lo que el capítulo no prohíbe hacer.

El segundo párrafo del Artículo 1114 es un compromiso internacional sin precedentes para evitar un relajamiento de las leyes ambientales como medio de competir para atraer la inversión extranjera. Sin embargo, el párrafo está redactado en un lenguaje un tanto exhortativo (el compromiso central se expresa como “debería” en lugar de “habrá de”), pero si cualquier Parte cree que se está violando el espíritu del compromiso, puede solicitar a otras partes que se inicien consultas. A diferencia de las disposiciones referentes a la protección de los inversionistas del Capítulo XI, el TLCAN no prevé ningún mecanismo que posibilite que partes privadas exijan el cumplimiento del Artículo 1114,⁷ ni que los gobiernos entablen un proceso para la solución de controversias con carácter vinculante respecto a dicho artículo.

El Artículo 2101 del TLCAN cubre excepciones generales a las obligaciones del TLCAN, incluidas excepciones de medidas ambientales para proteger la vida o la salud humana, animal o vegetal, y para conservar los recursos naturales. Mientras estas excepciones son aplicables al comercio de bienes y a las obligaciones que influyen en tal comercio, las mismas no son aplicables a las obligaciones en materia de inversión en el marco del Capítulo XI, a pesar de los impactos ambientales más directos y de más largo plazo que las inversiones pueden tener.⁸

Notas finales

- 4 Se trata del caso México-Estados Unidos relativo a los servicios de transporte transfronterizo de carga, *Panel Arbitral establecido en términos del Capítulo XX en el Asunto de Servicios de Transporte Transfronterizo*, (Expediente del Secretariado No. EUA-Mex-98-2008-01), Informe Final del Panel, 6 de febrero de 2001.
- 5 El Artículo 1132 incluye a expertos ambientales en una lista no exhaustiva de tipos de expertos que pueden ser contratados por los grupos especiales, con sujeción a la aprobación de ambas partes en la disputa.
- 6 Las excepciones ambientales a las reglas del Capítulo XI que prohíben los requisitos de desempeño se derivan de los párrafos 1106(2) y (6) del artículo sobre requisitos de desempeño mismo (Artículo 1106). Estas excepciones permiten flexibilidad en la aplicación de requisitos de desempeño. Sin embargo, gran parte del lenguaje de estas disposiciones está hecho a imitación de cláusulas del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de la OMC, que por mucho tiempo han suscitado inquietudes ambientales.
- 7 La relación, si existe, entre el Artículo 1114 y los procesos de solución de controversias en el marco del Acuerdo de Cooperación Ambiental de América del Norte (ACAAN) — denominado acuerdo “paralelo” ambiental del TLCAN — nunca ha sido establecida. Hata la fecha, más crítico que los textos legales, sin embargo, ha sido la renuencia de los gobiernos del TLCAN para permitir a la Comisión para la Cooperación Ambiental de América del Norte (creada en el marco del ACAAN) explorar el tema.
- 8 La excepción tratada arriba en la nota al pie de página 6, es la aplicación parcial de excepciones similares a los límites del Capítulo XI sobre requisitos de desempeño.

**Derechos privados,
problemas públicos**

Una guía sobre
el controvertido
capítulo del TLCAN
referente a los
derechos de los
inversionistas

4.

¿Por qué han llegado estas disposiciones a provocar tal inquietud?

No cabe la menor duda que el Capítulo XI ha llegado a convertirse en una verdadera inquietud. Las primeras preocupaciones reales sobre el alcance y la utilización potenciales del Capítulo XI surgieron en el otoño de 1996, con la iniciación del caso *Ethyl contra Canadá*. Esta fue la primera vez que un inversionista extranjero había iniciado de hecho un arbitraje al amparo del Capítulo XI. Sin embargo, poca gente le prestó mucha atención en ese momento, y aquellos que sí se manifestaron claramente al respecto fueron tachados de alarmistas contrarios al libre comercio.

Luego, en julio de 1998, el Canadá se dio prácticamente por vencido en el caso *Ethyl* — retiró la reglamentación en disputa, pagó a la empresa *Ethyl Corp.* 13 millones de dólares de los Estados Unidos (cerca de 20 millones de dólares canadienses), y firmó una carta diciendo que no había ninguna prueba de que el tricarbonil metilciclopentadienil de manganeso (TMM) fuera nocivo. El mismo día después de que se anunciara esto, se inició un segundo caso que ponía en tela de juicio otra ley ambiental (el caso *S.D. Myers contra Canadá*, que ganó la empresa, pero que ahora están examinando los tribunales canadienses). Con estos dos eventos seguidos, las inquietudes se hicieron más profundas.⁹

Desde entonces, la lista de los casos inversionista-Estado iniciados en oposición a políticas ambientales se ha ampliado rápidamente. Para marzo de 2001, había 10 casos (de un total de 17) iniciados en contra de medidas relacionadas con el medio ambiente y la ordenación de los recursos naturales, incluidos casos que involucran decisiones sobre el manejo de desechos peligrosos, la conservación de agua potable limpia, y aditivos de la gasolina prohibidos en otras jurisdicciones. Quizás el caso mejor conocido hasta el presente, debido a su atrevido desafío de una medida ambiental estadounidense, es el caso *Methanex contra Estados Unidos*. En el mismo, una empresa canadiense presenta demanda contra los Estados Unidos por casi mil millones de dólares de este país, aduciendo que ha perdido ganancias y el valor de mercado como resultado del plan de California de prohibir un presunto carcinógeno que se ha escapado de tanques de

Para marzo de 2001, había 10 casos (de un total de 17) iniciados en contra de medidas relacionadas con el medio ambiente y la ordenación de los recursos naturales, incluidos casos que involucran decisiones sobre el manejo de desechos peligrosos, la conservación de agua potable limpia, y aditivos de la gasolina prohibidos en otras jurisdicciones.

Derechos privados, problemas públicos

Una guía sobre el controvertido capítulo del TLCAN referente a los derechos de los inversionistas

Las amenazas de hacer uso del Capítulo XI se han vuelto un instrumento sistemático de presión, y han adquirido mayor peso merced al amplio alcance que los tribunales han dado a las obligaciones en los casos iniciales.

combustible, contaminando así el abastecimiento de agua potable de ese estado.

Para junio de 1999, los tres ministros de medio ambiente del TLCAN, en una reunión conjunta del Consejo de administración de la Comisión para la Cooperación Ambiental, reconocieron los nuevos problemas en una declaración que reafirmaba el derecho soberano de cada gobierno a proteger el medio ambiente.¹⁰ Se hicieron esfuerzos que después cesaron, para discutir el Capítulo XI del TLCAN en la Comisión de Libre Comercio, el cuerpo directivo del TLCAN integrado por los ministros de comercio de los tres países. Para fines del año 2000, los ministros de comercio y los observadores interesados en el comercio reconocieron igualmente el problema.¹¹ En el momento en que esta guía se estaba preparando, los informes de prensa indicaban que las partes del TLCAN quizá se estén preparando para reconsiderar sus discusiones iniciales sobre el asunto.¹²

¿Cómo es que seis años de experiencia del Capítulo XI han llegado a crear tal reconocimiento generalizado de los problemas, cuando los críticos en sus primeros días fueron tan fácilmente desestimados? El resto de esta sección presenta seis factores centrales subyacentes a la preocupante evolución del Capítulo XI.

4.1 Del escudo a la espada

Uno de los factores clave de la infamia atribuida al Capítulo XI también es de los menos tangibles. Se trata de que la protección de los inversionistas, en lugar de ser un “escudo” protector, se utiliza como una “espada” estratégica y agresiva.

Los convenios de inversiones se han considerado tradicionalmente como instrumentos de último recurso, cuya finalidad era proteger al inversionista por medios extraordinarios en circunstancias extraordinarias. Sin embargo, en virtud del Capítulo XI estas disposiciones están ahora convirtiéndose en un medio para eludir nuevas reglamentaciones propuestas, ejercer presión a favor o en contra de acciones gubernamentales específicas, y en general para preservar o ganar una posición competitiva. Las amenazas de hacer uso del Capítulo XI se han vuelto un instrumento sistemático de presión, y han adquirido mayor peso merced al amplio alcance que los tribunales han dado a las obligaciones en los casos iniciales. Esta transformación fundamental de un escudo protector en un arma estratégica significa que los redactores de futuros convenios sobre inversiones deben examinar atentamente la manera en que

pueden usarse las disposiciones no sólo para proteger a un inversionista, sino también como arma estratégica contra un gobierno cuando se ven afectados los intereses del inversionista. Como los TBI existentes antes de 1992 nunca se habían utilizado de esta forma, los redactores del Capítulo XI no tuvieron en cuenta este tipo de uso estratégico.

4.2 Una interpretación amplia de las obligaciones

A pesar del desdén inicial de la comunidad comercial, en realidad varias de las interpretaciones del Capítulo XI hasta la fecha han superado las predicciones de los fatalistas de la sociedad civil. Una razón clave de esto parece ser la relación entre el Capítulo XI y otras partes del TLCAN. Al parecer, el alcance del Capítulo XI puede ahora hacerse extensivo a medidas amparadas por otras partes del tratado.

Por ejemplo, una medida comercial que obstaculiza la entrada de un producto en el Canadá y está cubierta por el Capítulo III, sobre el comercio de bienes, o por el Capítulo IX, sobre medidas relativas a normalización, también puede aparentemente ser refutada por un inversionista extranjero al amparo del Capítulo XI. Al parecer, actualmente hay dos maneras distintas posibles de hacer esto. Una es alegar que una medida prevista en esos otros capítulos también está prevista en el Capítulo XI desde la perspectiva de las reglas de inversión. Una segunda manera, de alcance preocupante, sería alegar que cuando un gobierno incumple otras obligaciones internacionales (como los Capítulos III o XI del TLCAN) así también incumple la obligación del Capítulo XI de tratar a los inversionistas de conformidad con las normas internacionales mínimas.¹³

Metalclad contra México, y S.D. Myers contra Canadá, dos de los primeros casos que se resolvieron, proporcionan ejemplos de este tipo de interpretación amplia de las obligaciones del Capítulo XI. En estos casos, se incorporaron disposiciones sobre obligaciones relacionadas con el comercio de otras partes del TLCAN directamente entre las obligaciones del Capítulo XI, *aun cuando no hay ninguna referencia a las mismas en el Capítulo XI*. En estos casos, se exigió que los gobiernos cumplieran, por ejemplo, requisitos de transparencia y de restricciones mínimas al comercio — ambos principios clave del derecho *comercial*, pero no enunciados en las disposiciones sobre *inversión* del Capítulo XI. Esta manera de aplicar el Capítulo XI ha dado lugar a las interpretaciones más amplias jamás vistas de un régimen de protección al inversionista, lo que no se había previsto cuando se negoció el Capítulo XI. Con este enfoque, cualquier

A pesar del desdén inicial de la comunidad comercial, en realidad varias de las interpretaciones del Capítulo XI hasta la fecha han superado las predicciones de los fatalistas de la sociedad civil.

Derechos privados, problemas públicos

Una guía sobre el controvertido capítulo del TLCAN referente a los derechos de los inversionistas

obligación internacional en materia de comercio, y potencialmente cualquier otra obligación derivada del derecho internacional, que han sido objeto de controversias de Estado a Estado, ahora pueden ser también objeto de controversias entre inversionistas y Estados al amparo del Capítulo XI.

4.3 Una estrecha interpretación de los objetivos

Los tribunales a los que se les pide interpretar y aplicar las obligaciones de un convenio a menudo lo harán considerando los objetivos establecidos en el convenio. Estos últimos se encuentran normalmente en el preámbulo del convenio o en otras referencias especiales, y pueden expresar amplias metas políticas, económicas y sociales. El Capítulo XI no comprende referencias específicas a sus objetivos, de modo que varios tribunales han considerado que los objetivos del TLCAN en su conjunto (contenidos en el Preámbulo y en las secciones sobre Objetivos) eran aplicables al Capítulo XI. Sin embargo, la lectura de esos objetivos ha sido a veces selectiva. En el caso *Metalclad*, el Tribunal enunció los tres objetivos que consideraba pertinentes en la interpretación de las disposiciones del Capítulo XI, a saber:¹⁴

- Aumentar la transparencia de los reglamentos y la actividad gubernamentales;
- Aumentar sustancialmente las oportunidades de inversión; y
- Asegurar un marco comercial previsible para los inversionistas.

Esta lectura de los objetivos del Capítulo XI pasa por alto los contrapesos previstos en el preámbulo del TLCAN en relación con la protección del medio ambiente y el desarrollo sustentable como metas de idéntico valor (véase el Recuadro 1). Claramente, la identificación de los objetivos centrados solamente en el inversionista crea un alto riesgo de interpretación desequilibrada de las obligaciones establecidas en el Capítulo XI. En el caso *Metalclad*, por ejemplo, el Tribunal llegó hasta alegar que el objetivo del Capítulo XI era *asegurar la exitosa puesta en práctica* de las iniciativas de inversión, aunque este objetivo no aparece en ninguna parte del TLCAN. Esto condujo a una interpretación extremadamente amplia de las obligaciones enunciadas en el Capítulo XI, como se examinó en la sección 6.2.

Esta lectura de los objetivos del Capítulo XI pasa por alto los contrapesos previstos en el preámbulo del TLCAN en relación con la protección del medio ambiente y el desarrollo sustentable como metas de idéntico valor.

RECUADRO 1: Los objetivos del TLCAN relacionados con el medio ambiente y la sustentabilidad:

- Empezar todo lo anterior (es decir, los objetivos económicos) de manera congruente con la protección y la conservación del ambiente;
- Preservar su capacidad para salvaguardar el bienestar público;
- Promover el desarrollo sostenible;
- Reforzar la elaboración y la aplicación de leyes y reglamentos en materia ambiental; y proteger, fortalecer y hacer efectivos los derechos fundamentales de sus trabajadores.

De: Preámbulo del TLCAN, párrafos finales

Se observó un enfoque más equilibrado, al menos en la superficie, en la decisión sobre el caso *S.D. Myers*, en la cual se señalaron los objetivos ambientales expresados en el preámbulo del TLCAN. No obstante, a pesar de este reconocimiento, en partes subsiguientes de la decisión se aplicaron directamente reglas comerciales enunciadas en otras partes del TLCAN para interpretar el Capítulo XI. También se usaron los objetivos comerciales del TLCAN para ayudar a interpretar dos convenios ambientales internacionales relacionados con el movimiento transfronterizo de desechos peligrosos que se negociaron en un contexto que carecía de relación alguna con dichos objetivos, dejándolos sujetos a una interpretación distorsionada.¹⁵

Estos casos muestran cómo los objetivos amplios relacionados con la liberalización comercial pueden repercutir en la interpretación de las reglas de inversión (e incluso en la de convenios ambientales internacionales). Cuando los objetivos no son equilibrados, o cuando se invocan de manera desequilibrada, sus interpretaciones son desequilibradas. Esto pone de relieve la necesidad de tener objetivos específicos para un convenio sobre inversiones o para un capítulo sobre inversión en un convenio más amplio. También señala la necesidad de asegurar que tales objetivos sean clara y expresamente equilibrados.

*El otorgamiento de
derechos sin
responsabilidades
equivalentes es
intrínsecamente
peligroso, incluso
cuando esos
derechos están
amparados por el
derecho
internacional.*

4.4 Derechos sin responsabilidades

El Capítulo XI se centra exclusivamente en los derechos de los inversionistas, en particular de los inversionistas extranjeros, y en las obligaciones gubernamentales correspondientes. No se asigna ninguna responsabilidad al inversionista, y el principal proceso de solución de controversias — el proceso inversionista-Estado — sólo puede ser iniciado por los inversionistas extranjeros contra el gobierno anfitrión.

Se concede por lo tanto a los inversionistas extranjeros derechos internacionales especiales con bases jurídicas, así como los medios para hacerlos cumplir. Una vez que estos derechos se convirtieron en un arma estratégica en lugar de un instrumento protector, pasaron a poder ser utilizados para “combatir” contra nuevas medidas gubernamentales que tuvieran una repercusión negativa sobre la empresa. Mientras que es indudablemente cierto que el Capítulo XI no excluye a un inversionista extranjero de la obligación de cumplir las leyes aplicables en el Estado anfitrión, también es verdad que el Capítulo XI ha otorgado a esos inversionistas derechos especiales para desafiar esas mismas leyes, o cualquier propuesta de ley que pueda afectar a sus intereses. No hay ningún derecho de los gobiernos que sirva de contrapeso, ni obligaciones de los inversionistas extranjeros que limiten el alcance o el ejercicio de sus derechos. En efecto, esto ya se ha visto en el examen de la naturaleza limitada y del carácter no vinculante de las disposiciones ambientales del Capítulo XI.

El otorgamiento de derechos sin responsabilidades equivalentes es intrínsecamente peligroso, incluso cuando esos derechos están amparados por el derecho internacional.

4.5 Falta de limitaciones políticas

El modelo tradicional Estado-a-Estado de los procesos de arbitraje en el marco del derecho internacional ofrece medios políticos de control y de autocontrol importantes y equilibrados antes de que se inicie el proceso de arbitraje. Un Estado que contemple la posibilidad de iniciar un caso necesita considerar otras relaciones políticas, con el Estado en cuestión o con otros Estados, lo mismo que otras cuestiones políticas internas. ¿Cómo se relacionará, por ejemplo, la iniciación de un caso contra una ley ambiental de otro país con las propias políticas de protección ambiental de un gobierno, o con su imagen de “verde”? Esta clase de factores políticos obligan a que la decisión de un gobierno de iniciar un caso pase a través de un “filtro” de interés público más amplio.

En virtud del Capítulo XI, los inversionistas solo tienen que considerar su propio interés. Hasta cierto punto, esto puede tener dimensiones políticas, por ejemplo, con respecto a sus relaciones con funcionarios del Estado anfitrión. Sin embargo, muchas empresas se sienten cómodas en un contexto de “batalla” legal con los gobiernos en defensa de su interés empresarial. En efecto, los expertos en derecho comercial y los negociadores han considerado que los participantes privados en el sistema jurídico del comercio no están obligados por nada que no sea su propio interés, lo cual los diferencia profundamente de los gobiernos que tienen que equilibrar muchos objetivos de política pública a la hora de tomar cualquier decisión.¹⁶ Esta situación es aún más probable cuando el inversionista proviene de un país extranjero y puede estar tratando de ingresar en un mercado o de mantener su participación en un mercado amenazado por una acción gubernamental. Los inversionistas extranjeros tienden a menudo a considerar en términos bastante crudos la pregunta: ¿“Y qué se pierde con hacer la prueba”?

4.6 Falta de acceso del público y de responsabilización ante éste

La sección 7 tratará el proceso de arbitraje previsto en el Capítulo XI. La falta de transparencia y de acceso del público a ese proceso ha suscitado fuertes críticas de varias partes. Además, el Capítulo XI debe entenderse como parte integrante de un régimen más amplio, el del TLCAN, al que le faltan notablemente el tipo de medidas de transparencia y de acceso que permiten un control y autocontrol equilibrados y que son comunes a la mayoría de los órganos que tienen repercusiones significativas sobre los gobiernos.

La institución fundamental del TLCAN es la Comisión de Libre Comercio, integrada por los ministros de comercio de los tres países del TLCAN. Esta Comisión se reúne por lo general una sola vez al año, y debe depender en gran medida del personal que prepara sus reuniones. Mientras que el tratado prevé la creación de un Secretariado del TLCAN, también indica que éste estará compuesto de tres secciones nacionales ubicadas en cada ciudad capital.¹⁷ Un acuerdo oficioso posterior entre las tres partes instó al establecimiento de un Secretariado del TLCAN en la ciudad de México, que nunca se materializó. Como resultado de ello y de otros procesos internos ocultos, es muy difícil obtener una perspectiva general de los continuos desarrollos dentro del TLCAN. Además, el Secretariado del TLCAN no tiene ninguna responsabilidad en la administración del proceso de solución de controversias, ni en la

Derechos privados, problemas públicos

Una guía sobre
el controvertido
capítulo del TLCAN
referente a los
derechos de los
inversionistas

documentación de éste. Esto ha creado una cierta opacidad relativa al TLCAN, que llega a un nivel más profundo, según se verá más abajo, en el proceso mismo de solución de controversias en el marco del Capítulo XI.

Notas finales

- 9 En último término, estos casos al amparo del Capítulo XI también se volvieron importantes en un contexto internacional más amplio, aportando pruebas concretas de lo que los convenios de inversiones podían hacer, pruebas que sirvieron a la comunidad no gubernamental para fundamentar su nueva ofensiva en oposición a las negociaciones de la OCDE sobre un Acuerdo Multilateral de Inversiones. Las protestas de las ONG fueron un factor principal en el colapso de esas negociaciones.
- 10 La declaración se encuentra en el Comunicado final, Comisión para la Cooperación Ambiental, Reunión anual de Consejo, Banff, Alberta, 28 de junio de 1999.
- 11 Edward Graham, *Fighting the Wrong Enemy: Antiglobal Activists and Multinational Enterprises* (Washington D.C.: Institute for International Economics, 2000); Garry Hufbauer y otros, *NAFTA and the Environment: Seven Years Later* (Washington D.C.: Institute for International Economics, 2000). El alcance de las inquietudes legítimas no está acordado por todos los observadores, pero se acepta la necesidad de examinar cuidadosamente estos temas.
- 12 Véase, por ejemplo, “Pettigrew Sees Mexican Openness to Clarify NAFTA Investment,” *Inside US Trade*, 2 de marzo de 2001, 13-14.
- 13 Este argumento ha sido utilizado al menos en dos casos relacionados con el Capítulo XI: el caso *S.D. Myers contra Canadá*, y el primer caso, *Ethyl contra Canadá*. También se prevé en el Artículo 1112 del TLCAN.
- 14 Véase párrafos 70 a 75 de la decisión sobre la manera en que se plantearon y se aplicaron los objetivos.
- 15 Se trata del Convenio de Basilea sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de los Desechos Peligrosos y su Eliminación, concluido en 1989 bajo los auspicios de las Naciones Unidas, y del Acuerdo entre el Gobierno del Canadá y el Gobierno de Estados Unidos de América en lo relativo al Movimiento Transfronterizo de Desechos Peligrosos, originalmente concluido en 1986 y enmendado en 1992.
- 16 Johnathan Fried, “Globalization and International law – Some Thoughts for Citizens and States,” *Queen’s Law Journal*, 23, (1997), 251.
- 17 El TLCAN, Artículo 2002.

5.

¿Qué abarca el Capítulo XI?

5.1 El enfoque amplio con el que se define a los “inversionistas” y a las “inversiones”

El Capítulo XI se refiere a los inversionistas extranjeros y sus inversiones y protege a ambos de manera semejante.

Inversionistas extranjeros son los procedentes de una Parte del TLCAN que invierten en el territorio de otra Parte del TLCAN. Dado que un “inversionista” se define simplemente como alguien que hace una inversión, lo decisivo verdaderamente es la definición de inversión.

Una “inversión” se define muy ampliamente en el Artículo 1139 del TLCAN. Abarca un negocio (“empresa”); las acciones en un negocio; un seguro de deuda en un negocio, en algunos casos; un préstamo a un negocio; los intereses que dan derecho al propietario a una parte de las ganancias; los ingresos o el recaudo de la disolución de un negocio; los bienes raíces comprados para las finalidades de un negocio; y un concepto muy amplio de “intereses” resultantes de la dedicación de recursos financieros o humanos a una actividad económica. Esta definición abarca inversiones directas en un establecimiento empresarial, como una fábrica o una tienda al por menor o un centro de distribución, así como inversiones tales como acciones o bonos.

En realidad, el alcance de lo que el Capítulo XI define como una inversión sujeta a protección tiene muy pocos límites. En un caso importante, *S.D. Myers contra Canadá*, el Tribunal dictaminó que la “inversión” comprendía activos tales como la participación en el mercado de un sector y el acceso a los mercados del Estado anfitrión, independientemente de que el inversionista posea siquiera una planta física o un almacén al por menor en ese país.¹⁸ En resumen, casi cualquier clase de *actividad* empresarial puede constituir una inversión sujeta a protección.

El efecto no intencional de este enfoque es que dificulta la distinción entre inversión y comercio porque protege el amparo del Capítulo XI a empresas que sólo buscan vender productos o servicios, sin hacer ninguna inversión de capital en el país extranjero. Según se ha observado, este alcance es mucho más amplio del previsto históricamente en el derecho internacional de la inversión, que protegía la propiedad y las operaciones de las inversiones extranjeras directas.

Derechos privados, problemas públicos

Una guía sobre el controvertido capítulo del TLCAN referente a los derechos de los inversionistas

En realidad, el alcance de lo que el Capítulo XI define como una inversión sujeta a protección tiene muy pocos límites. En S.D. Myers contra Canadá, el Tribunal dictaminó que la “inversión” comprendía activos tales como la participación en el mercado de un sector y el acceso a los mercados del Estado anfitrión, independientemente de que el inversionista posea siquiera una planta física o un almacén al por menor en ese país.

Derechos privados, problemas públicos

Una guía sobre el controvertido capítulo del TLCAN referente a los derechos de los inversionistas

Las inversiones extranjeras están cubiertas en todas las etapas de su ciclo de vida, desde el esfuerzo inicial para hacer la inversión hasta la disposición final de los activos en el momento de su disolución. Las inversiones anteriores a la puesta en vigor del TLCAN también están cubiertas. En general, sólo están cubiertos los inversionistas extranjeros, no los nacionales, y sus inversiones. La única excepción está en el Artículo 1106, que prohíbe a los gobiernos imponer requisitos de desempeño. Esta prohibición se aplica en realidad a *todas* las inversiones hechas en cada país, sea por inversionistas extranjeros o nacionales. Sin embargo, a diferencia de los inversionistas extranjeros, los nacionales no pueden recurrir al proceso inversionista-Estado. En realidad, todavía no está claro si hay vías legales para que los inversionistas nacionales puedan hacer cumplir esta disposición.

5.2 Una definición amplia y retroactiva de “medidas” gubernamentales

El Capítulo XI se aplica a cualquier “medida” tomada por un gobierno federal, estatal, provincial o municipal en el Canadá, México o los Estados Unidos. El término “medida” está definido no en el Capítulo XI, sino en el Capítulo II del TLCAN, como “cualquier ley, reglamento, procedimiento, requisito o práctica”. Esta lista incluye medidas políticas que puede aplicar un gobierno en el territorio de una Parte del TLCAN. También incluye los procedimientos que dan lugar a la adopción de una ley o reglamento, y el proceso administrativo que conduce a otorgar un permiso, autorizar un emplazamiento, una división en zonas u otro tipo de decisión gubernamental, así como a la conducción y los resultados de juicios en los tribunales nacionales. En esencia, cualquier nuevo acto gubernamental, a cualquier nivel del gobierno, que repercuta sobre un inversionista puede quedar cubierto.

Pero el Capítulo XI también comprende medidas adoptadas antes de la entrada en vigor del TLCAN, el 1 de enero de 1994, a menos que estén específicamente excluidas mediante su enumeración en un anexo al TLCAN. Todas las medidas gubernamentales locales, estatales y provinciales adoptadas antes de 1994 están excluidas.

El Capítulo XI se aplica a todos los sectores de la actividad empresarial a menos que, una vez más, las partes los hayan excluido al enumerarlos en un anexo. Sin embargo, al menos algunas de las disposiciones del TLCAN se aplicarán a *cualquier* inversión. La prohibición de la expropiación sin indemnización, por ejemplo, se aplica a todos los sectores una vez que se ha hecho una inversión, incluso si el sector aparece enumerado en un anexo.

Notas finales

- 18 En el caso *S.D. Myers contra Canadá*, párrafo 232, el Tribunal declaró que la participación de Myers en el mercado del Canadá constituía una inversión. Véase también *Pope y Talbot contra Canadá*, párrafo 96, donde se define el acceso a los mercados de los EE.UU. por una inversión extranjera como un interés de propiedad protegido.

**Derechos privados,
problemas públicos**

Una guía sobre
el controvertido
capítulo del TLCAN
referente a los
derechos de los
inversionistas

6.

¿Cuáles son las obligaciones estipuladas en el Capítulo XI?¹⁹

Debe señalarse desde un principio que muchos de los derechos y obligaciones establecidos en el Capítulo XI han existido sin controversias en los convenios internacionales de inversiones durante años, incluso décadas. (Véase en el Cuadro 1 una lista de los derechos y obligaciones.) La mayoría parecen básicamente razonables, incluido el requisito de otorgar a los negocios de propiedad extranjera un trato similar a los de propiedad nacional (trato nacional), o el de cumplir el nivel internacional mínimo de trato. Por lo tanto, es natural que muchos supongan que tales convenios de inversiones pueden generar y generarán beneficios.²⁰ Pero la pregunta considerada en esta guía es si el Capítulo XI del TLCAN (y especialmente ciertas disposiciones del mismo, tales como están diseñadas y aplicadas actualmente) producen asimismo resultados insatisfactorios, incluso inadmisibles y si es así ¿por qué? Esta sección se centrará en las disposiciones más pertinentes para responder a esta pregunta por su repercusión sobre la función del gobierno en el mantenimiento y la protección del bienestar público.

Según se observa en la sección 3, el Capítulo XI prevé varias obligaciones, designadas por los abogados comerciales como “disciplinas” aplicables a los gobiernos. Cuatro de ellas se examinarán aquí:

- el trato nacional y el trato de nación más favorecida, Artículos 1102-1103;
- el nivel internacional mínimo de trato, Artículo 1105(1);
- las prohibiciones sobre requisitos de desempeño, Artículo 1106; y
- la prohibición de la expropiación, Artículo 1110.

Debe observarse que estos derechos establecidos en el Capítulo XI son independientes entre sí. En otras palabras, para infringir el Capítulo XI un gobierno sólo necesita incumplir una de sus obligaciones. Cada uno de esos cuatro derechos se examinará más abajo, sobre la base del texto escrito y los casos en que se han aplicado. Una descripción de cada uno de estos casos puede encontrarse en el Anexo 2. Todas las decisiones allí tratadas, y muchos de los documentos sobre otros casos están ahora disponibles en Internet.²¹

Derechos privados, problemas públicos

Una guía sobre el controvertido capítulo del TLCAN referente a los derechos de los inversionistas

Este examen se centra en las interpretaciones jurídicas de los casos y en las consecuencias a más largo plazo que sugieren esas interpretaciones. Mientras que cada arbitraje está firmemente ligado a los hechos, la apreciación del Tribunal sobre los hechos en cada caso no está sujeta al escrutinio público, dado que el registro completo de los casos no está abierto al público. (La sección 7 examinará más detenidamente esta cuestión.) En consecuencia, al público solo le cabe considerar las implicaciones de más largo plazo del razonamiento jurídico de los Tribunales.

Los casos iniciados al amparo del Capítulo XI hasta la fecha abordan temas de fundamental importancia pública,²² como la legislación futura sobre sustancias farmacéuticas; las leyes y los reglamentos ambientales; la imparcialidad del sistema judicial de los Estados Unidos; la aplicación de convenios internacionales (sobre madera de coníferas aserrada y sobre desechos peligrosos); y la administración y la reglamentación de los servicios municipales y de la eliminación de desechos. El centro de nuestra discusión son los temas más estrechamente relacionados con la función de los gobiernos de proteger el bienestar público. Quizás, coincidentemente, los casos más estrechamente ligados a esta inquietud también son los únicos resueltos hasta la fecha por los tribunales arbitrales.

6.1 El trato nacional y el trato de nación más favorecida

Un objetivo fundamental de cualquier convenio de inversiones es evitar la discriminación contra los inversionistas en razón de su país de origen. En virtud del Capítulo XI, un gobierno anfitrión debe tratar a los inversionistas extranjeros y sus inversiones “no menos favorablemente” que como trata a los inversionistas nacionales o a los inversionistas de otros países. Esto no siempre significa un trato idéntico, pero sí que ninguna diferencia puede perjudicar al inversionista extranjero frente a sus competidores nacionales o extranjeros. Esta es la esencia del trato nacional y del trato de nación más favorecida (NMF), posiblemente los principios más fundamentales de cualquier acuerdo comercial o de inversiones.

La clave para determinar cómo se aplicarán estos principios en cualquier convenio es el significado de la expresión “en circunstancias similares”, ya que cuando las empresas están “en circunstancias similares” se debe otorgar un trato no menos favorable. Como ejemplo sencillo, consideremos lo siguiente: ¿un inversionista que desea abrir una fábrica próxima a un área virgen protegida está en circunstancias similares a otro que trabaja en el mismo sector pero en la

Derechos privados, problemas públicos

Una guía sobre el controvertido capítulo del TLCAN referente a los derechos de los inversionistas

ciudad? Diversos casos de derecho comercial nos hacen entender que “circunstancias similares” no significa circunstancias idénticas, sino *similares*. ¿Qué criterios o factores deben contar entonces cuando uno tiene que decidir sobre si dos o más inversionistas diferentes están “en circunstancias similares”? Hasta que surgieron los casos al amparo del Capítulo XI, este tema no parece haberse abordado en detalle; no se sabía realmente cuáles eran esos criterios o factores en el contexto de la inversión.

La decisión sobre el caso *S.D. Myers* suscita ahora grave inquietud sobre este punto. Uno habría pensado que la comparación entre circunstancias similares incluiría la comparación de actividades similares localizadas en el país anfitrión. *S.D. Myers* Canadá, la inversión en este caso, operaba como agencia comercial de desechos — un intermediario que exportaba desechos generados en el Canadá a las actividades de eliminación de desechos de su empresa matriz, con sede en los Estados Unidos. El Tribunal, sin embargo, fue más allá de la comparación entre la inversión ubicada en el Canadá y otros servicios de agentes comerciales de desechos con sede en el Canadá, y preguntó si las operaciones de eliminación de desechos del inversionista con sede en los Estados Unidos estaban recibiendo trato menos favorable que el otorgado a operaciones canadienses semejantes de eliminación de desechos. Al final, la obligación de trato nacional se aplicó a toda línea empresarial concebida por el inversionista, tanto en su país de origen como en el país anfitrión, es decir no sólo a la inversión ubicada en el país anfitrión.²³ Esto representa una extensión notable del ámbito de aplicación previsto del requisito de trato nacional.

Otras clases de temas tienen probabilidad de surgir en un contexto ambiental. Por ejemplo, actualmente la reglamentación ambiental a menudo implica determinar niveles máximos de contaminación del aire y de las cuencas hidrográficas locales. Esos niveles significan generalmente que los nuevos inversionistas enfrentan normas ambientales más exigentes que los inversionistas anteriores — incluso se les puede negar el permiso para operar — ya que pueden representar fuentes adicionales de contaminación. ¿Acaso si un futuro nuevo inversionista fuera extranjero, constituiría lo anterior un trato menos favorable que el otorgado a los inversionistas nacionales existentes? Otra pregunta que se plantea concierne a la fijación de límites a los impactos ambientales transfronterizos. ¿Por ejemplo, podría el Canadá o una de sus provincias prohibir la importación de electricidad de un establecimiento cuya contaminación se extiende al Canadá, aún si a sus propios productores de

La reglamentación ambiental a menudo implica determinar niveles máximos de contaminación del aire y de las cuencas hidrográficas locales. Esos niveles significan generalmente que los nuevos inversionistas enfrentan normas ambientales más exigentes que los inversionistas anteriores — incluso se les puede negar el permiso para operar — ya que pueden representar fuentes adicionales de contaminación. ¿Acaso si un futuro nuevo inversionista fuera extranjero, constituiría lo anterior un trato menos favorable que el otorgado a los inversionistas nacionales existentes?

Derechos privados, problemas públicos

Una guía sobre el controvertido capítulo del TLCAN referente a los derechos de los inversionistas

electricidad se les permite emitir cantidades totales similares de contaminación? ¿Infringiría ello el requisito de trato nacional a una empresa estadounidense que busca establecer una participación en el mercado de la electricidad del Canadá?

El caso *S.D. Myers* indica que podría haber circunstancias similares que no obstante justificarían un trato reglamentario diferente para proteger al público.²⁴ Sin embargo, el Tribunal no procedió a aplicar esto ni a proporcionar ninguna otra orientación sobre cómo debe aplicarse.

Al final, debido a su fallo amplio sobre el trato nacional y sobre el término “en circunstancias similares,” el caso *S.D. Myers* crea una preocupante incertidumbre en cuanto a la flexibilidad que ahora tienen las empresas para poner en tela de juicio una medida que infringe la obligación de trato nacional. La definición amplia del Capítulo XI de lo que constituye una inversión, tema que se trató anteriormente, complica esta cuestión preocupante.

6.2 Nivel internacional mínimo de trato

Como la mayoría de los convenios bilaterales de inversión, el Capítulo XI contiene disposiciones que exigen que los países anfitriones traten a los inversionistas extranjeros de una manera que cumpla con los niveles internacionales mínimos. Este requisito se expresa en lenguaje muy general como “trato acorde con el derecho internacional, incluido trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas”. Exactamente lo que esto significa no se ha especificado nunca exhaustivamente en el TLCAN, ni en otros convenios de inversiones. De todos modos, cuando las disposiciones sobre inversión se utilizaban sólo como un escudo protector ello creaba poca controversia; se entendía que la intención era establecer un nivel de normas mínimas de trato justo, independientemente de que las compañías nacionales recibieran un trato igualmente malo. Pero desde que este tipo de disposiciones protectoras pasaron a utilizarse como una espada, esta falta de precisión alienta sencillamente a que se dé un nuevo alcance a los reclamos al amparo de esta disciplina, reclamos que a menudo se basan en reglas y principios pertinentes a otras áreas del derecho.

La decisión sobre el caso *Metalclad* en el marco del Capítulo XI demuestra la importancia creciente de esta obligación para la legislación protectora del bienestar público. En este caso, se dictaminó que México infringía los requisitos relativos al nivel mínimo de trato, debido a lo siguiente:²⁵

- Un nivel del gobierno (el municipal) no había logrado cumplir las garantías que, según dictaminó el Tribunal, habían sido ofrecidas por otro nivel de gobierno (el federal) en el sentido de que el establecimiento de eliminación de desechos en cuestión podía operar. El Tribunal dictaminó que, en virtud del Capítulo XI, los inversionistas tienen derecho a confiar en tales garantías (aunque ninguno de los tres sistemas constitucionales del TLCAN autoriza a los funcionarios federales a determinar la aplicación de los reglamentos de otros niveles de gobierno);
- México no logró aclarar las interpretaciones de la ley mexicana en la cual se basó el inversionista; el Tribunal dictaminó que el gobierno tiene la obligación de hacer esto si surge alguna incertidumbre para el inversionista;
- México no logró establecer modalidades claras para que los inversionistas conocieran fácilmente las reglas sobre licencias, incumpliendo así la obligación de transparencia estipulada en otras partes del TLCAN;
- El Tribunal arbitral dictaminó que un incumplimiento de la ley mexicana por una dependencia gubernamental (de cualquier nivel) equivalía, según estableció el Tribunal (no los tribunales nacionales), a un incumplimiento del nivel mínimo de trato, dejando abierta la cuestión de si esto podría cubrir cualquier incumplimiento, aunque se hiciera de buena fe; y
- La empresa *Metalclad* no fue notificada de una reunión celebrada en el pueblo en relación con su licencia.

El Tribunal resumió sus resultados diciendo que México no logró proporcionar un marco transparente ni previsible para la planificación y la inversión empresariales, y que demostró una falta de orden en los trámites y de disposición oportuna con relación a un inversionista.

Esta lectura sumamente amplia de los requisitos del nivel mínimo de trato fue innovadora en el derecho internacional de la inversión. Según se trató en la sección 4.2, tal lectura se basó de manera significativa en las disposiciones sobre transparencia enunciadas en otras partes del TLCAN, que no se mencionan en el Capítulo XI. Este enfoque de incorporar disposiciones exteriores al Capítulo XI también fue apoyado, al menos hasta cierto punto, en el caso *S. D. Myers*.²⁶ El otorgamiento del nivel mínimo de trato estaba aún considerándose en un tercer caso — *Pope y Talbot contra Canadá* — en el momento de prepararse este libro, pero se habían descartado ya los reclamos presentados por la empresa con respecto a otras dos obligaciones.

Derechos privados, problemas públicos

Una guía sobre el controvertido capítulo del TLCAN referente a los derechos de los inversionistas

Las evaluaciones iniciales de la obligación relativa al nivel mínimo de trato establecida en el Capítulo XI sugerían que ésta no era motivo de grave preocupación desde la perspectiva más amplia del bienestar público. Sin embargo, el contenido de las decisiones sobre los casos Metalclad y S.D. Myers ponen en cuestión esas conclusiones.

Las evaluaciones iniciales de la obligación relativa al nivel mínimo de trato establecida en el Capítulo XI sugerían que ésta no era motivo de grave preocupación desde la perspectiva más amplia del bienestar público.²⁷ Sin embargo, el contenido de las decisiones sobre los casos *Metalclad* y *S.D. Myers*, junto con la evidente incertidumbre experimentada por el Tribunal mismo en el caso *Pope y Talbot*, ponen en cuestión esas conclusiones. ¿Es realmente posible, por ejemplo, que los gobiernos tengan la obligación de corregir el asesoramiento legal deficiente recibido por un inversionista? Acaso la seguridad proporcionada por un burócrata de que cierto evento tendrá lugar o no, de acuerdo con la ley de un nivel de gobierno diferente al suyo, puede comprometer al país a todos los niveles de gobierno? ¿Puede un funcionario del gobierno federal usurpar así eficazmente las funciones de toma de decisiones de otros niveles de gobierno? Estas posibilidades sugieren normas nunca aplicadas anteriormente en el derecho nacional ni el derecho internacional, pero parecen hallarse peligrosamente cercanas al resultado del caso *Metalclad*. Los gobiernos necesitarán mayor claridad sobre el significado de esta disposición para tener alguna certidumbre en cuanto a sus obligaciones cuando actúan para proteger el bien público.

6.3 Requisitos de desempeño

Las prohibiciones sobre requisitos de desempeño tienen por objeto impedir a un gobierno anfitrión imponer a un inversionista condiciones que puedan limitar su capacidad de lograr eficiencia económica y ganancias. Están, por lo tanto, vinculadas a los objetivos de liberalización de las inversiones del Capítulo XI. El Artículo 1106 prohíbe a los gobiernos anfitriones imponer requisitos tales como los siguientes:

- exportar un determinado porcentaje de la producción;
- usar un nivel determinado de insumos o servicios locales en las operaciones empresariales, o mostrar de otro modo una preferencia por los bienes o servicios nacionales;
- generar una afluencia de divisas como resultado de las importaciones o exportaciones de la compañía;
- el uso o la transferencia de ciertas tecnologías (con algunas excepciones); o
- el empleo de tipos o niveles específicos de personal.

Se previó originalmente que esta cláusula se aplicaría solo a las medidas específicamente dirigidas a un inversionista extranjero o su inversión. Por consiguiente, aunque la cláusula cubría todas las etapas del ciclo de vida de la inversión — desde su inicio, pasando por la operación, hasta su

terminación — se pensó que sólo se aplicaría a una variedad limitada de medidas. Los casos iniciales han demostrado lo contrario. Está claro ahora que en virtud del Capítulo XI incluso las medidas no discriminatorias de aplicación general (o sea, medidas no dirigidas a un inversionista ni a un sector específicos), tanto nuevas como preexistentes, pueden ser consideradas como requisitos de desempeño.²⁸

Usando este razonamiento, se puede argumentar, y de hecho se ha argumentado, que la prohibición de importar un producto utilizado por los fabricantes es en efecto un requisito de usar productos locales sustitutos. El resultado es que los inversionistas extranjeros que pudieran ser afectados por tal prohibición tienen la posibilidad de circunvenir el proceso arbitral tradicional de Estado a Estado para desafiar tales medidas comerciales — un proceso que ha sido el sello distintivo del desarrollo del derecho comercial en el TLCAN y en la OMC —, y desafían ellos mismos directamente la medida en cuestión. El uso ampliado de esta disposición es preocupante; puede debilitar seriamente la capacidad de los gobiernos para proteger la salud humana y el medio ambiente contra los efectos de importaciones o exportaciones indeseables.

Ningún inversionista ha ganado aún reclamo alguno presentado al amparo del Capítulo XI sobre la base de esta obligación, aunque la misma fue un punto de fundamental importancia en el caso iniciado por la compañía *Ethyl*, que el Canadá solucionó mediante el retiro de la medida en cuestión y el pago de una indemnización. Esta disposición continúa siendo una cláusula “durmiente” en el arsenal del Capítulo XI, pero con significativo potencial de tener efectos inesperados.

El artículo sobre requisitos de desempeño continúa siendo una cláusula “durmiente” en el arsenal del Capítulo XI, pero con significativo potencial de tener efectos inesperados.

6.4 Expropiación

Las disposiciones del Capítulo XI sobre expropiación han sido el tema más debatido con respecto a la relación entre las protecciones del inversionista y la protección del medio ambiente y del bienestar humano. El Artículo 1110 del TLCAN exige que cualquier expropiación de la inversión de un inversionista extranjero esté justificada por razones de política pública y vaya acompañada de una indemnización. Esto es compatible con los enfoques de la mayoría de los países de la OCDE sobre expropiación por un gobierno, según los cuales no es suficiente que un gobierno expropie bienes simplemente porque tiene una finalidad pública; aún así, debe pagar una indemnización. La pregunta crítica que se desprende de esta disposición es, ¿en primer lugar, qué actos de un gobierno constituyen una expropiación, — o un “taking” en el lenguaje legal de los Estados Unidos, que

Derechos privados, problemas públicos

Una guía sobre
el controvertido
capítulo del TLCAN
referente a los
derechos de los
inversionistas

*¿Puede la fijación
de estándares
ambientales altos
venir a ser lo
mismo que la
expropiación si
repercute en las
actividades
empresariales?*

equivale a “confiscación” — de propiedad por parte de ese gobierno, lo que genera la necesidad de indemnización?²⁹

Los problemas de bienestar público planteados aquí son profundos y difíciles. ¿En qué medida se aplicaría el Artículo 1110 a las leyes y los reglamentos que protegen el medio ambiente y/o la salud humana de los productos peligrosos, de la contaminación y de las actividades peligrosas? ¿Puede la fijación de estándares ambientales altos venir a ser lo mismo que la expropiación si repercute en las actividades empresariales?

Incluso el texto mismo del Capítulo XI proporciona poca orientación sobre cómo se debe tratar este concepto fundamental de expropiación. El Artículo 1110 prohíbe tres tipos de expropiación — la expropiación directa, la expropiación indirecta, y las medidas equivalentes a la expropiación. En los casos examinados hasta la fecha se ha sostenido que estos dos últimos términos tienen el mismo significado: son medidas que no confiscan directamente la propiedad del inversionista, pero que equivalen a ello. Por ejemplo, un impuesto empresarial suficientemente alto recaudado de una compañía específica tendría al final el mismo efecto que una expropiación directa.

Un tema crítico que ha centrado la atención es la manera en que el Artículo 1110 se relaciona con lo que se llama el ejercicio de “poderes regulatorios” por parte de un país que ha promulgado una medida.³⁰ En virtud del concepto tradicional del derecho internacional acerca del ejercicio de los poderes regulatorios, cuando un Estado actuaba de una manera no discriminatoria para proteger bienes públicos tales como su medio ambiente, la salud de su población u otros intereses relativos al bienestar público, se entendía que esas acciones quedaban fuera del alcance de lo que significaba una expropiación. Tales actos sencillamente no estaban comprendidos en el concepto de expropiación, no eran una confiscación de propiedad, y no se debía pagar ninguna indemnización en virtud del derecho internacional. Dicho de una manera más sencilla, si la regla relativa a los poderes regulatorios se reconoce en el marco de la disposición sobre expropiación del Capítulo XI, las leyes o reglamentos de protección del medio ambiente y de la salud no se considerarán como expropiaciones mientras no sean discriminatorios y, a diferencia del ejercicio normal de los poderes regulatorios en una jurisdicción dada, tampoco se considerarán como confiscatorios.³¹ Por otro lado, si la regla no se reconoce, incluso ejercicios normales de la autoridad regulatoria gubernamental se pueden considerar como expropiaciones que requieren pago de indemnización.

El alcance de los poderes regulatorios legítimos de un Estado es, desde luego, no siempre sencillo de determinar y puede depender del tipo de ley o reglamentación en cuestión. Por ejemplo, las medidas protectoras del medio ambiente que limitan las emisiones contaminantes, que establecen controles o que prohíben ciertos productos peligrosos, serían en general consideradas como el ejercicio normal de los poderes regulatorios. Las medidas que confiscan tierras para crear un parque nacional, por otro lado, se aplican por lo general acompañadas de una indemnización conforme a la mayoría de los sistemas legales, y podrían no quedar excluidas de la regla sobre poderes regulatorios. De todos modos, la pregunta sobre lo que constituye un ejercicio normal (o no confiscatorio) de los poderes regulatorios varía en cierta medida de acuerdo a la costumbre y la práctica nacionales.

Uno de los aspectos más perturbadores del TLCAN, sin embargo, es la tendencia actual de los tribunales establecidos al amparo del Capítulo XI a pasar por alto los enfoques tradicionales del derecho relativo a la expropiación de una manera que amenaza en último término con limitar seriamente, e incluso extinguir, la doctrina de los poderes regulatorios legítimos. El ejemplo más directo es la decisión sobre el caso *Metalclad*. En lugar de analizar si el gobierno mexicano actuó de una manera incompatible con el ejercicio normal (no confiscatorio) de sus poderes regulatorios, el Tribunal dice expresa y llanamente que el Tribunal no necesita decidir ni considerar cuál es la motivación o intención de la adopción de la medida ambiental en cuestión en ese caso.³² En cambio, en la prueba utilizada en el caso *Metalclad* se consideró sólo la magnitud del impacto que tenía sobre el inversionista la medida en cuestión, y si la misma tenía un impacto significativo sobre el uso o el beneficio económico razonablemente esperado de la propiedad, aunque no fuera claramente en beneficio del Estado anfitrión.³³ Este mismo enfoque se repite en la decisión sobre el caso *Pope y Talbot contra Canadá*.³⁴ Ninguno de estos casos, sin embargo, aporta detalle alguno sobre lo que constituye un impacto significativo.³⁵

Aunque un tribunal que revisó otro caso en el marco del Capítulo XI, el caso *S.D. Myers*, dijo que la acción regulatoria del gobierno no se interpreta normalmente como expropiación, el impacto de este caso queda poco claro. Lamentablemente, la decisión crea una verdadera ambigüedad; declara que la razón principal por la cual la medida en ese caso no equivale a una expropiación es que tiene carácter temporal y un impacto temporal.³⁶ Una implicación de esto es que si la medida hubiera sido

Derechos privados, problemas públicos

Una guía sobre el controvertido capítulo del TLCAN referente a los derechos de los inversionistas

Siguiendo este razonamiento, independientemente de la finalidad, la indemnización debe pagarse si hay un impacto significativo. Esto es alarmante dado que cualquier ley ambiental que merezca la pena adoptar afectará a las operaciones empresariales, y por consiguiente tendrá un impacto significativo sobre la empresa en cuestión.

permanente, se habría considerado como confiscatoria aunque fuera la clase de acción gubernamental generalmente considerada como ejercicio legítimo del poder regulatorio.

El punto más crítico de estos primeros casos es que utilizan la magnitud del impacto como la prueba decisiva de que una acción gubernamental equivale a una expropiación. Este enfoque no sólo limita el alcance de la regla de los poderes regulatorios, sino que también puede eliminar de hecho la consideración de esta prueba tradicional del derecho internacional en el examen de un reclamo referente a una expropiación. Siguiendo este razonamiento, independientemente de la finalidad, la indemnización debe pagarse si hay un impacto significativo. Esto es alarmante dado que *cualquier ley ambiental que merezca la pena adoptar* afectará a las operaciones empresariales y a menudo podrá poner término al uso o al comercio de ciertos productos, y por consiguiente tendrá un impacto significativo sobre la empresa en cuestión. Esto revertiría un principio bien aceptado de la política ambiental sensata: que quienes contaminan deben sufragar el costo de su contaminación, en lugar de gozar de un derecho de recibir pagos para no contaminar.

En consecuencia, la disposición sobre expropiación del Capítulo XI ha dado lugar a una crítica muy acalorada de parte de la sociedad civil, y la experiencia de los primeros casos parece haber justificado sus inquietudes. Por más necesario o valioso que sea un nuevo texto legislativo o de reglamentación, las circunstancias desfavorables al mismo se acumularán continuamente mientras los encargados de regular computen los costos de los potenciales reclamos de indemnización de empresas afectadas según las disposiciones sobre expropiación del Capítulo XI. En efecto, si los gobiernos tuvieran que prever si una medida para proteger el medio ambiente o la salud humana está cubierta por el concepto de expropiación, ello podría tener (y ya parece estar teniendo) una repercusión significativa sobre la libertad gubernamental para promulgar reglamentaciones firmes encaminadas a proteger el medio ambiente u otros aspectos del bienestar público.

6.5 Resumen: el impacto de las obligaciones establecidas en el Capítulo XI

La conclusión clave del análisis presentado aquí es que las interpretaciones actuales del Capítulo XI del TLCAN pueden tener una repercusión negativa significativa y determinante sobre la toma de decisiones de los gobiernos con relación al interés público. En realidad, ya la han tenido. En el Canadá,

Derechos privados, problemas públicos

Una guía sobre el controvertido capítulo del TLCAN referente a los derechos de los inversionistas

por ejemplo, solo dos nuevas leyes ambientales han sido adoptadas a nivel federal desde que el TLCAN entró en vigor, y ambas han sido cuestionadas en virtud del Capítulo XI.³⁷ Como resultado, una de ellas fue revocada y se pagaron 13 millones de dólares por concepto de indemnización. Con respecto a la otra, se dictaminó que infringía el Capítulo XI, y hay pendiente una indemnización por daños.

Esta repercusión crítica deriva de las interpretaciones que exigen ahora a los gobiernos indemnizar a los inversionistas por cualquier costo o pérdida en la que hayan incurrido estos últimos como resultado de la adopción de nuevas leyes. En el contexto ambiental, el principio según el cual “el que contamina paga” se ha empezado a sustituir por el principio “páguese al que contamina”. Cualesquiera sean los méritos de un caso dado, la repercusión combinada que se observa es profundamente preocupante: plantea serias dudas sobre si cualquier gobierno nacional o subnacional del TLCAN puede reglamentar para proteger el medio ambiente sin un riesgo significativo de tener que pagar indemnización a empresas privadas. En efecto, es poco claro si existe un terreno seguro donde puedan subsistir las reglamentaciones ambientales, de salud humana y otras nuevas que tengan un impacto sobre los inversionistas extranjeros según las interpretaciones actuales del Capítulo XI del TLCAN.

El resultado de esta situación es que muchos organismos gubernamentales de reglamentación se tornan cada vez más renuentes a actuar. Este fenómeno se conoce como “enfriamiento reglamentario”. Mientras que no lo pueden decir públicamente, los reguladores ambientales están cada vez menos dispuestos a correr los riesgos ahora asociados con las incertidumbres legales y los enormes reclamos de indemnización al amparo del Capítulo XI. Sin embargo, sea o no intencional, este resultado es visible e importante.

Podría decirse que las decisiones existentes son incorrectas en su interpretación del lenguaje y del propósito de las disposiciones del Capítulo XI; las mismas quizás puedan ser corregidas por Tribunales posteriores. Esta, sin embargo, es sólo una posibilidad, y por el momento las interpretaciones actuales son las únicas de que disponen los inversionistas, los gobiernos y otros.

En la sección 8 se examinan las soluciones de los problemas identificados aquí, así como de los encontrados en la próxima sección, sobre el proceso inversionista-Estado.

En el Canadá, solo dos nuevas leyes ambientales han sido adoptadas a nivel federal desde que el TLCAN entró en vigor, y ambas han sido cuestionadas en virtud del Capítulo XI.

Mientras que no lo pueden decir públicamente, los reguladores ambientales están cada vez menos dispuestos a correr los riesgos ahora asociados con las incertidumbres legales y los enormes reclamos de indemnización al amparo del Capítulo XI.

Notas finales

- 19 Partes considerables de lo que sigue se derivan de Howard Mann y Mónica Araya, *An Investment Regime for the Americas: Challenges and Opportunities for Sustainability* (New Haven, CT, EUA: Centro de Derecho y Política Ambientales de Yale, 2001); y Howard Mann, “International Environment Law, Chapter 11,” *Year in Review Issue, 2000, The International Lawyer*, Vol. 35, verano de 2001, de próxima aparición.
- 20 Es difícil en realidad cuantificar los beneficios que los convenios sobre inversiones proporcionan a los países anfitriones. Se supone que desempeñan la función de atraer la inversión extranjera — o al menos se supone actualmente que la ausencia de tales convenios es un factor negativo para las inversiones —, pero las pruebas concretas siguen siendo poco claras hasta la fecha.
- 21 A falta de un sitio Internet exhaustivo sobre el Capítulo XI hospedado por el Secretariado del TLCAN o cualquier gobierno del TLCAN, la fuente más actualizada es una página privada que se encuentra en <http://www.naftalaw.org>. Véase la introducción al Anexo 2 para información sobre otros sitios web gubernamentales y no gubernamentales, donde se pueden consultar documentos pertinentes.
- 22 Esto ha sido ya reconocido directamente al menos en un caso al amparo del Capítulo XI: *Methanex contra Estados Unidos*. Véase la decisión del Tribunal sobre peticiones de terceras partes para intervenir como *Amici Curiae*, párrafo 49. Disponible en http://www.iisd.org/pdf/methanex_tribunal_first_amicus_decision.pdf
- 23 Estos temas se tratan en las páginas 52 a 59 de la decisión *S.D. Myers*.
- 24 *S.D. Myers contra Canadá*, párrafo 250.
- 25 Véase párrafos 75 a 100 de la decisión sobre el caso *Metalclad*.
- 26 Véanse los párrafos 258 a 269 de la decisión sobre el caso *S.D. Myers*.
- 27 Por ejemplo, Howard Mann y Konrad von Moltke “NAFTA’s Chapter XI and the Environment: Addressing the Impacts of the Investor-State Process on the Environment.” Documento de trabajo del IIDS. (Winnipeg: IIDS, 1999).
- 28 Casos *S.D. Myers contra Canadá*, párrafos 289 a 300; *Pope y Talbot contra Canadá*, párrafo 74; y Decisión sobre Jurisdicción en el caso *Ethyl contra Canadá*, párrafos 62 a 64. No existe ninguna jurisprudencia en contrario.
- 29 El tema clave de lo que constituye una confiscación (“taking”) se debate ampliamente, en particular en los Estados Unidos, donde todavía no se ha determinado el alcance pleno de una protección constitucional de la propiedad privada. En la mayoría de los países las autoridades públicas cuentan con una amplia flexibilidad antes de reconocer una confiscación. En los Estados Unidos, sin embargo, este tema se ha seguido debatiendo ampliamente, y tiene principalmente una dimensión de derecho

constitucional. Uno de los factores por los cuales el Capítulo XI es particularmente desconcertante para los ambientalistas en este país, y ahora cada vez más para los ambientalistas y otros observadores de los tres países partes del TLCAN, es la perspectiva creciente de que una cuestión fundamental del derecho constitucional de los Estados Unidos, cuyas implicaciones prácticas son enormes para todos los reguladores ambientales, pueda ahora decidirse no mediante el desarrollo de la propia jurisprudencia, sino mediante los fallos — que esencialmente carecen de la posibilidad de apelación — de tribunales especiales establecidos al amparo del Capítulo XI, que se reúnen a puerta cerrada en un proceso ideado a imagen y semejanza del arbitraje privado y basado en fuentes de derecho exteriores.

- 30 Este tema fue planteado y explorado por primera vez en Mann y von Moltke, 1999, *op. cit.*, *supra* (nota 27 al pie de página).
- 31 Las medidas comprendidas dentro del ámbito de aplicación normal de la regla sobre los poderes regulatorios estarían aún sujetas a examen en virtud de las disposiciones del Capítulo XI sobre trato nacional y sobre el nivel internacional mínimo de trato, entre otras.
- 32 Decisión *Metalclad*, párrafo 111. La medida en cuestión era la creación de una reserva ecológica que comprendía terrenos de propiedad de Metalclad, impidiendo su posible uso para un establecimiento de eliminación de desechos peligrosos, que Metalclad tenía la intención de instalar allí. Si el Tribunal hubiera dictaminado que tal cambio en el uso de tierra, aunque fuera de interés público, exigía el pago de indemnización a los propietarios — como sucede en casi todos los países de la OCDE y en muchos otros —, se hubiera al menos encontrado cierto análisis de los temas pertinentes a la aplicación de la regla de los poderes regulatorios.
- 33 Decisión sobre el caso *Metalclad*, párrafo 103.
- 34 Decisión sobre el caso *Pope y Talbot*, párrafos 96 a 105.
- 35 Se puede argumentar que, conforme al análisis jurídico internacional tradicional, se trata de una expropiación si el inversionista pierde todo o esencialmente todo el valor de una inversión por causa de una acción gubernamental que va más allá del ejercicio normal de los poderes regulatorios hasta el punto de tener carácter confiscatorio. En los Estados Unidos, la doctrina sobre la “pérdida de todo el valor” y la cuestión de los poderes regulatorios normales están relacionadas porque el “valor” de una propiedad se considera sujeto al ejercicio normal del poder regulatorio local. Por lo tanto, generalmente se considera que un inversionista goza de una expectativa razonable de extraer un beneficio de su propiedad sólo en la medida posible en virtud de las aplicaciones legítimas de los poderes regulatorios. El análisis completo de este tipo de cuestiones en el marco del derecho nacional e internacional es complejo y va más allá del alcance de esta guía.

**Derechos privados,
problemas públicos**

Una guía sobre
el controvertido
capítulo del TLCAN
referente a los
derechos de los
inversionistas

36 Decisión del caso *S.D. Myers contra Canadá*, párrafos 279 a 187.

37 Una “nueva ley” significa aquí una ley que aborda una sustancia o una situación nuevas no reglamentadas anteriormente. Las actualizaciones de las leyes ya existentes no se han puesto en tela de juicio hasta la fecha.

7.

Cómo se hacen respetar los derechos del inversionista extranjero: el proceso de arbitraje en los casos inversionista-Estado, y su carácter antidemocrático

Esta sección examina el proceso arbitral inversionista-Estado, otorgando especial atención a su carencia de salvaguardias democráticas. Cuando se considera la experiencia relacionada con el Capítulo XI, conviene recordar la gran importancia pública que puede atribuirse a los casos amparados por este capítulo. El arbitraje internacional se concibió originalmente para resolver asuntos privados entre empresas, o de empresas con un gobierno, pero no es eso lo que ha sucedido en relación con el Capítulo XI hasta la fecha, cuando con creciente frecuencia se entablan juicios por cuestiones importantes de interés público.

7.1 ¿Qué es el proceso de arbitraje inversionista-Estado y cómo se inicia?

Dicho de una manera sencilla, el proceso inversionista-Estado es un proceso de arbitraje internacional entre un inversionista extranjero y el gobierno anfitrión. Una gráfica del proceso se presenta en el Recuadro 2. El proceso es iniciado por un inversionista extranjero que invoca para ello sus derechos al amparo del Capítulo XI. El primer paso es expedir lo que se llama una notificación de la intención de someter una reclamación a arbitraje. Le siguen una consulta y un período de apaciguamiento de al menos 90 días antes de que el arbitraje propiamente dicho pueda comenzar, mediante el envío por parte del demandante de una “notificación del sometimiento de la reclamación al arbitraje” a la Parte del TLCAN involucrada.

Al enviar la notificación del sometimiento de la reclamación a arbitraje, el inversionista elige uno de tres procedimientos de arbitraje internacionalmente reconocidos vigentes en el marco de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) o del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a

Derechos privados, problemas públicos

Una guía sobre
el controvertido
capítulo del TLCAN
referente a los
derechos de los
inversionistas

Inversiones (CIADI); ambos órganos han estado operando por muchos años.³⁸

La notificación de la intención de someter una reclamación a arbitraje, y la notificación de sometimiento de la reclamación al arbitraje se envían siempre al gobierno nacional de la Parte del TLCAN involucrada, incluso si la medida objeto del conflicto proviene de un gobierno estatal, provincial o local. El gobierno nacional es el responsable del proceso mismo de arbitraje y en último término de cualquier sentencia contra el país, aunque las acciones que hayan dado lugar a la sentencia provengan de un estado o una provincia.

7.2 Nombramiento del Tribunal arbitral

El Tribunal es un órgano integrado por tres personas que escuchan las pruebas y emiten los fallos sobre los casos. Una vez enviada la notificación de sometimiento de la reclamación a arbitraje, el inversionista y el Estado nombran cada uno a su propio árbitro en el Tribunal. El tercer árbitro es neutral, y lo nombran las partes de común acuerdo o bien el Secretario General del CIADI, entre los miembros del Panel de árbitros de esa Organización.

Recuadro 2: Diagrama ilustrativo del proceso de solución de controversias inversionista-Estado

- Notificación de la intención de someter una reclamación a arbitraje
- Período mínimo de 90 días de consultas
- Notificación del arbitraje
- Nombramiento del tribunal arbitral
- Sometimiento de la reclamación (a menudo acompaña a la notificación de arbitraje)
- Declaración de la defensa
- Oportunidad para que los amigos del Tribunal (“*amicus curiae*”) sometan peticiones
- Respuesta a la declaración de la defensa
- Contrarréplica
- Oportunidad para que los amigos del Tribunal (“*amicus curiae*”) sometan peticiones

Derechos privados, problemas públicos

Una guía sobre el controvertido capítulo del TLCAN referente a los derechos de los inversionistas

- Presentación de pruebas, declaraciones de los testigos
- Examen de las pruebas de las dos partes contendientes
- Presentación de todos los alegatos escritos (Memorial del demandante, Memorial de la Parte demandada, Respuesta, Contrarréplica)
- Audiencias orales
- Posibles declaraciones escritas posteriores
- Laudo o decisión final
- Posible demanda de apelación
- Pago de indemnización por daños

La capacidad de cada parte contendiente para elegir a “su” árbitro es una diferencia importante entre los tribunales normales y los de arbitraje, especialmente cuando se trata de demandas relacionadas con temas de política pública, y es uno de los elementos más polémicos del proceso arbitral inversionista-Estado. Este enfoque tiene sentido cuando lo que está en juego son simplemente asuntos de derecho privado, como el cumplimiento de un contrato, o la responsabilidad por daños respecto de una remesa. Es problemático cuando las cuestiones de bienestar público y la política pública se enfrentan con intereses privados.

Con raras excepciones, los árbitros nombrados hasta la fecha tenían principalmente antecedentes y experiencia en cuestiones de derecho comercial. Esto no significa, por supuesto, que los árbitros desconozcan los temas de política pública o que sean poco profesionales. Sin embargo, este factor puede reducir las oportunidades de que haya diversos enfoques e interpretaciones de las cuestiones tratadas. Hasta ahora, el examen presentado en esta guía pone en claro que los Tribunales se enfrentan con importantes problemas de bienestar público, y tratan finalmente de encontrar un equilibrio entre los derechos del inversionista y otros objetivos de política pública, como la protección del medio ambiente.

Una vez que el Tribunal es elegido, éste opera según las reglas de procedimiento del CIADI o según el procedimiento de la CNUDMI escogido por el inversionista. En los tres casos, las reglas son bastante similares: permiten la presentación de los argumentos legales y de las pruebas, el examen comparativo

La capacidad de cada parte contendiente para elegir a “su” árbitro es una diferencia importante entre los tribunales normales y los de arbitraje, especialmente cuando se trata de demandas relacionadas con temas de política pública.

de las declaraciones de los testigos, los alegatos orales y, finalmente, la decisión del Tribunal. En cada proceso las reglas dan al Tribunal un margen significativo de acción para dirigir sus propios procedimientos a fin de responder a las necesidades del caso en cuestión.

7.3 ¿Existen limitaciones para iniciar un caso?

Como se expuso antes, los inversionistas privados no tienen ninguna limitación política para decidir si habrán de proceder o no a iniciar un caso inversionista-Estado. La única limitación real es la necesidad de seguir cuidadosamente los procedimientos indicados en la sección B del Capítulo XI. La mayoría de estas disposiciones son más rutinarias, como asegurar que hayan transcurrido seis meses desde la adopción de la medida, actuar dentro de un plazo de tres años desde la adopción de la medida, asegurar un período de consulta de 90 días después de la presentación de la notificación de la intención de someter una reclamación a arbitraje, etc.

El más importante de estos pasos procesales es la renuncia del inversionista a todos los derechos nacionales de litigio por daños resultantes de la medida gubernamental refutada. Otras acciones pueden no obstante aplicarse paralelamente a un caso al amparo del Capítulo XI, por ejemplo mandatos judiciales, desagravio declaratorio (como una declaración de que una medida es inconstitucional), o desagravio extraordinario (como una orden que exija que un funcionario ejecute un acto específico). En principio, esto fuerza al inversionista a elegir entre el sistema de justicia nacional y el internacional. Sin embargo, los primeros casos muestran que un inversionista puede iniciar un caso de arbitraje internacional después de haber recurrido primero a los tribunales nacionales, a condición de que el proceso arbitral nacional haya terminado, o de que se haya renunciado a cualquier apelación posible. En este caso, el inversionista también tiene que demostrar, como parte de su reclamo, que el sistema legal o judicial nacional ha violado obligaciones establecidas por el Capítulo XI.³⁹ En vista de esta carga adicional, la elección más obvia para los inversionistas es recurrir primero al proceso internacional.

La única limitación restante del proceso de arbitraje quizás sea su costo. La diferencia entre la práctica del arbitraje internacional y la práctica judicial nacional, es que en la primera los árbitros y sus gastos son pagados por las partes litigantes. Esos costos pueden ascender a millones de dólares.

7.4 ¿Qué legislación aplica el Tribunal?

Se pide normalmente al Tribunal que interprete y aplique los derechos del inversionista enunciados en el Capítulo XI del TLCAN. El Tribunal también puede dictaminar sobre la base de reglas más ampliamente aplicables del derecho internacional. Finalmente, si la Comisión de Libre Comercio de TLCAN — integrada por los ministros de comercio del Canadá, México y los Estados Unidos — establece una interpretación de cualquier disposición del Capítulo XI o de cualquier otra parte del TLCAN, el Tribunal debe aplicar esa interpretación. Esto se conoce en el derecho internacional como una declaración interpretativa, y es algo sobre lo que trataremos más tarde.

Ya se ha señalado que los Tribunales han abordado temas derivados de otras partes del TLCAN a la hora de tomar sus decisiones sobre cuestiones relativas al Capítulo XI. Mientras se espera normalmente que un tribunal considere disposiciones específicas en el contexto del acuerdo en su totalidad para ayudar a comprender su significado, no se previó que las disposiciones del resto del TLCAN se volverían centrales en el examen de casos presentados al amparo del Capítulo XI. Como se vio antes, esto ha ocurrido en la decisión sobre el caso *Metalclad*, que dependió extensamente de la interpretación de los principios de transparencia.

Igualmente, ahora se está debatiendo la cuestión de si otras obligaciones internacionales se pueden considerar en un litigio en el marco del Artículo XI. Como se señaló anteriormente, algunas decisiones indican que un inversionista puede alegar que el incumplimiento de una obligación internacional por un Estado es un incumplimiento de la obligación de otorgar el nivel internacional mínimo de trato.

7.5 ¿Puede dictaminar un Tribunal acerca de la legislación nacional de un país?

¿Puede dictaminar un Tribunal acerca de la legislación nacional de un país? Por lo menos un Tribunal establecido al amparo del Capítulo XI, que examinó el caso *Metalclad contra México*, hizo precisamente eso y fue más allá del alcance del Capítulo XI y de otras leyes internacionales. Habiendo determinado en contra del asesoramiento experto proporcionado por el Gobierno de México, dictaminó sobre la jurisdicción constitucional de los gobiernos locales de México en la toma de decisiones en materia ambiental.

Derechos privados, problemas públicos

Una guía sobre el controvertido capítulo del TLCAN referente a los derechos de los inversionistas

El sistema del Capítulo XI no prevé ninguna de las salvaguardias básicas normalmente asociadas a un tribunal de primera instancia en los sistemas judiciales nacionales. En particular, se permite poco o ningún acceso público al proceso, y hay derechos limitados de apelación.

Esta parte de la decisión *Metalclad*, entre otras, se ha puesto en tela de juicio en un examen judicial del caso. Si se confirma, se permitirá que los árbitros designados en el marco del Capítulo XI dictaminen sobre el ámbito de aplicación y el contenido de la legislación nacional de una Parte. Mientras que ningún caso puede proceder sin cierto conocimiento del contexto jurídico nacional, la capacidad de un Tribunal establecido en el marco del Capítulo XI de emitir un fallo sobre el ámbito de aplicación o el contenido de esa legislación es preocupante desde una perspectiva democrática fundamental.

Primero, no existe ningún requisito de que los árbitros tengan conocimientos o experiencia especializados sobre la legislación nacional de la Parte cuya medida es objeto de la demanda. En realidad, el arbitraje quizá represente el primer contacto significativo de esos árbitros con la legislación y el sistema jurídico de la Parte en cuestión. Segundo, el sistema del Capítulo XI no prevé ninguna de las salvaguardias básicas normalmente asociadas a un tribunal de primera instancia en los sistemas judiciales nacionales. En particular, se permite poco o ningún acceso público al proceso, y hay derechos limitados de apelación, siendo éstos dos mecanismos clave del rendimiento de cuentas a nivel judicial en el plano nacional. Si el proceso arbitral puede en verdad ofrecer un medio alternativo para dictaminar sobre la aplicabilidad de una legislación nacional aplicable a cuestiones importantes de política pública, la ausencia de requisitos de contar con experiencia en esa legislación y de dar un acceso democrático y salvaguardias judiciales en el proceso son fallas significativas.

7.6 El papel de los casos anteriores

¿Qué papel desempeñan otros casos? En teoría, la decisión sobre un caso no es jurídicamente vinculante para ningún tribunal futuro. Cada uno goza legalmente de la libertad de tener a su propia interpretación. En la práctica, sin embargo, las decisiones primeras de los Tribunales sobre un convenio son sumamente importantes porque establecen la dirección futura de éste. Una vez que una tendencia se establece, los Tribunales posteriores tienen mayor probabilidad de seguir esa tendencia que de no hacerlo. Esto es porque la certidumbre es conveniente en cualquier proceso jurídico, de manera que los Tribunales romperán por lo general con tales tendencias solo si hay razones imperiosas para hacerlo. Como resultado, los casos anteriores siempre desempeñarán un papel práctico importante en el proceso decisorio de un Tribunal, aún cuando no sean jurídicamente vinculantes para éstos.

Podría decirse que en los casos anteriores la ausencia de una función vinculante — conocida generalmente como la regla de “*stare decisis*” en los sistemas judiciales nacionales — es útil por el momento, dadas las perturbadoras decisiones examinadas hasta la fecha en el marco del Capítulo XI. Sin embargo, a más largo plazo, es motivo de inquietud que la ausencia de una interpretación coherente del Capítulo XI pueda conducir a la pérdida de certidumbre de los gobiernos y de comprensión pública respecto de las obligaciones gubernamentales.

7.7 ¿Cómo se hacen conocer al público los casos y su contenido?

Según se muestra en el Recuadro 2, hay dos etapas para iniciar un arbitraje: la notificación de la intención de someter una reclamación a arbitraje, que desencadena un proceso de consultas, y la notificación del sometimiento mismo del reclamo a arbitraje. Los gobiernos no están legalmente obligados por el Capítulo XI a anunciar, mucho menos a hacer públicas, las notificaciones de la intención de iniciar un proceso de arbitraje. En efecto, los gobiernos a menudo han actuado manteniendo esas notificaciones secretas,⁴⁰ aunque no hay ningún requisito legal al respecto. Como resultado, no hay ninguna garantía de que las notificaciones conocidas de la intención de iniciar un caso de arbitraje, enumeradas en el Anexo 2, constituyan en realidad la lista completa.

La consecuencia de la ocultación en esta etapa es importante: proporciona a los inversionistas extranjeros y a sus empresas que operan en el Estado anfitrión un acceso privilegiado, pero privado, a los encargados de adoptar decisiones gubernamentales sobre medidas efectivas o previstas. En efecto, la notificación prácticamente gratuita de la intención de someter una reclamación al arbitraje es una oportunidad exclusiva para cabildear, influenciar, e incluso quizás para amenazar a un gobierno por cualquier medida que desagrade a un inversionista extranjero, lejos de los curiosos ojos del público.

La notificación del sometimiento de la reclamación al arbitraje da comienzo al proceso mismo de arbitraje. En virtud de los Artículos 1126(10) y (13), el Secretariado del TLCAN debe mantener un registro público de todas las notificaciones sobre arbitraje. Sin embargo, el sitio en Internet del Secretariado del TLCAN, en el momento de escribirse esta guía, no mostraba un registro público de tales notificaciones.⁴¹ Es más, a falta de una oficina central del Secretariado del TLCAN, las tres secciones nacionales del Secretariado del TLCAN aplican prácticas diferentes en cada país. La oficina canadiense tiene un registro sencillo de las

Derechos privados, problemas públicos

Una guía sobre el controvertido capítulo del TLCAN referente a los derechos de los inversionistas

notificaciones presentadas y una descripción con palabras clave de la naturaleza del reclamo. La oficina de los Estados Unidos mantiene las notificaciones completas en actas y facilita copias a petición. La oficina mexicana parece no dar acceso a ningún registro.

Más recientemente, sin embargo, los gobiernos del Canadá y de los Estados Unidos han empezado a hacer más pública la información. En algunos casos, el Canadá ahora incluye la notificación del sometimiento del reclamo al arbitraje y otros documentos iniciales del arbitraje en un sitio público en Internet.⁴² Sin embargo, esta compilación no era completa en el momento en que escribíamos esto. Los Estados Unidos ofrecen acceso a la notificación del sometimiento del reclamo al arbitraje y a los documentos iniciales del litigio en la Sala de Lectura de la oficina del Representante Comercial de los Estados Unidos en Washington (el USTR), que está abierta al público. En el momento en que esta guía se estaba preparando, los Estados Unidos también estaban preparando un sitio en Internet que daría acceso a toda la documentación relacionada con los litigios entablados al amparo del Capítulo XI en los cuales ese país es una de las partes. Estos desarrollos recientes son bienvenidos.

Los comunicados de prensa del inversionista extranjero también pueden proporcionar información sobre el inicio de un arbitraje. Otra fuente de información es el sitio en Internet del Secretariado del CIADI.⁴³ Cuando los arbitrajes se inician al amparo de las reglas del CIADI, que comprenden dos de los tres conjuntos de reglas disponibles en el marco del Capítulo XI, el caso se registra en dicho sitio de Internet, al igual que las actualizaciones del estado procesal básico, como la presentación de los documentos escritos clave o la celebración de las audiencias orales.

Aunque las Partes en el TLCAN han hecho recientemente adelantos en la facilitación del acceso público a la documentación, y en el momento en que escribíamos el presente texto ninguna de las partes ni ningún inversionista habían hecho públicas la documentación con los alegatos legales detallados propiamente dichos (memoriales y contramemoriales, respuesta y contrarreplica), ni las pruebas presentadas ni las declaraciones juradas relativas a ningún caso iniciado al amparo del Capítulo XI. En el caso de los Estados Unidos, sin embargo, la posición del gobierno es que la asociación con un caso al amparo del Capítulo XI no puede justificar el ocultamiento de ningún documento que de otro modo podría revelarse en virtud de la Ley de los Estados Unidos sobre la Libertad de Información (“*U.S. Freedom of Information Act*”),⁴⁴

Derechos privados, problemas públicos

Una guía sobre el controvertido capítulo del TLCAN referente a los derechos de los inversionistas

Esta situación es algo que las partes podrían estar tratando de cambiar. Al menos dos casos en el marco del Capítulo XI muestran que en las reglas del arbitraje nada indica que esos documentos deban ser confidenciales. Ahora bien, reglas a tal efecto se establecen mediante órdenes de procedimiento enunciadas por los Tribunales.⁴⁵ Estas órdenes requieren el común acuerdo de los gobiernos involucrados, quienes de ninguna manera están legalmente obligados a aceptar una orden que exija la ocultación de la documentación del arbitraje. La falta de acuerdo con el inversionista extranjero sobre los términos de una orden de confidencialidad puede dejar la cuestión sujeta a la decisión del Tribunal mismo. No se puede prever cómo responderían los Tribunales a esa oportunidad, dado el reconocimiento creciente del interés y de la importancia públicos de estos casos. Como mínimo, si los gobiernos promovieran el acceso público a toda la documentación, harían más difícil la ocultación y forzarían a los inversionistas extranjeros a argumentar de hecho contra el acceso público a su caso y a los árbitros a negar dicho acceso.⁴⁶

El Canadá y los Estados Unidos han declarado expresamente su intención de publicar las decisiones sobre los casos iniciados en virtud del Capítulo XI, y han cumplido con ella. México se ha reservado el derecho a mantener la confidencialidad de los laudos, pero hasta la fecha ha proporcionado acceso público inmediato a cualquier laudo final. Sin embargo, el acceso a cualquier decisión de procedimiento en los casos que involucran a México ha sido muy restringido. Mientras que todos los laudos finales y varias decisiones de procedimiento se encuentran ahora disponibles en sitios privados en Internet,⁴⁷ en la red no existe todavía ningún sitio de los gobiernos centrales ni del Secretariado del TLCAN disponible para esta finalidad.

7.8 ¿Puede participar el público en el proceso?

El proceso inversionista-Estado en el marco del Capítulo XI está hecho a imitación de los procedimientos privados de arbitraje comercial — procedimientos diseñados para proteger la privacidad comercial de las partes en el litigio. Como resultado, ese proceso en el marco del Capítulo XI excluye la garantía de la participación pública y su principio orientador es la ocultación.

Los gobiernos del TLCAN han mostrado, en grados que varían, una mayor voluntad de hacer disponibles al público los documentos clave de los casos relativos al Capítulo XI. No obstante, con una excepción (tratada más abajo), la

Como mínimo, si los gobiernos promovieran el acceso público a toda la documentación, harían más difícil la ocultación y forzarían a los inversionistas extranjeros a argumentar de hecho contra el acceso público a su caso y a los árbitros a negar dicho acceso.

El proceso inversionista-Estado, tal como está diseñado y se aplica hoy día, es escandalosamente inadecuado para equilibrar los derechos privados y el bien público de una manera legítima y constructiva.

Derechos privados, problemas públicos

Una guía sobre el controvertido capítulo del TLCAN referente a los derechos de los inversionistas

participación pública en este proceso sigue limitada a un acceso irregular y discrecional a algunos de los documentos oficiales del arbitraje, pero hasta la fecha no a todos, y sólo después de los hechos.

Una excepción recientemente conseguida, es la posibilidad que tienen los representantes de la sociedad civil de obtener acceso a los arbitrajes en el marco del Capítulo XI como “*amici curiae*” o “amigos del tribunal”. En muchos procedimientos judiciales en el Canadá, los Estados Unidos, y muchos otros países, la participación pública está permitida por este mecanismo. Como resultado de un fallo reciente, existe ahora una oportunidad real para esta clase de participación pública en el marco del Capítulo XI, aunque a discreción del Tribunal interesado.

En el caso *Methanex*, primero una organización no gubernamental canadiense y posteriormente una coalición de grupos de los Estados Unidos, solicitaron al Tribunal permiso para participar como “*amici*”. Mientras que en el momento de escribirse esta guía, el Tribunal no había aceptado de hecho esas peticiones, sí había emitido una decisión en la que declaraba con claridad que tenía la capacidad para hacerlo. Esta posición tropezó con la oposición de México y de la empresa *Methanex* misma, pero tuvo el apoyo del Canadá y de los Estados Unidos. Como resultado, quizás se dé ahora acceso público limitado a los alegatos actuales sometidos por escrito al Tribunal también en otros casos. La amplia gama de documentos que sientan este importante precedente está disponible en Internet.⁴⁸

Sin embargo, el procedimiento de “*amicus*” tiene sus límites en tanto que mecanismo para la participación pública. En tal sentido, es de gran importancia el hecho de que la posibilidad real de participar permanece netamente a discreción del Tribunal, que decide caso por caso. Pero sigue siendo incierto si los “*amici*” admitidos tendrán también pleno acceso a los documentos del arbitraje (para no mencionar las audiencias). Es posible que los “*amici*” estén sujetos a “órdenes de confidencialidad” de los Tribunales que desean impedir una revelación pública más amplia de los procedimientos del arbitraje. Hasta la fecha, no hay ningún código ni procedimiento acordado para la participación pública. En su presentación al Tribunal que examinó el caso *Methanex*, el Canadá indicó que las partes en el TLCAN deberían elaborar un código a ese respecto.

El acceso público a las audiencias propiamente dichas del arbitraje es otro asunto. Hasta la fecha, el público ha quedado completamente excluido. El único Tribunal que recibió

directamente una solicitud de acceso público ha dictaminado específicamente que dicho acceso sólo puede otorgarse con la aprobación explícita de las dos partes litigantes.⁴⁹ Esto mantiene la privacidad histórica de los procesos de arbitraje, a pesar del cambio en la naturaleza del alcance del proceso mismo. Esto invita también a la comparación obvia con los procedimientos judiciales nacionales, todos los cuales son abiertos, lo que plantea la pregunta de por qué los gobiernos del TLCAN negociaron un acuerdo ligado a semejante proceso. No hay ninguna razón intrínseca para tal ocultación, aparte de la historia desactualizada. En todo caso, las tres partes en el TLCAN pueden procurar promover el acceso público a los procedimientos arbitrales mediante una solicitud de que el Tribunal lo permita. Sin embargo, como se vio en el caso *Methanex*, los Tribunales probablemente no abrirán el proceso arbitral sin el consentimiento de la empresa privada involucrada. Esta falta de transparencia es otra carencia más de salvaguardias democráticas apropiadas y, por consiguiente, de legitimidad pública del proceso previsto en el marco del Capítulo XI.

7.9 ¿Puede apelarse una decisión?

No existe la posibilidad de apelar la decisión de un Tribunal, hecho éste que ha provocado fuertes críticas de grupos no gubernamentales. A falta de un proceso de apelación adecuado, como el que existe ahora para los casos de solución de diferencias comerciales en la OMC, la única vía abierta para la Parte perdedora es recusar el laudo arbitral ante los tribunales del país donde el Tribunal estaba legalmente ubicado. Los casos *Metalclad contra México* y *S.D. Myers contra Canadá* eran objeto de examen por los tribunales canadienses en el momento en que esta guía estaba en preparación.⁵⁰

A cada arbitraje se le asigna una ubicación legal por medio de una orden del Tribunal. (El caso *Metalclad* estaba oficialmente ubicado en Vancouver, y el caso de *S.D. Myers* en Toronto.) La revisión judicial sólo es posible en esa ubicación en cada caso dado, con los límites estipulados por la legislación de esa jurisdicción. En todo caso, los estatutos aplicables han sido históricamente muy permisivos. A diferencia de los casos judiciales internos, la norma para la revisión de los arbitrajes no es simplemente si hubo un error de derecho en la decisión, sino si el error es tan grande que significa que el Tribunal ha actuado fuera de su competencia, lo que anula su autoridad para llegar a una decisión que sea obligatoria. En los dos casos de apelación pendientes se están buscando normas para la revisión un tanto diferentes. Cómo dictaminarán los

Derechos privados, problemas públicos

Una guía sobre
el controvertido
capítulo del TLCAN
referente a los
derechos de los
inversionistas

tribunales sobre este tema crítico será una parte importante de la historia del Capítulo XI.

7.10 Resumen

Además de las inquietudes sustantivas sobre el ámbito de aplicación y el desequilibrio de las obligaciones estipuladas en el Capítulo XI, está claro que el procedimiento relativo al proceso inversionista-Estado es unidimensional, carece de transparencia, y no prevé salvaguardias públicas, como las ofrecidas por los procesos judiciales internos. Más aún, la capacidad que tienen los inversionistas extranjeros de pasar por alto leyes y procesos legales locales a favor de derechos y procedimientos internacionales que están fuera del alcance de las empresas nacionales pone en entredicho la legitimidad básica del proceso. Si a esto se añade la capacidad potencial que tienen los inversionistas extranjeros para litigar sobre asuntos legales nacionales amparándose en el Capítulo XI, en lugar de presentarse a los tribunales nacionales, y la ausencia de posibilidad de apelar tales decisiones, resulta evidente que el conjunto combinado de los problemas relacionados con el proceso inversionista-Estado en el marco del Capítulo XI es mucho mayor que la simple suma de sus partes.

Esas deficiencias no responden a ninguna necesidad evidente ni son beneficiosas. En resumen, el proceso inversionista-Estado, tal como está diseñado y se aplica hoy día, es escandalosamente inadecuado para equilibrar los derechos privados y el bien público de una manera legítima y constructiva.

Se pueden esgrimir argumentos válidos a favor de que se dé acceso público al proceso de solución de controversias para hacer respetar el derecho internacional. En efecto, en muchas otras áreas del derecho internacional, hay diferentes formas de acceso posibles, y las organizaciones de la sociedad civil y los representantes del mundo académico promueven activamente la ampliación de este enfoque. El meollo de la cuestión es que el proceso sea genuinamente accesible y apropiado para la naturaleza y el alcance de las cuestiones que pueden ser objeto de litigio. A este respecto, el actual proceso inversionista-Estado en el marco del Capítulo XI es sin duda un fracaso.

Notas finales

38 Estos procedimientos arbitrales son: i) del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), al cual ambas partes nacionales deben pertenecer para que un inversionista de un Estado pueda llevar a juicio al Estado anfitrión; ii) el Mecanismo Complementario del CIADI, que permite su uso sólo cuando el Estado de origen o el Estado

- anfitrión es Parte en sus reglas; y iii) el de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), creado en el marco del sistema de las Naciones Unidas. Cada uno tiene sus propias reglas de procedimiento, que se aplican una vez que el mecanismo es elegido por el inversionista, a menos que estén modificadas en el texto del TLCAN mismo.
- 39 Este punto se pone de manifiesto en la decisión del Tribunal que examinó el caso *Robert Azinian y otros contra México*, de 1999. Véase el Anexo 2.
- 40 Por ejemplo, la segunda notificación más importante de la intención de someter un reclamo al arbitraje referente a un caso relacionado con el medio ambiente en Canadá, se presentó apenas un día después de la resolución del caso *Ethyl*, en julio de 1998. Sin embargo, la misma no se hizo pública hasta más de un mes más tarde, y sólo como resultado de preguntas específicas planteadas a funcionarios del gobierno por los participantes en una reunión de información sobre las negociaciones del Acuerdo Multilateral de Inversiones.
- 41 Véase <http://www.nafta-sec-alena.org>
- 42 Véase <http://www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/NAFTA-e.asp>
- 43 Véase <http://www.worldbank.org/icsid/cases/cases.htm>.
- 44 En la medida de nuestro conocimiento, esta posición ha sido hasta ahora adoptada por lo menos una vez, ello fue cuando se hicieron públicos ciertos documentos en el caso *Methanex*.
- 45 S.D. *Myers contra Canadá*, Orden Procesal N° 16 (en un Arbitraje en el marco del TLCAN conforme a las Reglas de Arbitraje de CNUDMI relativas a *S.D. Myers contra Canadá*), 13 de mayo de 2000, párrafos 8 a 9; *Metalclad contra México*, Laudo Final, párrafo 13. En *Methanex contra Estados Unidos*, Decisión del Tribunal sobre las Peticiones de terceras personas para intervenir como “*Amici Curiae*”, párrafos 43 a 46, después de insinuar en un sentido contrario a cualquier regla sobre el acceso público a la documentación, el Tribunal declara innecesaria una decisión suya a ese respecto porque existe la Orden de procedimiento sobre confidencialidad acordada por las Partes en ese caso.
- 46 En el caso en curso *Methanex contra Estados Unidos*, este país señaló en la Orden de Confidencialidad que los documentos de ese arbitraje podían hacerse públicos de conformidad con la legislación aplicable, en este caso la Ley de EE.UU. sobre la Libertad de Información (*US Freedom of Information Act*). Véase *Methanex contra Estados Unidos*, Orden de procedimiento 1, párrafo 2.
- 47 Véase <http://www.naftaclaims.com/>.
- 48 Véase el sitio en Internet del Instituto Internacional para el Desarrollo Sustentable, donde se hallarán las peticiones originales, los alegatos posteriores a favor y en contra de las peticiones, y la decisión final del Tribunal:
http://www.iisd.org/trade/investment_regime.htm. A modo de

Derechos privados, problemas públicos

Una guía sobre
el controvertido
capítulo del TLCAN
referente a los
derechos de los
inversionistas

revelación, el IIDS fue la ONG canadiense que inició la petición del estatus de “amicus”. El autor de esta guía fue y es Consejero del IIDS en este proceso.

- 49 *Methanex contra Estados Unidos*, Decisión del Tribunal sobre las peticiones de terceras personas para intervenir como “*Amici Curiae*”, párrafo 42.
- 50 *Los Estados Unidos Mexicanos contra Metalclad Corporation*, (En la Corte Suprema de British Columbia: Referencia: Secciones 30, 31 y 42 de la Ley de Arbitraje Comercial, R.S.B.C. 1996 C.55 o, en la Sección Alternativa 34 de la Ley de Arbitraje Comercial Internacional, R.S.B.C. 1996 C.233. Y en el Asunto de un Arbitraje de conformidad con el Capítulo Once del Tratado de Libre Comercio de América del Norte entre Metalclad Corporation y los Estados Unidos Mexicanos), la Corte Suprema de British Columbia No. L002904, Registro de Vancouver; el Procurador General en el caso S.D. Myers contra Canadá, (en el Asunto relativo a las Secciones 5 y 6 de la Ley de Arbitraje Comercial, R.S.C. 1985 C.17 (2º Sup.) y en el Asunto de un Arbitraje al amparo del Capítulo XI del Tratado de Libre Comercio de América del Norte entre S.D. Myers y el Gobierno del Canadá), Notificación de Aplicación, Tribunal Federal, División de Juicios, Ottawa, Ontario, Archivo del Tribunal T-225-01, 8 de febrero de 2001.

8.

¿Hacia dónde ir ahora?

El examen que precede demuestra que ni la sustancia ni el procedimiento inherentes al Capítulo XI están funcionando de una manera compatible con la meta del desarrollo sustentable. Independientemente de que los problemas sean el resultado de “consecuencias no intencionales” de la utilización de reglas anteriormente inocuas en un nuevo contexto internacional, o bien resultado de políticas deliberadas (pero desequilibradas), la necesidad de reforma es contundente.

La manera más inmediata en que los gobiernos del TLCAN pueden actuar para abordar los problemas del Capítulo XI sería emitir una “declaración interpretativa” oficial, conforme al Artículo 1131(2) del TLCAN. Si esa declaración fuera adoptada por las tres partes en la Comisión de Libre Comercio, sería vinculante para todos los tribunales futuros establecidos al amparo del Capítulo XI.⁵¹ Un proyecto de declaración interpretativa apropiada podría parecerse, por ejemplo, al elaborado por el Instituto Internacional para el Desarrollo Sustentable en 1999.⁵² Aunque en 1998-1999 los gobiernos debatieron algo este enfoque no llegaron lejos, y no ha habido ninguna discusión al respecto desde finales de 1999. Sin embargo, como se señaló anteriormente, el Canadá ha intentado recomenzar las deliberaciones sobre tal declaración y pareciera tener al menos el apoyo inicial de México y los Estados Unidos.

Sin embargo, dada la mezcla de temas sustantivos y de procedimiento, no está claro si una declaración interpretativa será suficiente para disipar todas las inquietudes que se han materializado hasta la fecha. En particular, las deficiencias democráticas inherentes al Capítulo XI no se pueden neutralizar fácilmente dentro de los límites del texto actual del TLCAN. Pero las sugerencias de que se modifique el texto del TLCAN han suscitado fuertes resistencias de parte de los gobiernos, temerosos de la posibilidad de una renegociación total. Por lo tanto, los gobiernos tienen dos opciones básicas (suponiendo que no se mantenga el *status quo*). Primero, los gobiernos podrían desarrollar la voluntad política mutuamente manifiesta de modificar el texto del Capítulo XI sólo en la medida necesaria para enmendar sus reglas de procedimiento, y al mismo tiempo elaborar una declaración interpretativa en otro ejercicio separado. Los términos de referencia formales de esa negociación se podrían redactar fácilmente, y en cualquier caso ningún gobierno podría verse

Derechos privados, problemas públicos

Una guía sobre el controvertido capítulo del TLCAN referente a los derechos de los inversionistas

Un abordaje franco de las fallas obvias del Capítulo XI sólo podría mejorar la confianza pública en el sistema.

Casi tan urgente como la necesidad de reformar el funcionamiento del Capítulo XI mismo, es la necesidad de asegurar que las reglas de inversión del TLCAN no sirvan de modelo para futuros convenios de inversiones.

jamás obligado a aceptar las enmiendas que no le convengan. Tales negociaciones también podrían tener lugar en el marco de cualquier conversación regional futura destinada a concertar acuerdos que se superpongan al TLCAN. Actualmente, los gobiernos señalan las presiones públicas contra el TLCAN en general como una excusa para negarse a someter el texto a un proceso potencialmente desestabilizador. Pero un abordaje franco de las fallas obvias del Capítulo XI sólo podría mejorar la confianza pública en el sistema.

Una segunda opción, esencialmente exenta de riesgo, es que los gobiernos promuevan resueltamente el acceso público a los casos al amparo del Capítulo XI. Pueden actuar, unilateralmente o conjuntamente, para conseguir una difusión máxima de la documentación. Pueden impulsar la apertura de las audiencias, o al menos la accesibilidad inmediata de los expedientes. Pueden apoyar con determinación la participación pública en los procesos de *amicus*, como lo han hecho los Estados Unidos y el Canadá. No existe ninguna regla de derecho ni de procedimiento que impida a un gobierno adoptar tales medidas. Si los tres gobiernos hicieran esto sistemáticamente, aumentarían significativamente las posibilidades de construir una cultura de transparencia alrededor de este proceso.

8.1 Lecciones útiles para otras negociaciones

Casi tan urgente como la necesidad de reformar el funcionamiento del Capítulo XI mismo, es la necesidad de asegurar que las reglas de inversión del TLCAN no sirvan de modelo para futuros convenios de inversiones. Las disposiciones sobre inversión del TLCAN y su proceso de solución de controversias inversionista-Estado, han abierto una caja de pandora de cuestiones concernientes a los interlocutores privados en el marco de convenios internacionales y al mantenimiento del imperio de la ley en un mundo caracterizado por la globalización. En último término, será necesario idear a nivel internacional instituciones que puedan asegurar los tipos de mecanismos de control y de autocontrol que son esenciales para el desarrollo sustentable.

Evidentemente, es necesario considerar atentamente la negociación de otros regímenes de inversión, especialmente en el contexto de acuerdos comerciales regionales o mundiales amplios. Actualmente, los dos procesos más activos en la materia residen en la propuesta del Área de Libre Comercio de las Américas y las sugerencias de incluir nuevas reglas de inversión dentro del sistema de la Organización Mundial del

Derechos privados, problemas públicos

Una guía sobre el controvertido capítulo del TLCAN referente a los derechos de los inversionistas

Comercio. En el momento actual, según consta en actas, algunos países se oponen a dicha inclusión, o al menos han expresado fuertes dudas respecto de la introducción de reglas de inversión en la OMC.

Varios factores indican que esa oposición está bien justificada. Según señalamos varias veces más arriba, algunos de los problemas de importancia legal primordial en el marco del Capítulo XI del TLCAN tienen como raíz una refundición inapropiada de las reglas de comercio con las reglas de inversión. La inversión y el comercio de bienes son actividades internacionales muy diferentes. Los inversionistas tienen en mayor medida la calidad de residentes y de participantes en la vida de sus países anfitriones que quienes realizan las operaciones internacionales de comercio. Mientras estos últimos tienden a enfrentarse con medidas impuestas en la frontera, los inversionistas tienen muchas más probabilidades de ponerse al corriente de las acciones reglamentarias nacionales de los Estados anfitriones. Por lo tanto, según hemos visto, el potencial de tensión entre los intereses públicos y los privados se magnifica, y la OMC es institucionalmente incapaz de facilitar el tipo de equilibrio entre los objetivos amplios de política que esta tensión exige. El factor crucial es que actualmente la OMC no es un foro apropiado para el establecimiento de un nuevo régimen internacional de inversión.

En el contexto del ALCA, las negociaciones sobre nuevas reglas de inversión ya están en marcha, y los gobiernos y los intereses empresariales abrigan amplias expectativas de que las nuevas reglas serán una parte importante de cualquier acuerdo fundamental al que se llegue. Según se vio antes, las cuestiones de lenguaje son muy importantes. Pero antes de cualquier discusión seria sobre los aspectos sutiles de la terminología de un posible tratado, existe una necesidad mucho más fundamental de discutir sobre cual debería ser el objetivo básico de un convenio de inversiones. Existen argumentos suficientes para aducir que el objetivo unidimensional que considera únicamente los derechos del inversionista ya no es apropiado, dadas las clases de consecuencias a que puede conducir. Más bien, cualquier convenio nuevo debería considerar cuidadosamente el proceso de inversión en su totalidad, incluidas sus dimensiones sociales y ambientales.⁵³ No hay razones intrínsecas por las cuales un régimen internacional en materia de inversión deba limitarse exclusivamente a la protección de los inversionistas y a la liberalización de las inversiones, desatendiendo al mismo tiempo otros aspectos de las actividades relacionadas con las inversiones. Al mismo

Existen argumentos suficientes para aducir que el objetivo unidimensional que considera únicamente los derechos del inversionista ya no es apropiado, dadas las clases de consecuencias a que puede conducir. Más bien, cualquier convenio nuevo debería considerar cuidadosamente el proceso de inversión en su totalidad, incluidas sus dimensiones sociales y ambientales.

Derechos privados, problemas públicos

Una guía sobre
el controvertido
capítulo del TLCAN
referente a los
derechos de los
inversionistas

tiempo, desde esas otras perspectivas pueden encontrarse múltiples razones por las cuales dicho régimen debiera ampliarse.

Finalmente, con más de 1,800 convenios bilaterales de inversión que han sido concluidos y que se encuentran actualmente en vigor, es evidente que las interpretaciones del Capítulo XI crean una oportunidad para que se inicien literalmente cientos de procesos de arbitraje que reproducen los modelos descritos. Al parecer, es posible que ello ya haya ocurrido.⁵⁴ Sin un vuelco significativo de las tendencias observadas en los primeros pocos casos, nos hallamos frente a un genio que será cada vez más difícil volver a meter en la botella. Esto bien puede colocar una carga enorme en toda el área del derecho de la inversión, haciendo que una respuesta internacional coordinada se vuelva imperativa. Los próximos años serán críticos a este respecto.

Notas finales

- 51 Véase el Artículo 1131(2) sobre la autoridad para imponer obligaciones a los Tribunales mediante una declaración semejante.
- 52 Mann y von Moltke, 1999, Anexo 2, *supra* (nota 27 al pie de página).
- 53 Para una discusión especial de este tema en el contexto del ALCA, véase Mann y Araya, 2001, *supra* (nota 19 al pie de página).
- 54 El primero de tales casos parece ser *Technicas Medioambientales Tecmed, S.A. contra los Estados Unidos Mexicanos*, Caso N°. ARB(AF)00/02, Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (Mecanismo Complementario), iniciado en septiembre de 2000 por un inversionista español en el marco del convenio de inversiones entre España y México. Según conocimiento del autor, no hay hasta ahora ninguna indicación pública formal de la base objetiva ni del fundamento jurídico de este arbitraje. Sin embargo, fuentes oficiosas han indicado que el reclamo es estrechamente análogo al del caso *Metalclad*.

Anexo 1: Extractos seleccionados del TLCAN

TRATADO DE LIBRE COMERCIO DE AMÉRICA DEL NORTE

**Entre el Gobierno del Canadá, el Gobierno de los
Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de los
Estados Unidos de América, 1992**

PREÁMBULO

Los gobiernos de los Estados Unidos Mexicanos (México), del Canadá y de los Estados Unidos de América (Estados Unidos), decididos a:

- *REAFIRMAR* los lazos especiales de amistad y cooperación entre sus naciones;
- *CONTRIBUIR* al desarrollo armónico, a la expansión del comercio mundial y a ampliar la cooperación internacional;
- *CREAR* un mercado más extenso y seguro para los bienes y los servicios producidos en sus territorios;
- *REDUCIR* las distorsiones en el comercio;
- *ESTABLECER* reglas claras y de beneficio mutuo para su intercambio comercial;
- *ASEGURAR* un marco comercial previsible para la planeación de las actividades productivas y de la inversión;
- *DESARROLLAR* sus respectivos derechos y obligaciones derivados del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio, así como de otros instrumentos bilaterales y multilaterales de cooperación;
- *FORTALECER* la competitividad de sus empresas en los mercados mundiales;
- *ALENTAR* la innovación y la creatividad y fomentar el comercio de bienes y servicios que estén protegidos por derechos de propiedad intelectual;
- *CREAR* nuevas oportunidades de empleo, mejorar las condiciones laborales y los niveles de vida en sus respectivos territorios;

Derechos privados, problemas públicos

Una guía sobre
el controvertido
capítulo del TLCAN
referente a los
derechos de los
inversionistas

- *EMPRENDER* todo lo anterior de manera congruente con la protección y la conservación del ambiente;
- *PRESERVAR* su capacidad para salvaguardar el bienestar público;
- *PROMOVER* el desarrollo sustentable;
- *REFORZAR* la elaboración y la aplicación de leyes y reglamentos en materia ambiental; y
- *PROTEGER*, fortalecer y hacer efectivos los derechos fundamentales de sus trabajadores;

Capítulo Uno: Objetivos

1. Los objetivos del presente Tratado, desarrollados de manera más específica a través de sus principios y reglas, incluidos los de trato nacional, trato de nación más favorecida y transparencia, son los siguientes:
 - (a) eliminar obstáculos al comercio y facilitar la circulación transfronteriza de bienes y de servicios entre los territorios de las Partes;
 - (b) promover condiciones de competencia leal en la zona de libre comercio;
 - (c) aumentar sustancialmente las oportunidades de inversión en los territorios de las Partes;
 - (d) proteger y hacer valer, de manera adecuada y efectiva, los derechos de propiedad intelectual en territorio de cada una de las Partes;
 - (e) crear procedimientos eficaces para la aplicación y cumplimiento de este Tratado, para su administración conjunta y para la solución de controversias; y
 - (f) establecer lineamientos para la ulterior cooperación trilateral, regional y multilateral encaminada a ampliar y mejorar los beneficios de este Tratado.
2. Las Partes interpretarán y aplicarán las disposiciones de este Tratado a la luz de los objetivos establecidos en el párrafo 1 y de conformidad con las normas aplicables del derecho internacional.

Capítulo Dos: Definiciones generales

Artículo 201: Definiciones de aplicación general

1. Para los efectos de este Tratado, salvo que se especifique otra cosa: medida incluye cualquier ley, reglamento, procedimiento, requisito o práctica;
2. Para efectos de este Tratado, toda referencia a estados o provincias incluye a los gobiernos locales de esos estados o provincias, salvo que se especifique otra cosa.

Capítulo Once: Inversión (artículos seleccionados)

Sección A – Inversión

Artículo 1101: Ambito de aplicación

1. Este capítulo se aplica a las medidas que adopte o mantenga una Parte relativas a:
 - (a) los inversionistas de otra Parte;
 - (b) las inversiones de inversionistas de otra Parte realizadas en territorio de la Parte; y
 - (c) en lo relativo a los Artículos 1106 y 1114, todas las inversiones en el territorio de la Parte.
2. Una Parte tiene el derecho de desempeñar exclusivamente las actividades económicas señaladas en el Anexo III, y de negarse a autorizar el establecimiento de inversiones en tales actividades.
3. Este capítulo no se aplica a las medidas que adopte o mantenga una Parte en la medida en que estén comprendidas en el Capítulo XIV, “Servicios financieros”.
4. Ninguna disposición de este capítulo se interpretará en el sentido de impedir a una Parte prestar servicios o llevar a cabo funciones tales como la ejecución y aplicación de las leyes, servicios de readaptación social, pensión o seguro de desempleo o servicios de seguridad social, bienestar social, educación pública, capacitación pública, salud y protección a la infancia cuando se desempeñen de manera que no sea incompatible con este capítulo.

Artículo 1102: Trato nacional

1. Cada una de las Partes otorgará a los inversionistas de otra Parte un trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a sus propios inversionistas en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión,

Derechos privados, problemas públicos

Una guía sobre
el controvertido
capítulo del TLCAN
referente a los
derechos de los
inversionistas

- administración, conducción, operación, venta u otra disposición de las inversiones.
2. Cada una de las Partes otorgará a las inversiones de inversionistas de otra Parte, trato no menos favorable que el que otorga, en circunstancias similares, a las inversiones de sus propios inversionistas en el establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación, venta u otra disposición de las inversiones.
 3. El trato otorgado por una Parte, de conformidad con los párrafos 1 y 2, significa, respecto a un estado o una provincia un trato no menos favorable que el trato más favorable que ese estado o provincia otorgue, en circunstancias similares, a los inversionistas e inversiones de la Parte de la que forman parte integrante.
 4. Para mayor certeza, ninguna Parte podrá:
 - (a) imponer a un inversionista de otra Parte el requisito de que un nivel mínimo de participación accionaria en una empresa establecida en territorio de la Parte, esté en manos de sus nacionales, salvo que se trate de acciones nominativas para directivos o miembros fundadores de sociedades; o
 - (b) requerir que un inversionista de otra Parte, por razón de su nacionalidad, venda o disponga de cualquier otra manera de una inversión en territorio de una Parte.

Artículo 1103. Trato de nación más favorecida

1. Cada una de las Partes otorgará a los inversionistas de otra Parte trato 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.
2. Cada una de las Partes otorgará a las inversiones de inversionistas de otra Parte un trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a las inversiones de 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.

Artículo 1104: Nivel de trato

Cada una de las Partes otorgará a los inversionistas y a las inversiones de los inversionistas de otra Parte el mejor de los tratos requeridos por los Artículos 1102 y 1103.

Artículo 1105. Nivel mínimo de trato

1. Cada una de las Partes otorgará a las inversiones de los inversionistas de otra Parte, trato acorde con el derecho internacional, incluido trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas.
2. Sin perjuicio de lo dispuesto por el párrafo 1, cada Parte otorgará a los inversionistas de otra Parte y a las inversiones de inversionistas de otra Parte, cuyas inversiones sufran pérdidas en su territorio debidas a conflictos armados o contiendas civiles, trato no discriminatorio respecto de cualquier medida que adopte o mantenga en relación con esas pérdidas.
3. El párrafo 2 no se aplica a las medidas existentes relacionadas con subsidios o ventajas que pudieran ser incompatibles con el Artículo 1102, salvo por lo dispuesto en el Artículo 1108(7)(b).

Artículo 1106: Requisitos de desempeño

1. Ninguna de las Partes podrá imponer ni hacer cumplir cualquiera de los siguientes requisitos o hacer cumplir ningún compromiso o iniciativa, en relación con el establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción u operación de una inversión de un inversionista de una Parte o de un país no Parte en su territorio para:
 - (a) exportar un determinado nivel o porcentaje de bienes o servicios;
 - (b) alcanzar un determinado grado o porcentaje de contenido nacional;
 - (c) adquirir o utilizar u otorgar preferencia a bienes producidos o a servicios prestados en su territorio, o adquirir bienes de productores o servicios de prestadores de servicios en su territorio;
 - (d) relacionar en cualquier forma el volumen o valor de las importaciones con el volumen o valor de las exportaciones, o con el monto de las entradas de divisas asociadas con dicha inversión;
 - (e) restringir las ventas en su territorio de los bienes o servicios que tal inversión produce o presta, relacionando de cualquier manera dichas ventas al volumen o valor de sus exportaciones o a ganancias que generen en divisas;
 - (f) transferir a una persona en su territorio, tecnología, un proceso productivo u otro conocimiento reservado,

Derechos privados, problemas públicos

Una guía sobre
el controvertido
capítulo del TLCAN
referente a los
derechos de los
inversionistas

salvo cuando el requisito se imponga o el compromiso o iniciativa se hagan cumplir por un tribunal judicial o administrativo o autoridad competente para reparar una supuesta violación a las leyes en materia de competencia o para actuar de una manera que no sea incompatible con otras disposiciones de este Tratado; o

- (g) actuar como el proveedor exclusivo de los bienes que produce o servicios que presta para un mercado específico, regional o mundial.
2. La medida que exija que una inversión emplee una tecnología para cumplir en lo general con requisitos aplicables a salud, seguridad o medio ambiente, no se considerará incompatible con el párrafo 1(f). Para brindar mayor certeza, los Artículos 1102 y 1103 se aplican a la citada medida.
 3. Ninguna de las Partes podrá condicionar la recepción de una ventaja o que se continúe recibiendo la misma, en relación con una inversión en su territorio por parte de un inversionista de un país Parte o no Parte, al cumplimiento de cualquiera de los siguientes requisitos:
 - (a) alcanzar un determinado grado o porcentaje de contenido nacional;
 - (b) comprar, utilizar u otorgar preferencia a bienes producidos en su territorio, o a comprar bienes de productores en su territorio;
 - (c) relacionar, en cualquier forma, el volumen o valor de las importaciones con el volumen o valor de las exportaciones, o con el monto de las entradas de divisas asociadas con dicha inversión; o
 - (d) restringir las ventas en su territorio de los bienes o servicios que tal inversión produce o presta, relacionando de cualquier manera dichas ventas al volumen o valor de sus exportaciones o a las ganancias que generen en divisas.
 4. Nada de lo dispuesto en el párrafo 3 se interpretará como impedimento para que una Parte condicione la recepción de una ventaja o la continuación de su recepción, en relación con una inversión en su territorio por parte de un inversionista de un país Parte o no Parte, al requisito de que ubique la producción, preste servicios, capacite o emplee trabajadores, construya o amplíe instalaciones particulares, o lleve a cabo investigación y desarrollo, en su territorio.

5. Los párrafos 1 y 3 no se aplican a ningún otro requisito distinto a los señalados en esos párrafos.
6. Siempre que dichas medidas no se apliquen de manera arbitraria o injustificada, o no constituyan una restricción encubierta al comercio o inversión internacionales, nada de lo dispuesto en los párrafos 1(b) o (c) o 3(a) o (b) se interpretará en el sentido de impedir a una Parte adoptar o mantener medidas, incluidas las de naturaleza ambiental necesarias para:
 - (a) asegurar el cumplimiento de leyes y reglamentaciones que no sean incompatibles con las disposiciones de este Tratado;
 - (b) proteger la vida o salud humana, animal o vegetal; o
 - (c) la preservación de recursos naturales no renovables vivos o no.

Artículo 1107: Altos ejecutivos y consejos de administración

1. Ninguna de las Partes podrá exigir que una empresa de esa Parte, que sea una inversión de un inversionista de otra Parte, designe a individuos de alguna nacionalidad en particular para ocupar puestos de alta dirección.
2. Una Parte podrá exigir que la mayoría de los miembros de un consejo de administración o de cualquier comité de tal consejo, de una empresa de esa Parte que sea una inversión de un inversionista de otra Parte, sea de una nacionalidad en particular o sea residente en territorio de la Parte, siempre que el requisito no menoscabe significativamente la capacidad del inversionista para ejercer el control de su inversión.

Artículo 1108: Reservas y excepciones

1. Los Artículos 1102, 1103, 1106 y 1107 no se aplicarán a:
 - (a) cualquier medida disconforme existente que sea mantenida por:
 - (i) una Parte a nivel federal, como se estipula en su lista del Anexo I o III;
 - (ii) un estado o provincia, durante dos años a partir de la fecha de entrada en vigor de este Tratado y, en adelante, como se estipula por cada una de las Partes en su lista del Anexo I, de conformidad con el párrafo 2; o
 - (iii) un gobierno local;

Derechos privados, problemas públicos

Una guía sobre
el controvertido
capítulo del TLCAN
referente a los
derechos de los
inversionistas

- (b) la continuación o pronta renovación de cualquier medida disconforme a que se refiere el inciso (a); o
 - (c) la reforma de cualquier medida disconforme a que se refiere el inciso (a) siempre que dicha reforma no disminuya el grado de conformidad de la medida, tal y como estaba en vigor antes de la reforma, con los Artículos 1102, 1103, 1106 y 1107.
2. Cada una de las Partes tendrá dos años a partir de la fecha de entrada en vigor de este Tratado para indicar en su lista del Anexo I cualquier medida disconforme que, no incluyendo a los gobiernos locales, mantenga un gobierno estatal o provincial.
3. Los Artículos 1102, 1103, 1106 y 1107 no se aplicarán a cualquier medida que una Parte adopte o mantenga, en relación con los sectores, subsectores o actividades, tal como se indica en su lista del Anexo II.
4. Ninguna de las Partes podrá exigir, de conformidad con cualquier medida adoptada después de la entrada en vigor de este Tratado y comprendida en una lista del Anexo II, a un inversionista de otra Parte, por razón de su nacionalidad, que venda o disponga de alguna otra manera de una inversión existente al momento en que la medida cobre vigencia.
5. Los Artículos 1102 y 1103 no se aplican a cualquier medida que constituya una excepción o derogación a las obligaciones según el Artículo 1703, “Propiedad intelectual – Trato nacional”, como expresamente se señala en ese artículo.
6. El Artículo 1103 no es aplicable al trato otorgado por una de las Partes de conformidad con los tratados, o con respecto a los sectores, estipulados en su lista del Anexo IV.
7. Los Artículos 1102, 1103 y 1107 no se aplican a:
 - (a) las compras realizadas por una Parte o por una empresa del Estado; o
 - (b) subsidios o aportaciones, incluyendo los préstamos, garantías y seguros respaldados por el gobierno, otorgados por una Parte o por una empresa del Estado.
8. Las disposiciones contenidas en:
 - (a) los párrafos 1(a), (b) y (c), y 3(a) y (b) del Artículo 1106 no se aplicarán a los requisitos para calificación de los bienes y servicios con respecto a programas de promoción a las exportaciones y de ayuda externa;

- (b) los párrafos 1(b), (c), (f) y (g), y 3(a) y (b) del Artículo 1106 no se aplicarán a las compras realizadas por una Parte o por una empresa del estado; y
- (c) los párrafos 3(a) y (b) del Artículo 1106 no se aplicarán a los requisitos impuestos por una Parte importadora a los bienes que, en virtud de su contenido, califiquen para aranceles o cuotas preferenciales.

Artículo 1109: Transferencias

1. Cada una de las Partes permitirá que todas las transferencias relacionadas con la inversión de un inversionista de otra de las Partes en territorio de la Parte, se hagan libremente y sin demora. Dichas transferencias incluyen:
 - (a) ganancias, dividendos, intereses, ganancias de capital, pagos por regalías, gastos por administración, asistencia técnica y otros cargos, ganancias en especie y otros montos derivados de la inversión;
 - (b) productos derivados de la venta o liquidación, total o parcial, de la inversión;
 - (c) pagos realizados conforme a un contrato del que sea parte un inversionista o su inversión, incluidos pagos efectuados conforme a un convenio de préstamo;
 - (d) pagos efectuados de conformidad con el Artículo 1110; y
 - (e) pagos que provengan de la aplicación de la Sección B.
2. En lo referente a las transacciones al contado (*spot*) de la divisa que vaya a transferirse, cada una de las Partes permitirá que las transferencias se realicen en divisa de libre uso al tipo de cambio vigente en el mercado en la fecha de la transferencia.
3. Ninguna de las Partes podrá exigir a sus inversionistas que efectúen transferencias de sus ingresos, ganancias, o utilidades u otros montos derivados de, o atribuibles a inversiones llevadas a cabo en territorio de otra Parte, ni los sancionará en caso de contravención.
4. No obstante lo dispuesto en los párrafos 1 y 2, las Partes podrán impedir la realización de transferencias, por medio de la aplicación equitativa, no discriminatoria y de buena fe de sus leyes en los siguientes casos:
 - (a) quiebra, insolvencia o protección de los derechos de los acreedores;

Derechos privados, problemas públicos

Una guía sobre
el controvertido
capítulo del TLCAN
referente a los
derechos de los
inversionistas

- (b) emisión, comercio y operaciones de valores;
 - (c) infracciones penales;
 - (d) informes de transferencias de divisas u otros instrumentos monetarios; o
 - (e) garantía del cumplimiento de fallos en procedimientos contenciosos.
5. El párrafo 3 no se interpretará como un impedimento para que una Parte, a través de la aplicación de sus leyes de manera equitativa, no discriminatoria y de buena fe, imponga cualquier medida relacionada con los incisos (a) a (e) del párrafo 4.
6. No obstante lo dispuesto en el párrafo 1, una Parte podrá restringir las transferencias de ganancias en especie, en circunstancias en donde pudiera, de otra manera, restringir dichas transferencias conforme a lo dispuesto en este Tratado, incluyendo lo señalado en el párrafo 4.

Artículo 1110: Expropiación e indemnización

1. 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 (expropiación), salvo que sea:
- (a) por causa de utilidad pública;
 - (b) sobre bases no discriminatorias;
 - (c) con apego al principio de legalidad y al Artículo 1105(1); y
 - (d) mediante indemnización conforme a los párrafos 2 a 6.
2. La indemnización será equivalente al valor justo de mercado que tenga la inversión expropiada inmediatamente antes de que la medida expropiatoria se haya llevado a cabo (fecha de expropiación), y no reflejará ningún cambio en el valor debido a que la intención de expropiar se conoció con antelación a la fecha de expropiación. Los criterios de valuación incluirán el valor corriente, el valor del activo (incluyendo el valor fiscal declarado de bienes tangibles), así como otros criterios que resulten apropiados para determinar el valor justo de mercado.
3. El pago de la indemnización se hará sin demora y será completamente liquidable.

4. En caso de que la indemnización sea pagada en la moneda de un país miembro del Grupo de los Siete, la indemnización incluirá intereses a una tasa comercial razonable para la moneda en que dicho pago se realice, a partir de la fecha de la expropiación hasta la fecha de pago.
5. Si una Parte elige pagar en una moneda distinta a la del Grupo de los Siete, la cantidad pagada no será inferior a la equivalente que por indemnización se hubiera pagado en la divisa de alguno de los países miembros del Grupo de los Siete en la fecha de expropiación y esta divisa se hubiese convertido a la cotización de mercado vigente en la fecha de expropiación, más los intereses que hubiese generado a una tasa comercial razonable para dicha divisa hasta la fecha del pago.
6. Una vez pagada, la indemnización podrá transferirse libremente de conformidad con el Artículo 1109.
7. Este artículo no se aplica a la expedición de licencias obligatorias otorgadas en relación a derechos de propiedad intelectual, o a la revocación, limitación o creación de dichos derechos en la medida que dicha expedición, revocación, limitación o creación sea conforme con el Capítulo XVII, "Propiedad intelectual".
8. Para los efectos de este artículo y para mayor certeza, no se considerará que una medida no discriminatoria de aplicación general es una medida equivalente a la expropiación de un valor de deuda o un préstamo cubiertos por este capítulo, sólo porque dicha medida imponga costos a un deudor cuyo resultado sea la falta de pago del adeudo.

Artículo 1114: Medidas relativas a medio ambiente

1. Nada de lo dispuesto en este capítulo se interpretará como impedimento para que una Parte adopte, mantenga o ponga en ejecución cualquier medida, por lo demás compatible con este capítulo, que considere apropiada para asegurar que las inversiones en su territorio se efectúen tomando en cuenta inquietudes en materia ambiental.
2. Las Partes reconocen que es inadecuado alentar la inversión por medio de un relajamiento de las medidas internas aplicables a salud o seguridad o relativas a medio ambiente. En consecuencia, ninguna Parte debería renunciar a aplicar o de cualquier otro modo derogar, u ofrecer renunciar o derogar, dichas medidas como medio para inducir el establecimiento, la adquisición, la expansión o conservación de la inversión de un inversionista en su territorio. Si una Parte estima que otra

Derechos privados, problemas públicos

Una guía sobre
el controvertido
capítulo del TLCAN
referente a los
derechos de los
inversionistas

Parte ha alentado una inversión de tal manera, podrá solicitar consultas con esa otra Parte y ambas consultarán con el fin de evitar incentivos de esa índole.

Sección B – Solución de controversias entre una Parte y un inversionista de otra Parte

Artículo 1115: Objetivo

Sin perjuicio de los derechos y obligaciones de las Partes establecidos en el Capítulo XX, “Disposiciones institucionales y procedimientos para la solución de controversias”, esta sección establece un mecanismo para la solución de controversias en materia de inversión que asegura, tanto trato igual entre inversionistas de las Partes de acuerdo con el principio de reciprocidad internacional, como debido proceso legal ante un tribunal imparcial.

Artículo 1116: Reclamación del inversionista de una Parte, por cuenta propia

1. De conformidad con esta sección el inversionista de una Parte podrá someter al arbitraje una reclamación en el sentido de que otra Parte ha violado una obligación establecida en:
 - (a) la Sección A o el Artículo 1503(2), “Empresas del Estado”; o
 - (b) el párrafo 3(a) del Artículo 1502, “Monopolios y empresas del Estado”, cuando el monopolio ha actuado de manera incompatible con las obligaciones de la Parte de conformidad con la Sección A; y que el inversionista ha sufrido pérdidas o daños en virtud de la violación o a consecuencia de ella.
2. El inversionista no podrá 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.

Artículo 1117: Reclamación del inversionista de una Parte, en representación de una empresa

1. El inversionista de una Parte, en representación de una empresa de otra Parte que sea una persona moral propiedad del inversionista o que esté bajo su control directo o indirecto, podrá someter a arbitraje, de conformidad con esta sección, una reclamación en el sentido de que la otra Parte ha violado una obligación establecida en:

- (a) la Sección A o el Artículo 1503(2), “Empresas del Estado”; o
- (b) el Artículo 1502(3)(a) “Monopolios y empresas del Estado”, cuando el monopolio haya actuado de manera incompatible con las obligaciones de la Parte de conformidad con la Sección A,

y que la empresa ha sufrido pérdidas o daños en virtud de esa violación o a consecuencia de ella.

2. Un inversionista no podrá presentar una reclamación en representación de la empresa a la que se refiere el párrafo 1, si han transcurrido más de tres años a partir de la fecha en la cual la empresa tuvo conocimiento por primera vez, o debió tener conocimiento de la presunta violación y de que sufrió pérdidas o daños.
3. Cuando un inversionista presente una reclamación de conformidad con este artículo y de manera paralela el inversionista o un inversionista que no tenga el control de una empresa, presente una reclamación en los términos del Artículo 1116 como consecuencia de los mismos actos que dieron lugar a la presentación de una reclamación de acuerdo con este artículo, y dos o más demandas se sometan al arbitraje en los términos del Artículo 1120, el tribunal establecido conforme al Artículo 1126, examinará conjuntamente dichas demandas, salvo que el tribunal determine que los intereses de una parte contendiente se verían perjudicados.
4. Una inversión no podrá presentar una reclamación conforme a esta sección.

Artículo 1118: Solución de una reclamación mediante consulta y negociación

Las partes contendientes intentarán primero dirimir la controversia por vía de consulta o negociación.

Artículo 1119: Notificación de la intención de someter la reclamación a arbitraje.

El inversionista contendiente notificará por escrito a la Parte contendiente su intención de someter una reclamación a arbitraje, cuando menos 90 días antes de que se presente formalmente la reclamación, y la notificación señalará lo siguiente:

- (a) el nombre y domicilio del inversionista contendiente y cuando la reclamación se haya realizado conforme el Artículo 1117, incluirá el nombre y la dirección de la empresa;

Derechos privados, problemas públicos

Una guía sobre
el controvertido
capítulo del TLCAN
referente a los
derechos de los
inversionistas

- (b) las disposiciones de este Tratado presuntamente incumplidas y cualquier otra disposición aplicable;
- (c) las cuestiones de hecho y de derecho en que se funda la reclamación; y
- (d) la reparación que se solicita y el monto aproximado de los daños reclamados.

Artículo 1120: Sometimiento de la reclamación al arbitraje

1. Salvo lo dispuesto en el Anexo 1120.1 y siempre que hayan transcurrido seis meses desde que tuvieron lugar los actos que motivan la reclamación, un inversionista contendiente podrá someter la reclamación al arbitraje de acuerdo con:
 - (a) el Convenio del CIADI, siempre que tanto la Parte contendiente como la Parte del inversionista, sean Estados parte del mismo;
 - (b) las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI, cuando la Parte contendiente o la Parte del inversionista, pero no ambas, sea Parte del Convenio del CIADI; o
 - (c) las Reglas de Arbitraje de CNUDMI.
2. Las reglas aplicables al procedimiento arbitral seguirán ese procedimiento salvo en la medida de lo modificado en esta sección.

Artículo 1121: Condiciones previas al sometimiento de una reclamación al procedimiento arbitral

1. Un inversionista contendiente podrá someter una reclamación al procedimiento arbitral de conformidad con el Artículo 1116, sólo si:
 - (a) consiente someterse al arbitraje en los términos de los procedimientos establecidos en este Tratado; y
 - (b) el inversionista y, cuando la reclamación se refiera a pérdida o daño de una participación en una empresa de otra Parte que sea una persona moral propiedad del inversionista o que esté bajo su control directo o indirecto, la empresa renuncia 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 refiere el Artículo 1116, salvo los procedimientos en que se solicite la aplicación de medidas precautorias de carácter suspensivo, declaratorio o extraordinario,

que no impliquen el pago de daños ante el tribunal administrativo o judicial, conforme a la legislación de la Parte contendiente.

2. Un inversionista contendiente podrá someter una reclamación al procedimiento arbitral de conformidad con el Artículo 1117, sólo si tanto el inversionista como la empresa:
 - (a) consienten en someterse al arbitraje en los términos de los procedimientos establecidos en este Tratado; y
 - (b) renuncian a su derecho de iniciar o continuar cualquier procedimiento con respecto a la medida de la Parte contendiente que presuntamente sea una de las violaciones a las que se refiere el Artículo 1117 ante cualquier tribunal administrativo o judicial conforme al derecho de cualquiera de las Partes u otros procedimientos de solución de controversias, salvo los procedimientos en que se solicite la aplicación de medidas precautorias de carácter suspensivo, declarativo o extraordinario, que no impliquen el pago de daños ante el tribunal administrativo o judicial, conforme al derecho de la Parte contendiente.
3. El consentimiento y la renuncia requeridos por este Artículo se manifestarán por escrito, se entregarán a la Parte contendiente y se incluirán en el sometimiento de la reclamación a arbitraje.
4. Sólo en el caso que la Parte contendiente haya privado al inversionista contendiente del control en una empresa:
 - (a) no se requerirá la renuncia de la empresa conforme al párrafo 1(b) o 2(b); y
 - (b) no será aplicable el párrafo (b) del Anexo 1120.1.

Artículo 1122: Consentimiento al arbitraje

1. Cada una de las Partes consiente en someter reclamaciones al arbitraje con apego a los procedimientos establecidos en este Tratado.
2. El consentimiento a que se refiere el párrafo 1 y el sometimiento de una reclamación al arbitraje por parte de un inversionista contendiente cumplirá con los requisitos señalados en:
 - (a) el Capítulo II del Convenio del CIADI (Jurisdicción del Centro) y las Reglas del Mecanismo Complementario que exigen el consentimiento por escrito de las partes;

Derechos privados, problemas públicos

Una guía sobre
el controvertido
capítulo del TLCAN
referente a los
derechos de los
inversionistas

- (b) el Artículo II de la Convención de Nueva York, que exige un acuerdo por escrito; y
- (c) el Artículo I de la Convención Interamericana, que requiere un acuerdo.

Artículo 1123: Número de árbitros y método de nombramiento

Con excepción de lo que se refiere al tribunal establecido conforme al Artículo 1126, y a menos que las Partes contendientes acuerden otra cosa, el tribunal estará integrado por tres árbitros. Cada una de las partes contendientes nombrará a uno. El tercer árbitro, quien será el presidente del tribunal arbitral, será designado por acuerdo de las Partes contendientes.

Artículo 1124: Integración del tribunal en caso de que una Parte no designe árbitro o las partes contendientes no logren un acuerdo en la designación del presidente del tribunal arbitral

1. El Secretario General nombrará a los árbitros en los procedimientos de arbitraje, de conformidad con esta sección.
2. Cuando un tribunal, que no sea el establecido de conformidad con el Artículo 1126, no se integre en un plazo de noventa días a partir de la fecha en que la reclamación se someta al arbitraje, el Secretario General, a petición de cualquiera de las partes contendientes, nombrará, a su discreción, al árbitro o árbitros no designados todavía, pero no al presidente del tribunal quién será designado conforme a lo dispuesto en el párrafo 3.
3. El Secretario General designará al presidente del tribunal de entre los árbitros de la lista a la que se refiere el párrafo 4, asegurándose que el presidente del tribunal no sea nacional de la Parte contendiente o nacional de la Parte del inversionista contendiente. En caso de que no se encuentre en la lista un árbitro disponible para presidir el tribunal, el Secretario General designará, del panel de árbitros del CIADI, al Presidente del tribunal arbitral, siempre que sea de nacionalidad distinta a la de cualquiera de las Partes.
4. A la fecha de entrada en vigor de este Tratado, las Partes establecerán y mantendrán una lista de 45 árbitros como posibles presidentes de tribunal arbitral, que reúnan las cualidades establecidas en el Convenio y en las reglas contempladas en el Artículo 1120 y que cuenten con experiencia en derecho internacional y en asuntos en materia de inversión. Los miembros de la lista serán designados por consenso y sin importar su nacionalidad.

Artículo 1125: Consentimiento para la designación de árbitros

Para los propósitos del Artículo 39 del Convenio del CIADI y del Artículo 7 de la Parte C de las Reglas del Mecanismo Complementario, y sin perjuicio de objetar a un árbitro de conformidad con el Artículo 1124(3) o sobre base distinta a la nacionalidad:

- (a) la Parte contendiente acepta la designación de cada uno de los miembros de un tribunal establecido de conformidad con el Convenio del CIADI o con las Reglas del Mecanismo Complementario;
- (b) un inversionista contendiente al que se refiere el Artículo 1116, podrá someter una reclamación al arbitraje o continuar el procedimiento conforme al Convenio del CIADI o a las Reglas del Mecanismo Complementario, únicamente a condición de que el inversionista contendiente manifieste su consentimiento por escrito sobre la designación de cada uno de los miembros del tribunal; y
- (c) el inversionista contendiente al que se refiere el Artículo 1117(1) podrá someter una reclamación al arbitraje o continuar el procedimiento conforme al Convenio del CIADI o las Reglas del Mecanismo Complementario, únicamente a condición de que el inversionista contendiente y la empresa manifiesten su consentimiento por escrito sobre la designación de cada uno de los miembros del tribunal.

Artículo 1130: Sede del procedimiento arbitral

Salvo que las partes contendientes acuerden otra cosa, un tribunal llevará a cabo el procedimiento arbitral en territorio de una Parte que sea parte en la Convención de Nueva York, el cual será elegido de conformidad con:

- (a) las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI, si el arbitraje se rige por esas reglas o por el Convenio del CIADI; o
- (b) las Reglas de Arbitraje de CNUDMI, si el arbitraje se rige por esas reglas.

Artículo 1131: Derecho aplicable

1. Un tribunal establecido conforme a esta sección decidirá las controversias que se sometan a su consideración de conformidad con este Tratado y con las reglas aplicables del derecho internacional.

**Derechos privados,
problemas públicos**

Una guía sobre
el controvertido
capítulo del TLCAN
referente a los
derechos de los
inversionistas

2. La interpretación que formule la Comisión sobre una disposición de este Tratado, será obligatoria para un tribunal establecido de conformidad con esta sección.

Anexo 2: Compendio de casos conocidos en el marco del Capítulo XI

Los documentos a los que se hace referencia en este compendio están ahora disponibles en una serie de sitios de Internet, tanto gubernamentales como no gubernamentales. Véase www.naftalaw.org, www.state.gov, www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/NAFTA-e.asp, y www.iisd.org/trade/investment_regime.htm. El sitio del Gobierno de los Estados Unidos no estaba funcionando al momento de escribir este libro, pero se preveía que lo estaría en breve. Todas las decisiones finales relativas a los casos aquí tratados se pueden consultar en uno o más de estos sitios. En algunos casos, muchos más documentos se encuentran también disponibles; en otros, no existe prácticamente nada en este momento.

Debido a su gran proporción e importancia pública, los casos relacionados con el medio ambiente se examinan primero en este compendio. Sin embargo, los casos no ambientales son igualmente importantes en la historia completa del Capítulo XI, por lo que reciben igual tratamiento en cuanto a su descripción. Al mismo tiempo, debe observarse que no se ha emitido hasta la fecha ninguna decisión final en torno a este último grupo de casos.

La lista de casos que se presenta a continuación va acompañada de la fecha de inicio de cada caso, y de la fecha final en los casos que se han terminado hasta ahora. Un caso, *Waste Management contra México*, aunque originalmente se terminara en junio de 2000, se ha reabierto.

Las descripciones de los casos no proporcionan un análisis jurídico integral de los elementos de éstos; ese no es su propósito. Lo que se trata es brindar una descripción general de los temas planteados, de cómo fueron abordados en cada caso, y de las repercusiones potenciales que el caso puede tener.

Este examen no cubre el número creciente de decisiones de los Tribunales referentes a la confidencialidad de los documentos, a la ubicación del Tribunal, al orden de los procedimientos, al acceso a documentos del gobierno, etc. El único tema de procedimiento que se aborda aquí es el relativo a la participación pública de un “amigo” del tribunal, resultante de una importante decisión sobre esta cuestión en el caso *Methanex*.

Derechos privados, problemas públicos

Una guía sobre
el controvertido
capítulo del TLCAN
referente a los
derechos de los
inversionistas

El presente análisis se basa, en la mejor medida de las posibilidades con que cuenta el autor, en los hechos y las decisiones existentes al 1º de marzo de 2001.

LISTA DE CASOS

Casos relacionados con el medio ambiente

1. Ethyl Corporation contra Canadá, 1996–1998
2. Metalclad contra México, 1996 — en curso
3. Robert Azinian y otros (Desona de. C.V.) contra México, 1996–1999
4. Waste Management (Acaverde) contra México, (No. 1), 1998–2000
5. Waste Management (Acaverde) contra México, (No. 2), 2000 — en curso
6. S.D. Myers contra Canadá, 1998 — en curso
7. Sun Belt Water contra Canadá, 1998 — en suspenso
8. Pope y Talbot contra Canadá, 1998 — en curso
9. Methanex contra Estados Unidos, 1998 — en curso
10. Ketchum Investments Inc. y Tysa Investments Inc. contra Canadá, 2000 — en curso

Casos no relacionados con el medio ambiente

11. Halchette Distribution System contra México, 1995 — no proseguido
12. Signa S.A. de C.V. contra Canadá, 1995 — no proseguido
13. Marvin Ray Feldman Karpa contra México, 1998 — en curso
14. Loewen Group contra Estados Unidos, 1998 — en curso
15. Mondev International contra Estados Unidos, 1999 — en curso
16. U.P.S. contra Canadá, 2000 — en curso
17. A.D.F. Group contra Estados Unidos, 2000 — en curso

1.

Ethyl Corporation contra Canadá

Fechas clave:

Notificación de la intención de someter la reclamación a arbitraje:	10 de septiembre de 1996
Notificación del sometimiento de la reclamación al arbitraje:	14 de abril de 1997
Audiencia de procedimiento sobre la jurisdicción:	Febrero de 1998
Decisión sobre la jurisdicción:	24 de junio de 1998
Canadá resuelve el caso:	20 de julio de 1998

Los hechos

Ethyl Corporation es una empresa de los Estados Unidos que estableció una filial canadiense, Ethyl Canada. La principal función, aunque no la única, de Ethyl Canadá era recibir tricarbonil methylciclopentadienil de manganeso (TMM) de su empresa matriz y mezclarlo con otros agentes para su distribución en el Canadá, como un aditivo de gasolina. El uso del TMM está prohibido por razones ambientales en un número importante de estados en los Estados Unidos. La empresa Ethyl Corp. es el único fabricante del TMM en el mundo, y Ethyl Canada era el único mezclador en el Canadá.

En 1997, el Parlamento canadiense adoptó una ley que prohibía la importación del TMM del Canadá, así como su comercio interprovincial.¹ A causa de factores jurisdiccionales y estatutarios únicos en el Canadá, la ley no prohibió directamente la venta o el uso del TMM en este país, lo que llevó a algunos a alegar que la ley era discriminatoria. Sin embargo, en la práctica, la ley habría puesto fin a toda venta o uso del TMM, ya que la única fuente de este agente, la Empresa Ethyl Corp., estaba ubicada en los Estados Unidos.

El Canadá prohibió la importación del TMM por dos razones. Primero, existía inquietud en torno a que el manganeso, que forma parte del TMM, tiene propiedades tóxicas que no han sido evaluadas completamente por la ciencia. Segundo, había la preocupación de que el TMM causara el malfuncionamiento del equipo apenas recientemente exigido en los sistemas de escape de los automóviles, lo cual conduciría a una mayor contaminación del aire. De hecho, todos los fabricantes de automóviles de América del Norte y los principales fabricantes a nivel internacional que se encontraban vendiendo en el Canadá apoyaron firmemente la prohibición.

Las reclamaciones del inversionista

Ethyl Corp. reclamó 250 millones de dólares por daños, alegando que al menos tres violaciones habían tenido lugar:

- **Artículo 1102: Trato nacional.** Ethyl Corp. reclamó que la prohibición de las importaciones, a falta de una prohibición igualmente aplicable a la producción y a la venta internas, era un incumplimiento de la obligación de tratar a los inversionistas extranjeros y nacionales de una manera no menos favorable. Esta reclamación se hizo a pesar del hecho de que no había ninguna producción nacional canadiense de TMM, y que los propios documentos de esa empresa indicaban que no sería rentable abrir plantas para producir el TMM en el Canadá. La empresa Ethyl sostuvo también que la prohibición del TMM era una manera encubierta de apoyar a los productos mejoradores de octano hechos en el Canadá.
- **Artículo 1106: Requisitos de desempeño.** Un tipo de requisito de desempeño obliga a un inversionista a utilizar en su proceso de producción una cierta cantidad o un cierto tipo de bienes o servicios producidos a nivel nacional. El Artículo 1106 prohíbe estos tipos de requisitos. Ethyl Corp. afirmó que la restricción a las importaciones era un requisito de desempeño ilegal, que la forzaba ya fuera a producir el TMM en el Canadá o a utilizar en su lugar otros productos hechos en el Canadá.
- **Artículo 1110: Expropiación.** Ethyl Corp. argumentó que la prohibición del TMM venía a ser lo mismo que una expropiación de su empresa en el Canadá o, alternativamente, era una medida “equivalente a” la expropiación, por lo cual debía ser plenamente indemnizada. Esta fue la primera vez que se hiciera este argumento sobre la expropiación en el marco de un convenio de inversiones para impugnar una ley ambiental, y la primera vez que se empleara en un procedimiento jurídico una aplicación ampliada del término “equivalente a” la expropiación.

El laudo sobre la jurisdicción

El Canadá había puesto objeciones a la competencia del Tribunal para examinar el caso al amparo del Capítulo XI, alegando principalmente que la ley relativa al TMM no era un requisito de desempeño en el marco del Capítulo XI, sino una medida comercial fuera del ámbito de aplicación de dicho capítulo. Un segundo conjunto de argumentos trataba la cuestión de si había o no una “medida” jurídica al momento en que se inició el caso, dado que la legislación sobre el TMM

no había sido aún plenamente promulgada y no estaba en vigor. La misma entraría en vigencia posteriormente.

El 24 de junio de 1998, los árbitros nombrados conforme al Capítulo XI rechazaron los argumentos del Canadá sobre ambos puntos. Sobre la cuestión de si una medida comercial comprendida en otras partes del TLCAN podría también estar sujeta a un procedimiento del Capítulo XI, el Tribunal observó de manera sucinta que no había ningún conflicto aparente aquí al permitir ello, y rechazó el argumento del Canadá de que el caso estaba fuera de la jurisdicción del Tribunal (párrafos 63 a 64).

Sobre la cuestión de si una Ley que aún no ha sido aprobada puede ser una medida en virtud del Capítulo XI, el Tribunal observó que Ethyl Corp. había iniciado su demanda prematuramente, ya que la Ley todavía no estaba en vigor. Es más, el Tribunal reconoció que esto se hizo por razones tácticas con relación al proceso legislativo, en otras palabras, con el propósito de tratar de influir en el debate legislativo en el Parlamento sobre la adopción de la ley relativa al TMM, a la que éste se había opuesto sistemáticamente (párrafo 87). Aún así, el Tribunal declaró que como la Ley había efectivamente sido aprobada poco tiempo después, este “salto para llevar la delantera” no era lo suficientemente significativo como para invalidar la jurisdicción del Tribunal.

Al hacer estos fallos, el Tribunal insistió específicamente que el Capítulo XI no debía interpretarse estrictamente sobre la base de un principio de evitar restricciones a la soberanía (párrafo 55).

La resolución del caso

Poco después que el laudo sobre la jurisdicción fuera emitido, el Canadá “resolvió” el caso. El Canadá declaró que lo hizo principalmente para confirmar una decisión desfavorable en virtud del Acuerdo sobre el Comercio Interno del Canadá (ACI).

Irónicamente, la decisión del caso en el marco del ACI decía expresamente que no se estaba recomendando el retiro de la Ley relativa al TMM. Además, en ese caso no se abordó en absoluto la prohibición internacional de las importaciones, se centró en cambio en la prohibición del comercio interprovincial. El Panel del ACI sostuvo que la ley relativa al TMM era una ley ambiental *bona-fide*. En otras palabras, no era una restricción encubierta al comercio, una medida proteccionista o un apoyo a un tipo de mejorador de octano sobre otro. El Panel también determinó que había pruebas indicadores suficientes para que el gobierno hubiera actuado

Derechos privados, problemas públicos

Una guía sobre
el controvertido
capítulo del TLCAN
referente a los
derechos de los
inversionistas

al respecto. Determinó igualmente que el proceso para consultas con las provincias establecido en el ACI no había sido cumplido suficientemente, y que la prohibición del comercio interprovincial restringía el comercio más de lo necesario. Sin embargo, la opción sugerida por el Panel de un sistema de dos bombas (una para gasolina con TMM, y una para gasolina sin este agente) fue rechazada por la industria de gasolina en varias ocasiones, haciendo de ésta una opción ilusoria.²

Al resolver el caso, el Canadá:

- Pagó a Ethyl Corp. 13 millones de dólares por costos y pérdidas de ganancias mientras la Ley estuvo en aplicación;
- Retiró la legislación a la que Ethyl Corp. se opuso; y
- Dió a Ethyl Corp. una carta para que la usara según estimara conveniente, diciendo que no había ninguna prueba científica de riesgo alguno para la salud del TMM o repercusión alguna sobre los sistemas de escape de los automóviles.³

¿Cuáles son las repercusiones del caso Ethyl?

Habiendo sido el primer caso relacionado con el medio ambiente tratado en el marco del Capítulo XI, *Ethyl* tomó un nuevo derrotero; el mismo propiciaría varios otros casos. Los innovadores argumentos de la empresa en el sentido de que la legislación ambiental podía ser una violación de las reglas sobre requisitos de desempeño y sobre expropiación, provocaron inquietudes de que cualquier empresa de propiedad extranjera pudiera utilizar argumentos similares para combatir nuevos reglamentos ambientales que repercutieran sobre sus ganancias. La invocación del Capítulo XI como parte del proceso de cabildeo en oposición a la promulgación de la legislación, fue igualmente algo nunca antes visto.

Dado que también fue el primer caso en que el proceso siguiera más allá de la Notificación de la intención de someter una reclamación a arbitraje, llegando de hecho al arbitraje, el caso *Ethyl* sentó un precedente muy importante cuando fue resuelto por el Canadá.

2.

Metalclad Corporation contra México

Fechas clave:

Notificación de la intención de someter la reclamación a arbitraje:	2 de octubre de 1996
Notificación del sometimiento de la reclamación al arbitraje:	13 de enero de 1997
Conclusión de las audiencias orales:	30 de agosto al 9 de septiembre de 1999
Decisión final:	30 de agosto de 2000
Petición de examen judicial y de apelación ante el Tribunal de British Columbia:	27 de octubre de 2000, en curso

Los hechos

El caso fue iniciado contra México por Metalclad Corp., una empresa de los Estados Unidos en el negocio de la eliminación de desechos. Metalclad adquirió en 1993 una empresa de eliminación de desechos mexicana a cargo de una estación de transferencia de desechos en el municipio de Guadalcalzar, con la esperanza de construir y explotar un vertedero completo de desechos peligrosos en ese emplazamiento. Las licencias municipales para este propósito se habían anteriormente denegado al vendedor. Una licencia a nivel estatal fue posteriormente otorgada para la construcción del vertedero, sujeta al cumplimiento de ciertos requisitos técnicos, pero sin perjuicio de otras autorizaciones que pudieran necesitarse. El gobierno federal en México expidió las licencias exigidas a ese nivel. Actuando sobre estas bases, y sobre lo que el Tribunal aceptó como garantías por parte del gobierno mexicano de que todas las licencias o bien ya habían sido expedidas o se expedirían sin ningún problema, la construcción se inició.

Metalclad nunca recibió ninguna licencia municipal. El Tribunal admitió que los funcionarios federales mexicanos dijeron a Metalclad que las licencias municipales no eran necesarias para construir o explotar el vertedero, a pesar de los alegatos de México en el sentido de que tales garantías no habían sido ofrecidas. El Tribunal también aceptó que Metalclad actuó con base en estas protestas. La construcción se inició sin una licencia municipal de construcción, y siguió hasta que las autoridades municipales ordenaron que se detuviera. La construcción se reanudó cuando una licencia municipal fuera solicitada en noviembre de 1994, y después

Derechos privados, problemas públicos

Una guía sobre
el controvertido
capítulo del TLCAN
referente a los
derechos de los
inversionistas

de la recepción de licencias federales adicionales. Entretanto, una evaluación ambiental “confirmó” que el sitio era apropiado para un vertedero de desechos peligrosos, sujeto al cumplimiento de ciertos requisitos de ingeniería. También se exigieron planes para el trabajo de saneamiento del sitio, a efectuarse durante los tres primeros años de actividad comercial. La licencia municipal fue finalmente denegada en diciembre de 1995, poniendo así término a la construcción final e impidiendo cualquier puesta en marcha del vertedero. El Tribunal señaló específicamente que Metalclad no fue avisado de la reunión del pueblo durante la cual se decidió la denegación de la licencia, que por lo tanto no se le había dado una oportunidad para ser escuchado en esa reunión, y que su solicitud de una reconsideración de la decisión había sido negada. Incluso después de la denegación de la licencia municipal, las autoridades federales autorizaron la expansión en diez veces del establecimiento.

Finalmente, en septiembre de 1997, el Gobernador del estado en cuestión expidió un Decreto Ecológico declarando el área en la que el vertedero está ubicado una reserva natural para la preservación de raras especies de cactus. Este Decreto impidió eficazmente toda posibilidad de uso futuro del sitio como un vertedero.

Las reclamaciones del inversionista

Metalclad alegó que había habido violaciones de dos disposiciones principales del Capítulo XI, el Artículo 1105 sobre el nivel internacional mínimo de trato y el Artículo 1110 sobre expropiación.

El fallo del Tribunal

El Tribunal dictaminó en contra de México, y sentenció una indemnización de 16,685,000.00 dólares a Metalclad.

Base de la interpretación del Capítulo XI

Un punto fundamental del fallo es la referencia selectiva a tres objetivos del TLCAN como apoyo para la interpretación del Capítulo XI. Estos son:

- La transparencia de los reglamentos y de la actividad gubernamentales (párrafos 70 a 71);
- El aumento sustancial de las oportunidades de inversión (párrafos 70, 75); y
- Asegurar un marco previsible para los inversionistas (párrafo 71).

El Tribunal arguyó además que había una finalidad general, que era asegurar la exitosa ejecución de las iniciativas de

inversión (párrafo 75). El fallo en su totalidad se basa en el siguiente pronunciamiento de principios subyacentes: que el Capítulo XI tiene como finalidad promover las inversiones y asegurar, en efecto, el éxito de los inversionistas. Esto pasa por alto el equilibrio comprendido en el preámbulo del TLCAN, relativo a la protección del medio ambiente y al desarrollo sustentable como principios fundamentales iguales, y sugiere claramente una batalla cuesta arriba para implantar tal equilibrio en los fallos futuros.

El Artículo 1105: Nivel mínimo de trato

El Tribunal dictaminó que México incumplió de varias maneras su obligación de proporcionar un nivel mínimo de trato (párrafos 74 a 100):

- Dictaminó que México no había cumplido con las promesas de los funcionarios federales y estatales en el sentido de que la planta podría operar, en las que el inversionista tenía derecho a confiar en virtud del TLCAN;
- Dictaminó que México no había cumplido con la obligación de aclarar las interpretaciones de su legislación nacional, como era debido en caso de incertidumbre para el inversionista;
- Dictaminó que México no había elaborado reglas claras para que los inversionistas conozcan fácilmente las reglas sobre licencias, incumpliendo así obligaciones en materia de transparencia estipuladas en otras partes del TLCAN distintas del Capítulo XI;
- Dictaminó que, contrariamente a la opinión de los expertos jurídicos del gobierno mexicano, el municipio excedió sus propias funciones jurídicas porque exigió un permiso municipal o, si el permiso era exigible, porque hizo extensivo su alcance a la utilización del establecimiento;
- Dictaminó que, jurídicamente, los factores ambientales eran un problema exclusivamente federal, de ahí que no se pudieran utilizar como fundamento para denegar una licencia municipal, dado que el proyecto había pasado la inspección federal;
- Dictaminó que México no había notificado a Metalclad de la reunión del pueblo en cuestión relativa a su licencia.

El tribunal resumió sus conclusiones diciendo que México no logró proporcionar un marco transparente y previsible para la planificación empresarial y la inversión, y demostró una falta de orden en los trámites y de disposición oportuna con relación a un inversionista (párrafo 99).

Derechos privados, problemas públicos

Una guía sobre
el controvertido
capítulo del TLCAN
referente a los
derechos de los
inversionistas

Un fundamento crucial de esta decisión es el fallo del panel en cuanto al alcance de la autoridad municipal en México en materia de asuntos ambientales, el cual fue contrario a las interpretaciones proporcionadas por México. En efecto, casi todo el caso gira en torno a la conclusión jurídica del panel de que el municipio excedía su jurisdicción. Los fallos en contra de las interpretaciones de México sobre la sustancia de la ley mexicana son preocupantes, y plantean preguntas acerca de la jurisdicción del panel y de su capacidad para abordar tal tema.

Artículo 1110: Expropiación

- El Tribunal dictaminó que las mismas acciones que condujeran a la constatación de un incumplimiento del Artículo 1105 también conducían a una violación de las reglas sobre la expropiación, dado que no se pagó ninguna indemnización. Esta es la primera vez que se ha considerado a incumplimientos de procedimiento como análogos a la expropiación, lo que hace muy poco claro el alcance de lo que constituye una expropiación. La resolución aparente del Tribunal de que un acto fuera del alcance de la autoridad del municipio podía en sí fundar una demanda sobre expropiación, también plantea preguntas acerca de cuáles son los límites disponibles aquí (párrafos 104 a 107).
- La prueba en la que se apoyó el Tribunal para rendir su fallo en lo referente a la expropiación se centró exclusivamente en el grado de injerencia en los derechos de propiedad. Más aún, el Tribunal declaró que la expropiación podía incluir la intromisión oculta o incidental en el uso de la propiedad (párrafo 103).
- El Tribunal prosiguió aparentemente su fallo (existe cierta duda sobre esto) diciendo que el objetivo de una medida gubernamental no necesitaba considerarse a este respecto (párrafo 110).

La transparencia de los procedimientos del Capítulo XI:

No obstante el énfasis que pusiera en la transparencia en el marco del TLCAN, el Tribunal limitó paradójica y expresamente la transparencia en sus propios procedimientos a las divulgaciones exigidas por las legislaciones nacionales aplicables a las partes en el litigio. Lo hizo a pesar de su reconocimiento explícito de que no hay ninguna disposición jurídica que les exija imponer tales límites. Su razón para hacer esto fue la gestión eficaz de los procedimientos (párrafo 13). Este enfoque se ha repetido en procedimientos posteriores.

La petición de examen judicial y de apelación

En octubre de 2000, México presentó una petición ante la Corte Suprema de la provincia canadiense de British Columbia solicitando el examen o la apelación del fallo del Tribunal.⁴ Esta petición se presentó en British Columbia en virtud de que la ubicación jurídica del Tribunal estaba en esa provincia (en la ciudad de Vancouver). México se apoyaba en dos estatutos de British Columbia en materia de arbitrajes.⁵ Tales estatutos se necesitan para basar una petición de examen o apelación de un laudo arbitral, y son una característica común de la práctica de arbitraje en todo el mundo.

La petición de México ponía de relieve los siguientes reclamos (párrafo 72 de la Petición enmendada de México):

- El Tribunal había excedido sus poderes (competencia) al:
 - incluir disposiciones de otras partes del TLCAN como partes centrales de su fallo jurídico, “legislando” de ese modo nuevas disposiciones del Capítulo XI;
 - equiparar una presunta violación de la legislación nacional a un incumplimiento del derecho internacional; y
 - arrogarse a sí mismo atribuciones para decidir sobre asuntos de la legislación mexicana como si fuera un tribunal nacional.
- El Tribunal erró en sus interpretaciones de los Artículos 1105 y 1110, así como en su interpretación de la legislación mexicana.
- El Tribunal no logró abordar todas las cuestiones que le fueron presentadas; tampoco logró explicar en detalle sus razones para ello, según lo exigen las reglas de arbitraje, ni considerar todas las pruebas presentadas.

La petición fue atendida en febrero y marzo de 2001, en Vancouver, B.C. Se preveía una decisión sobre la misma en algún momento de la primavera de 2001.

Las repercusiones del caso

La decisión, tal como está ahora, plantea la pregunta siguiente: ¿hasta que grado se está obligado a la transparencia y al cumplimiento de otros requisitos de procedimiento ante un inversionista en virtud del Artículo 1105? Desde un extremo, tales requisitos pueden exigir que los gobiernos actúen casi como asesores jurídicos de los inversionistas extranjeros, corrigiendo cualquier error jurídico que estos hagan, y proporcionen orientación al inversionista sobre cómo manejar su inversión de una manera eficaz. La decisión

Derechos privados, problemas públicos

Una guía sobre
el controvertido
capítulo del TLCAN
referente a los
derechos de los
inversionistas

plantea además la posibilidad de que las protestas hechas por funcionarios a un nivel de gobierno tengan un efecto vinculante sobre las decisiones que jurídicamente tienen que ser tomadas a otro nivel de gobierno. Esta decisión plantea nuevas áreas de incertidumbre en cuanto a la aplicación y al alcance de la disposición relativa al nivel internacional mínimo de trato.

El alcance de las atribuciones de un Tribunal para dictaminar sobre la legislación nacional es también importante, especialmente cuando, al hacerlo, el Tribunal en este caso impuso altos niveles de exigencias en cuanto a la ocultación de sus procedimientos.

La instauración de un criterio para decidir si hubo expropiación basado exclusivamente en razón de la importancia del impacto de una medida sobre la empresa, aunada a la aparente negación de la necesidad de considerar la finalidad de una medida, crea un problema trascendental para los legisladores del derecho ambiental. Este criterio, de llegarse a adoptar en otros casos, significa el final efectivo de la limitación de los “poderes regulatorios” que establece el derecho internacional tradicional sobre el concepto de expropiación, los cuales permitían a los gobiernos proteger el bienestar público sin tener que indemnizar, y por lo tanto una ampliación radical de la interpretación preexistente del significado de expropiación en los convenios de inversiones. En consecuencia, cualquier legislación ambiental que interfiera en el aprovechamiento de una inversión para generar ganancias podría entrar en el ámbito de aplicación del Artículo 1110 y hacer obligatoria la indemnización.

La presentación de la petición de examen o apelación constituyó una evolución muy significativa del Capítulo XI. La misma proporcionará la primera indicación de las normas pertinentes para examinar estos arbitrajes, habida cuenta de sus aspectos que atañen al derecho público. Además, si no se acepta el examen o la apelación, este caso confirmará que el alcance de las conclusiones queda comprendido en los límites normales del Capítulo XI.

3.

Robert Azinian y otros (Desona de. C.V.) contra México

Fechas clave:

Notificación de la intención de someter la reclamación a arbitraje:	16 de diciembre de 1996
Notificación del sometimiento de la reclamación al arbitraje:	10 de marzo de 1997
Decisión final:	1 de noviembre de 1999

Los hechos

Los inversionistas basaron su reclamación en una presunta ruptura de un contrato firmado en 1993, que les otorgaba la concesión por 15 años para recoger la basura en el municipio de Naucalpan, un suburbio de la ciudad de México. Después que el municipio cuestionara el desempeño del contrato por Desona, la “inversión” en México, la empresa puso en entredicho la capacidad jurídica de aquel para presentar tales quejas. En marzo de 1994, el municipio canceló el contrato de concesión en virtud de que Desona no había cumplido su desempeño. Desona apeló esta decisión ante un tribunal nacional, lo que llevó a apelaciones judiciales posteriores a nivel del Tribunal Federal de Circuito (el tribunal federal de apelaciones). Todas estas acciones judiciales fracasaron. Varios aspectos ligados al contrato, tales como no haber logrado entregar los nuevos camiones de eliminación de desechos prometidos, fueron confirmados como razones válidas para rescindir el contrato. Los inversionistas alegaron que la rescisión del contrato en este caso fue un incumplimiento del Capítulo XI, y solicitaron la reparación de daños ocasionados por las ganancias perdidas. El Tribunal halló los siguientes hechos adicionales:

- Los inversionistas demandantes habían visto el contrato en cuestión como una incursión inicial en el marco de un plan más amplio de búsqueda de oportunidades para efectuar actividades de eliminación de desechos en México. Sin embargo, tenían recursos limitados para poner en práctica tal plan más vasto, y esperaban utilizar el contrato como palanca para lograr una relación comercial con grandes operadores en el sitio;
- Los inversionistas habían hecho importantes protestas falsas, incluida una sobre la ausencia de compromisos sólidos de otras partes contratantes presentadas como proporcionando respaldo financiero antes de que el contrato se firmara, y otra sobre el retiro de hecho de un socio principal antes de firmar el contrato;

Derechos privados, problemas públicos

Una guía sobre el controvertido capítulo del TLCAN referente a los derechos de los inversionistas

- Varios requisitos del contrato no se cumplieron;
- Otros planes vinculados estipulados en contrato, como la construcción de una importante central eléctrica conectada al vertedero, eran financiera y técnicamente imposibles; y
- Los testimonios de algunos de los testigos de los inversionistas eran falsos.

Las reclamaciones del inversionista

Los inversionistas solicitaron un pago de 19 millones de dólares por daños, con base en las siguientes reclamaciones:

- **Artículo 1105: Nivel internacional mínimo de trato.** Robert Azinian alegó que el municipio no logró otorgar el nivel internacional mínimo de trato a los inversionistas extranjeros, pero los detalles específicos del reclamo no están disponibles. (De hecho, el panel señaló que el alegato era apenas sostenido por los inversionistas, y que no se ofrecieron detalles o ejemplos pertinentes de una omisión en el cumplimiento de esta norma.)
- **Artículo 1110: Expropiación:** Robert Azinian adujo que la cancelación del contrato era una expropiación en virtud del Artículo 1110.

La decisión del Tribunal

Las consecuencias de las acciones judiciales emprendidas previamente a nivel nacional

El panel no abordó detalladamente los alegatos de la reclamación relativos al Capítulo XI. En cambio, consideró una cuestión preliminar de si tenía la competencia para abordar un caso donde un contrato había sido rescindido por una autoridad legítima, y donde esto último había sido debidamente confirmado en la apelación ante tribunales a tres niveles.

- El tribunal puso en claro que su función no era la de un tribunal de apelación en contra de la decisión original o de las decisiones de los tribunales nacionales, sino determinar si había ocurrido un incumplimiento del Capítulo XI del TLCAN.
- Al mismo tiempo, el panel aclaró que el acudir previamente a los tribunales nacionales no era un impedimento para valerse del proceso del Capítulo XI (párrafos 86, 97 y subsiguientes).
- Dado que la decisión administrativa de cancelar el contrato fue apoyada por tribunales a tres niveles, el panel

constató que un incumplimiento del Capítulo XI tendría que basarse en un incumplimiento de estas obligaciones por los tribunales mismos. Si los tribunales habían actuado adecuadamente conforme a las obligaciones del TLCAN al confirmar la cancelación del contrato, luego la cancelación misma no podía ser un incumplimiento.

- El panel concluyó que para que una decisión de los tribunales infringiera el Capítulo XI, el inversionista debía mostrar ya fuera una denegación de justicia o una forma disimulada de llegar a un resultado internacionalmente ilegítimo. Una denegación de justicia se describió como la situación que se origina si los tribunales se negaran a acoger una demanda, si ésta fuera sometida a un retraso indebido, o si los tribunales administraran la justicia de una manera seriamente inadecuada (párrafos 99 a 104).

Ninguna denegación de justicia u otra impropiedad judicial fue alegada o demostrada en este caso. El panel constató que las decisiones judiciales de confirmar la cancelación del contrato se basaban en hechos amplios, según se describió anteriormente.

***Fundamento de un caso al amparo del Capítulo XI:
incumplimiento del Capítulo XI.***

- El panel constató que el caso era esencialmente uno de incumplimiento de un contrato. Dictaminó que el incumplimiento de un contrato *per se* no era razón suficiente para establecer un caso, a menos que estuviera acompañado de un incumplimiento de las obligaciones del Capítulo XI. La decepción o la disconformidad con una decisión administrativa o judicial no es la base para tal incumplimiento (párrafo 83).
- Dado que el inversionista no había impugnado ni la legislación subyacente que daba cabida a la cancelación de los contratos municipales como una expropiación, ni las actas de los tribunales que confirmaban la cancelación, el Tribunal concluyó que los inversionistas no habían planteado las cuestiones apropiadas al amparo del Capítulo XI, pero incluso si lo hubieran hecho habrían fracasado en virtud de que las acciones de los tribunales nacionales cumplían las normas de la corrección.

¿Cuáles son las repercusiones del caso?

La decisión del panel parece basarse en gran parte en los hechos y en los mal planteados argumentos jurídicos de los inversionistas. México pudo demostrar que la empresa de los inversionistas engañó a las autoridades acerca de su capacidad de efectuar el trabajo indicado en el contrato, y que el nivel

Derechos privados, problemas públicos

Una guía sobre
el controvertido
capítulo del TLCAN
referente a los
derechos de los
inversionistas

inicial de desempeño, por sí mismo, aportaba la base adecuada para la cancelación del contrato. Las acciones de México con relación a esto, y los fallos judiciales posteriores, se habían hecho de buena fe y de manera apropiada.

No hay nada en el dictamen que se relacione directamente con las cuestiones jurídicas tocantes a la aplicación de las disposiciones del Capítulo XI en materia de expropiación y de trato nacional. Sin embargo, la afirmación clara de que el simple incumplimiento de un contrato no proporciona un fundamento para un arbitraje internacional es importante, como lo es la exigencia de describir cuidadosamente y con exactitud el presunto incumplimiento del Capítulo XI. Es igualmente importante la afirmación de que la función de un panel de arbitraje no es la de un tribunal de apelación en contra de una decisión administrativa o de las decisiones de los tribunales nacionales, sino más bien la de determinar si había ocurrido un incumplimiento del Capítulo XI del TLCAN. Este dictamen puede ayudar a impedir el empleo inapropiado del mecanismo del Capítulo XI.

4.

Waste Management (Acaverde) contra México (No. 1)

Fechas clave:

Notificación de la intención de someter la reclamación a arbitraje:	29 de febrero de 1998/30 de junio de 1998 (en controversia)
Notificación del sometimiento de la reclamación al arbitraje:	18 de noviembre de 1998
Decisión final:	2 de junio de 2000

Los hechos

Aunque se emitió una decisión sobre este caso, la misma se basó en una cuestión preliminar relativa a la jurisdicción (competencia) del Tribunal, y en un registro mínimo de los hechos. En consecuencia, el conocimiento de los hechos sigue siendo mínimo. La empresa Waste Management alegó la falta de cumplimiento de contrato por varias entidades estatales y la Ciudad de Acapulco, con relación a la cancelación de un contrato de eliminación de desechos.

Las reclamaciones del inversionista

La empresa reclamó 60 millones de dólares sobre la base del incumplimiento de los Artículos 1105 (nivel internacional mínimo de trato) y 1110 (expropiación) del Capítulo XI.

El problema en torno a la jurisdicción del Tribunal

Quienes someten una reclamación conforme al proceso arbitral del Capítulo XI están obligados, según el Artículo 1121, a renunciar a su derecho a iniciar o continuar cualquier procedimiento jurídico a nivel nacional con respecto a la(s) medida(s) abordada(s) en el caso. México sostuvo que la renuncia de derechos de la empresa Waste Management en este caso no cumplió plenamente con las condiciones del Artículo 1121. Una audiencia preliminar se celebró para tratar únicamente este asunto, el cual es el tema del único laudo emitido hasta la fecha.

El laudo del tribunal

En una decisión de dos contra uno, el Tribunal confirmó la objeción de México a la jurisdicción. Dictaminó que la renuncia de derechos era insuficiente para detener en ese momento los procedimientos en curso ante los tribunales mexicanos en relación con la misma “medida” que condujo a la denuncia al amparo del Capítulo XI.

- El espíritu y la intención de la condición de renuncia de derechos era evitar la duplicación de procesos que implican reclamaciones por daños, teniendo presente que una reclamación en el marco del TLCAN abordará cuestiones de derecho internacional y que una reclamación a nivel doméstico tratará cuestiones que atañen a la legislación nacional, y por consiguiente se basarán en cuestiones jurídicas diferentes.
- La condición de renuncia de derechos se aplica a los casos que tienen una base jurídica que deriva de las mismas medidas. Los casos a nivel nacional y los casos en el marco del Capítulo XI no pueden invocar las mismas medidas como parte de sus justificaciones (párrafo 27.b).
- El Artículo 1121 proscribía la iniciación o la continuación de procedimientos ante un tribunal conforme al derecho de cualquiera de las Partes respecto a una medida que es presuntamente violatoria del Capítulo XI y sujeta a un procedimiento en términos del Capítulo XI (párrafo 28).
- La renuncia de derechos en este caso enunciaba interpretaciones adicionales que no consiguieron que se manifestara como una abdicación efectiva de derechos según obliga la condición de renuncia establecida en el Artículo 1121 (párrafos 31.2).

¿Cuáles son las repercusiones del caso?

Este caso pone de relieve la importancia de la condición de renuncia de derechos como el principal “obstáculo” de procedimiento en el proceso de arbitraje del Capítulo XI. Mientras otros Tribunales han estado dispuestos a pasar por alto los aspectos de simple formalidad del procedimiento de renuncia de derechos, tales como la hora exacta en que se presentó o una firma indebida, este caso muestra la necesidad de asegurar que el alcance sustantivo de la renuncia sea completo. Esto puede ayudar a asegurar que la intención de evitar la duplicación de procedimientos se cumpla.

5.

Waste Management contra México (No. 2)

Fechas clave:

Notificación de la intención de
someter la reclamación a arbitraje: 27 de septiembre de 2000

Caso en curso

Los hechos

Este caso surgió después de la denegación del Tribunal del primer arbitraje iniciado al amparo del Capítulo XI, según se trató arriba. Al momento de escribir este compendio, no se cuenta con ningún documento del dominio público sobre el mismo. Se presume que los hechos son los mismos. Según los informes de prensa, la empresa Waste Management cree haber corregido los errores de procedimiento relacionados con la renuncia de derechos y haber dado término a todos los casos iniciados ante tribunales nacionales en México, permitiendo de ese modo la continuación de este caso.

Las reclamaciones del inversionista

A falta de mayor documentación por escrito, se presume que los fundamentos de este caso serán los mismos que en el primer caso, a saber, las contravenciones por parte de México de los Artículos 1105 y 1110. Los informes de prensa indican que el demandante se propone basarse en el caso *Metalclad contra México* como una parte importante de su reclamación.⁶

La importancia del caso

El caso destaca la necesidad de distinguir entre los aspectos sustantivos de una decisión, los cuales hacen que un fallo sea final, y los aspectos de procedimiento, los cuales pueden permitir la corrección y la reinstauración del caso. No se conoce por el momento ningún indicio de alegatos por parte de México en torno a esta cuestión.

6.

S.D. Myers contra Canadá

Fechas clave:

Notificación de la intención de someter la reclamación a arbitraje:	22 de julio de 1998
Notificación del sometimiento de la reclamación al arbitraje:	30 de octubre de 1998
Decisión en lo concerniente al fondo del litigio:	13 de noviembre de 2000
Sentencia por daños en espera de la presentación por el Canadá de la Notificación de solicitud de examen judicial:	8 de febrero de 2001

Los hechos

El 20 de noviembre de 1995, el gobierno del Canadá impuso una prohibición temporal pero total a la exportación de los desechos de bifenil policlorinado (PCB) a los Estados Unidos. Esto se hizo en respuesta a las medidas administrativas tomadas por la Environmental Protection Agency (EPA) (organismo gubernamental encargado de la protección del medio ambiente en los Estados Unidos), a raíz de una decisión judicial que le exigía abrir la frontera a las importaciones de desechos de PCB provenientes del Canadá. La frontera había estado cerrada a tales importaciones antes de la decisión judicial. En febrero de 1997, se puso en vigor una reglamentación menos completa pero permanente, dando cabida a las exportaciones de desechos de PCB dirigidas a ciertos tipos de establecimientos de desecho, pero no a cualquier vertedero. En julio de 1997, la medida de la EPA de abrir la frontera fue anulada por una decisión del Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos, y la frontera fue nuevamente cerrada por este país. La medida aplicada por el Canadá impidió las exportaciones de desechos de PCB del Canadá durante este período de cambios jurídicos en los Estados Unidos. La legislación de los Estados Unidos no permite actualmente dichas exportaciones, como tampoco las permitía antes.

S.D. Myers, el inversionista, es una empresa de eliminación de desechos peligrosos de los Estados Unidos con oficinas en el Canadá, pero todos sus establecimientos de desecho están ubicados en los Estados Unidos. S.D. Myers había sido una de las empresas detrás de las impugnaciones jurídicas contra el cierre de la frontera en los Estados Unidos, y había buscado otros criterios de observancia a través de diversos procesos

Derechos privados, problemas públicos

Una guía sobre
el controvertido
capítulo del TLCAN
referente a los
derechos de los
inversionistas

administrativos en ese país. La empresa intentaba exportar desechos de PCB del Canadá a sus establecimientos de desecho en los Estados Unidos.

El Tribunal observó dos hechos en particular. El entonces Ministro de Medio Ambiente del Canadá había declarado en el Parlamento que la posición del Gobierno era que el manejo de los PCB deben hacerlo en Canadá los canadienses (párrafo 116, Laudo parcial). Esto se enunció para mostrar que la medida tenía fines proteccionistas. El segundo hecho era que funcionarios de Environment Canada (organismo gubernamental encargado del medio ambiente en Canadá) señalaron en instrucciones escritas que la exportación de desechos de PCB a los Estados Unidos no era intrínsecamente irracional desde un punto de vista ambiental, y podía tener beneficios ambientales.

Las reclamaciones del inversionista

S.D. Myers sostuvo que la denegación por el Canadá de la posibilidad de exportar desechos de PCB a los Estados Unidos durante el lapso cuando las medidas judiciales en los Estados Unidos lo habrían permitido, era un incumplimiento del Capítulo XI por parte del Canadá. La empresa reclamó 20 millones de dólares por ganancias y oportunidades perdidas. La reclamación se basó en lo siguiente:

- ***Artículo 1102: Trato nacional.*** S.D. Myers afirmó que el Canadá había cerrado la frontera para favorecer a eliminadores de desechos de PCB canadienses. También sostiene que el Canadá actuó a pesar de saber que el inversionista era una compañía de los Estados Unidos y que su negocio sería dañado más que otros. A ninguna compañía canadiense se le permitía exportar desechos de PCB en ese momento.
- ***Artículo 1105: Nivel internacional mínimo de trato.*** S.D. Myers alegó que el trato no era ni justo ni equitativo, y constituía una denegación de justicia. Adujo igualmente que no se habían respetado sus garantías legales, y que se le había negado una oportunidad para llevar a cabo consultas acerca de la reglamentación.
- ***Requisitos del Artículo 1106: Requisitos de desempeño.*** S.D. Myers prosiguió el alegato en torno al caso *Ethyl*, según el cual cualquier restricción o prohibición comercial puede constituir un incumplimiento de la obligación relativa a requisitos de desempeño, en cuanto a que obliga a un inversionista a utilizar bienes o servicios nacionales.
- ***Artículo 1110: Expropiación.*** S.D. Myers alegó que la reglamentación, al privarle de oportunidades comerciales

de exportar desechos de PCB del Canadá a sus establecimientos en los Estados Unidos, constituía una medida equivalente a la expropiación, que exigía indemnización total.

Canadá planteó dos cuestiones jurídicas importantes adicionales en su defensa. Primero, alegó que el simple hecho de abrir oficinas en el Canadá no instituye a S.D. Myers como un inversionista con una inversión. Esta fue la primera vez que una instancia arbitral tuvo que decidir sobre lo que constituye un inversionista o una inversión conforme al Capítulo XI. Segundo, el Canadá también planteó cuestiones relativas al cumplimiento por las Partes del TLCAN de dos acuerdos internacionales sobre el movimiento transfronterizo de desechos peligrosos.⁷ El cumplimiento de estos convenios es obligatorio según sus propios términos, y es también una obligación reconocida en el Artículo 104 del TLCAN.

El “Laudo parcial” en lo concerniente al fondo del litigio

El Tribunal que examinó el caso *S.D. Myers* llamó a su decisión un Laudo parcial porque abordó sólo el fondo del litigio, dejando la sentencia por daños para una segunda fase. El Tribunal dictaminó a favor de S.D. Myers en cuanto a los alegatos relacionados con el trato nacional y con el nivel internacional mínimo de trato, pero no en lo que hace a los alegatos en materia de requisitos de desempeño y de expropiación.

¿Qué es una inversión?

El Tribunal hizo constar claramente que lo que constituía una inversión era un concepto amplio. Incluía participar en una empresa conjunta, ser una sucursal del inversionista, hacer un préstamo a una compañía afiliada y, muy importante, la participación en el mercado canadiense constituía una inversión (párrafo 232). Esto representa una lectura amplia de las definiciones comprendidas en el Capítulo XI, Artículo 1139.

Trato nacional

- El Tribunal consideró expresamente las disposiciones sobre trato nacional establecidas en el Artículo 1102 a la luz de otras disposiciones del TLCAN. Estas últimas incluían obligaciones de evitar la creación de distorsiones al comercio, y de utilizar las medidas menos restrictivas del comercio, lo mismo que el derecho que tienen los Estados de fijar sus niveles de protección medioambiental (Por ejemplo, párrafo 247). El Artículo 1102 no brinda ninguna base textual evidente para esto.

Derechos privados, problemas públicos

Una guía sobre el controvertido capítulo del TLCAN referente a los derechos de los inversionistas

- Al definir la importante expresión que dice “en circunstancias similares”, el Tribunal incluyó la necesidad de evitar distorsiones al comercio como un factor a considerar, trayendo de ese modo nuevamente otros factores a un proceso comparativo.
- El único criterio evidente que aplicó fue si el inversionista realizaba actividades en el mismo sector que los inversionistas canadienses con los cuales se lo comparaba, incluido el “sector económico” o el “sector empresarial” (párrafo 250).
- El Tribunal también dijo que la decisión sobre si dos compañías están “en circunstancias similares” debe tomarse teniendo en cuenta las circunstancias que justificarían los reglamentos del gobierno en virtud de los cuales son tratados de manera diferente en aras de la protección del interés público. El Tribunal no definió cuáles podrían ser estas circunstancias (párrafo 250).
- Al examinar lo que sería un trato diferente, el Tribunal no comparó el trato otorgado a la actividad del agente comercial canadiense del inversionista con el otorgado a las actividades de agentes comerciales nacionales. Más bien, comparó la actividad integral del inversionista, incluida la operación del agente comercial canadiense del inversionista y sus establecimientos de desecho con sede en los Estados Unidos, con los establecimientos de desecho ubicados en el Canadá.
- El Tribunal examinó criterios para determinar si el efecto concreto de una medida era crear un beneficio desproporcionado para las empresas nacionales; o si en un sentido aparente favorecía a los nacionales con respecto a los extranjeros.
- El Tribunal llegó a la conclusión de que la medida tenía propósitos discriminatorios.

Nivel internacional mínimo de trato

- El Artículo 1105 establece una norma sobre el límite mínimo de trato debajo del cual no puede descender el trato otorgado a los inversionistas extranjeros, incluso si un gobierno no actúa de una manera discriminatoria (párrafo 259).
- El Tribunal consideró que hay incumplimiento del Artículo 1105 sólo si se logra demostrar que un inversionista ha sido tratado de una manera tan injusta o arbitraria, que es inadmisibles en relación con el nivel internacional establecido. Esa determinación debe hacerse atendiendo a

la gran deferencia con la cual el derecho internacional considera por lo general el derecho de las autoridades nacionales a reglamentar asuntos al interior de sus fronteras (párrafo 263).

- El incumplimiento de las obligaciones relativas al trato nacional constituyó también en este caso una violación del Artículo 1105 (párrafo 266).

Requisitos de desempeño

- El Tribunal declaró que debía examinar la sustancia de una medida, no su forma (párrafo 273). Esto significaba que una medida comercial podía también quedar comprendida en el ámbito de aplicación de esta prohibición.
- Para que las prohibiciones sobre requisitos de desempeño sean aplicables a una medida, ésta debe estar comprendida en los párrafos específicos que enuncian las prohibiciones. En este caso la medida no lo estaba. (Una opinión minoritaria habría sostenido que sí lo estaba) (párrafo 277).

Expropiación

- El Tribunal declaró que las medidas reglamentarias tienen poca probabilidad de ser objeto legítimo de denuncia al amparo del Artículo 1110 del TLCAN, y que el conjunto general de precedentes no considera a las medidas reglamentarias como equivalentes de la expropiación (párrafo 281).
- Sin embargo, el Tribunal pasó a observar que un Tribunal debía examinar la sustancia de una medida y no sólo su forma, y que una reglamentación podía constituir una expropiación (párrafos 281, 283).
- El Tribunal declaró que una diferencia fundamental entre la expropiación y la reglamentación es que las expropiaciones tienden a implicar la privación de los derechos de propiedad; los reglamentos implican una interferencia menor (párrafo 282). Posteriormente, el Tribunal se refirió a otros factores, tales como si el país anfitrión recaudaba algún beneficio, o si había una transferencia de propiedad o un beneficio indirecto para otros.
- El Tribunal también declaró que la finalidad y el efecto de una medida tenían que considerarse; de este modo, el Tribunal creó, al menos en cierto grado, un enfoque alternativo respecto del que se viera en el caso *Metalclad* (párrafo 285).

Derechos privados, problemas públicos

Una guía sobre el controvertido capítulo del TLCAN referente a los derechos de los inversionistas

- En último término, el Tribunal dictaminó que no podía proceder ninguna reclamación de expropiación en este caso, dado que la medida en cuestión era sólo temporal y sirvió para retardar, mas no para eliminar, una oportunidad de hacer negocios (párrafo 284).

La Interpretación de convenios internacionales sobre medio ambiente

- El Tribunal dictaminó que el lenguaje utilizado habitualmente por los ambientalistas a favor de la primacía de los convenios internacionales sobre medio ambiente enumerados en el TLCAN respecto de las reglas comerciales del Tratado, creaba una condición que exige la aplicación, entre otras cosas, del criterio sobre restricciones mínimas al comercio y otros principios del derecho mercantil (párrafo 215).
- En cuanto a la interpretación y el alcance del *Convenio de Basilea sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de los Desechos Peligrosos y su Eliminación, y del Acuerdo entre el Gobierno del Canadá y el Gobierno de Estados Unidos de América en lo Relativo al Movimiento Transfronterizo de Desechos Peligrosos*, ambos cubiertos por el Artículo 104 del TLCAN, el Tribunal los interpretó, en particular el convenio bilateral, trasponiendo sobre éstos los principios de libre comercio del TLCAN (párrafos 205 a 216).
- El Tribunal llegó a la conclusión que el Acuerdo entre el Canadá y los Estados Unidos no autoriza a ninguna de estas dos partes a usar su legislación nacional para prohibir la importación o la exportación de desechos peligrosos, a pesar de una cláusula que establece que las disposiciones del acuerdo están sujetas a la legislación nacional (párrafo 208).

La solicitud de examen judicial

El 8 de febrero de 2001, el Canadá presentó una notificación de solicitud de examen judicial ante el Tribunal Federal del Canadá, mediante la cual buscaba la anulación del laudo en todo o en parte.⁸ Los alegatos de principio para esto son los siguientes:

- La controversia estaba fuera del ámbito de aplicación del Capítulo XI, al haber constatado que S.D. Myers era un inversionista de conformidad con el Capítulo XI;
- La interpretación y aplicación de la condición referente a “en circunstancias similares” estaba fuera del alcance del Capítulo XI, al haber incluido las actividades del inversionista en su país de origen dentro de la esfera de la comparación;

- El laudo entra en conflicto con el orden público del Canadá, al haber dictaminado que el Canadá debió haber permitido las exportaciones de los desechos de PCB, cuando con ello incumpliría sus obligaciones internacionales.
- El laudo erró al equiparar un incumplimiento del trato nacional con un incumplimiento de la obligación relativa al nivel internacional mínimo de trato.

La atención de la solicitud aún no se había programado al momento de escribir este libro. Sin embargo, una cuestión secundaria interesante había surgido tocante a si el Canadá podía introducir el expediente del arbitraje en el expediente del Tribunal Federal, lo cual lo haría público. S.D. Myers había objetado la divulgación del expediente en el caso de que el mismo fuera presentado ante el Tribunal Federal del Canadá, arguyendo que la orden de confidencialidad del Tribunal y las reglas de privacidad del proceso de arbitraje debían seguir aplicándose. Esta cuestión estaba aún indecisa al momento de ir a la imprenta este libro.

¿Cuáles son las repercusiones del caso?

El caso *S.D. Myers* fue el primero en el marco del Capítulo XI en que se llegara a una decisión concerniente a una nueva medida ambiental adoptada por un gobierno. Tiene algunos elementos muy preocupantes, así como algunos positivos.

El amplio alcance conferido por el Tribunal a disposiciones clave del Capítulo XI, engendrado en gran parte por la infusión que se hizo de los principios del derecho mercantil en el significado de trato nacional y del concepto de “en circunstancias similares”, plantea inquietudes legítimas acerca de cuán amplio es el Capítulo XI en realidad. Tal ampliación es una cuestión sin precedentes en la legislación de la inversión o del comercio, hasta donde llegan los actuales conocimientos del autor. Esta expansión de un requisito comparativo sencillo, resultante de la consideración de principios del derecho mercantil no contemplados en la disposición en cuestión, da lugar a incertidumbres importantes en cuanto al alcance y significado de esta disposición.

Sin embargo, el reconocimiento de que los factores ambientales pueden proporcionar una base legítima para concluir que las circunstancias son “diferentes” es importante, y debería ser útil para abordar esta cuestión en casos posteriores. Este quizá sea el elemento de equilibrio más importante que exista en el más largo plazo entre las cuestiones relativas a la inversión y las de medio ambiente.

Derechos privados, problemas públicos

Una guía sobre
el controvertido
capítulo del TLCAN
referente a los
derechos de los
inversionistas

Las resoluciones en lo tocante a requisitos de desempeño y a expropiación muestran, en apariencia, significativamente más sensibilidad a las cuestiones ambientales. Sin embargo, la manera final en que se hizo uso de cada uno de estos alegatos llevó a que, a fin de cuentas, se les asignara un papel limitado, en gran parte debido a la naturaleza temporal de la medida. Por consiguiente, estos aspectos de la decisión quedan sujetos a verdaderas ambigüedades, y su futura aplicación es incierta.

Uno de los elementos más perturbadores del juicio, desde una perspectiva ambiental, es la incorporación retroactiva de principios comerciales en la interpretación de los dos convenios ambientales internacionales referidos, ambos relativos al movimiento tranfronterizo de desechos peligrosos. Primero, es jurídicamente impropio interpretar dos convenios anteriores, negociados ambos en contextos muy diferentes, uno de ellos en un muy diferente nivel, infundir en ellos principios del derecho mercantil acordados con posterioridad.

Segundo, es claramente incorrecto el dictamen según el cual el Acuerdo entre el Canadá y los Estados Unidos en lo relativo al Movimiento Transfronterizo de los Desechos Peligrosos no permite a una parte prohibir la exportación o importación de tales desechos. Aquí uno solo necesita contrastar la cláusula de supremacía inequívoca a favor de la legislación nacional estipulada en ese convenio, la cual el Tribunal cita directamente, con la sumamente condicionada, denominada cláusula de supremacía, contemplada en el Artículo 104 del TLCAN.⁹ La interpretación del Tribunal del Artículo 104 propiamente dicho debe también esclarecer la cuestión relativa al alcance y a la intención reales de este Artículo, y desengañar las expectativas tempranas fomentadas por algunos en el sentido de que esta disposición proporcionaba una protección adicional significativa frente a la aplicación del derecho mercantil en la ejecución de los convenios ambientales internacionales enumerados. Dada la aplicación general de las excepciones relativas al medio ambiente contempladas en el Artículo XX del GATT (el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio) mediante la referencia al mismo en el Capítulo XX del TLCAN, la interpretación del Tribunal en este caso pone en entredicho el efecto real del Artículo 104.

7.

Sun Belt Water Inc. contra Canadá

Fechas clave:

Notificación de la intención de someter la reclamación a arbitraje: 27 de noviembre de 1998

Segunda “Notificación de la reclamación y solicitud de arbitraje”: 13 de octubre de 1999

Notificación del sometimiento de la reclamación al arbitraje: No presentada aún.

Los hechos

Según la notificación de la intención de someter una reclamación al arbitraje que presentara la empresa Sun Belt, este caso potencial trata de una negativa, en 1991, de la provincia canadiense de British Columbia para extender una licencia de exportación de agua, y de la suspensión posterior de una preexistente licencia de exportación de agua preexistente que Sun Belt tenía por ser parte de una empresa conjunta con participación canadiense y estadounidense. Estas licencias eran para la exportación a granel de agua dulce de los ríos de British Columbia, por medio de buques cisterna, a los Estados Unidos. En 1991, el gobierno de British Columbia impuso una moratoria sobre todas las licencias nuevas o prorrogadas de este tipo, moratoria que posteriormente se hiciera permanente en British Columbia. En 1996, British Columbia dirimió una reclamación con el socio empresarial canadiense, pero no con el socio de los Estados Unidos, la empresa Sun Belt.

En su notificación de la intención de someter su reclamación a arbitraje, Sun Belt exigía 220 millones de dólares por daños. En la segunda notificación de la reclamación y en la solicitud de arbitraje, esta cantidad se incrementó a algo entre 1.5 y 10 mil millones de dólares, incluyendo pérdidas de ganancias a largo plazo.

Las reclamaciones del inversionista

En la Notificación de la intención de acudir a arbitraje, la reclamación se limitaba al presuntamente diferente trato otorgado al inversionista canadiense en comparación con Sun Belt. En la “Notificación de solicitud” posterior, Sun Belt cuestiona el derecho subyacente de la provincia de British Columbia para retirar la licencia de exportación de agua y para prohibir toda exportación de agua. Según estos dos documentos, las reclamaciones parecen incluir:

Derechos privados, problemas públicos

Una guía sobre el controvertido capítulo del TLCAN referente a los derechos de los inversionistas

- *Artículo 1102: Trato nacional.* Sun Belt reclama que la diferencia de trato después de que la licencia fue retirada demuestra un trato preferencial para el socio nacional canadiense.
- *Artículo 1105: Nivel internacional mínimo de trato.* Sun Belt alega que algunos procedimientos diferentes que presuntamente tuvieron lugar entre ella y el gobierno de British Columbia, constituyen un incumplimiento del nivel internacional mínimo de trato para un inversionista. Esto incluye la falta de respeto de sus garantías legales y la falta de trato justo y equitativo.
- *Artículo 1110: Expropiación.* Sun Belt alega que el retiro de la licencia y la imposición de la prohibición de exportación de agua dulce era una expropiación de conformidad con el Capítulo XI.

¿Cuáles son las repercusiones del caso?

Dado que el caso no ha proseguido formalmente a la etapa de arbitraje, queda en suspenso. Si se convierte o no en un caso bloqueado con el tiempo podrá ser un factor a considerar si llega a iniciarse de hecho en un proceso de arbitraje.

El alcance original del caso planteaba una comparación tradicional entre el trato otorgado a un inversionista nacional y a uno extranjero. El alcance ampliado plantea preguntas en cuanto a la capacidad de un estado, provincia o país para revisar y modificar políticas de conservación de los recursos naturales de importancia fundamental. También plantea cuestiones relativas a la definición del agua dulce en comparación con el agua envasada, de conformidad con el TLCAN. Una de las garantías básicas proporcionadas por las Partes del TLCAN cuando se firmó el Tratado, fue que el mismo no repercutía en la gestión nacional del agua dulce. Dado que está en suspenso, es difícil evaluar si este caso tendrá alguna repercusión real sobre la legislación y cuáles serían tales repercusiones. Por el momento, el mismo ha impulsado a actuar a muchos grupos preocupados por el alcance potencial del TLCAN en su totalidad, y del Capítulo XI en particular.

8.

Pope y Talbot Inc. contra Canadá

Fechas clave:

Notificación de la intención de someter la reclamación a arbitraje:	24 de diciembre de 1998
Notificación del sometimiento de la reclamación al arbitraje:	25 de marzo de 1999
Laudo provisorio:	26 de junio de 2000
El caso prosigue con el examen de dos cuestiones pendientes	

Los hechos

Este caso surge de un complicado conjunto de circunstancias en torno a diez años de impugnaciones comerciales por parte de los Estados Unidos contra las exportaciones de madera aserrada de coníferas canadienses. Estas impugnaciones con el tiempo condujeron a la firma del Convenio sobre Madera de Coníferas entre el Canadá y los Estados Unidos (*Softwood Lumber Agreement*, SLA) el cual impone cuotas a las exportaciones de madera de coníferas canadienses. Pope y Talbot (P&T), una empresa de los Estados Unidos con una filial en British Columbia, reclamó que sus cuotas de exportación fueron reducidas desproporcionadamente en comparación con otros exportadores, repercutiendo ello sobre sus ganancias. (De conformidad con las cuotas, una cierta cantidad de madera aserrada podía ser exportada libre de impuestos. Más allá de ese límite, se cobraba un impuesto).

El SLA abarcaba las exportaciones de cuatro provincias en Canadá (British Columbia, Alberta, Ontario y Quebec). La empresa demandante argumentó que esto constituía una discriminación, dado que el convenio no abarcaba a los productores en todas las provincias. Alegó además haber recibido trato menos favorable que otras empresas ubicadas en British Columbia.

Las reclamaciones del inversionista

El inversionista alegó cuatro violaciones diferentes del Capítulo XI:

- **Artículo 1102: Trato nacional:** P&T sostuvo que había sido tratada de manera diferente que los productores ubicados tanto en las provincias que no tenían asignada una cuota, como dentro de la provincia de British Columbia, los cuales sí tenían una cuota. La empresa afirmó no haber recibido el mejor trato existente en el Canadá para los productores nacionales, incluso en las provincias sin cuotas.

Derechos privados, problemas públicos

Una guía sobre el controvertido capítulo del TLCAN referente a los derechos de los inversionistas

- **Artículo 1105: Nivel internacional mínimo de trato.** P&T alegó que la manera “sigilosa” en que las cuotas se aplicaron violaba su derecho a ser oído con respecto a la cuota, a recibir explicaciones acerca de las justificaciones de las cuotas, y a interponer una apelación contra su cuota.
- **Artículo 1106: Requisitos de desempeño.** P&T alegó que la asignación de cuotas en algunas provincias pero no en otras significa que las mismas crean una preferencia para la exportación de madera de las provincias sin cuotas, lo cual actúa como un requisito de desempeño. Más aún, alegó que la cuota constituía un límite máximo de exportación admisible.
- **Artículo 1110: Expropiación.** P&T adujo que la pérdida de la capacidad de vender a su mercado tradicional venía a ser lo mismo que una expropiación, o que una medida “equivalente a” la expropiación, de esa parte de su negocio.

El laudo provisorio

El Tribunal dictaminó a favor del Canadá sólo en lo referente a las obligaciones sobre expropiación y sobre requisitos de desempeño, aunque por razones interesantes. No ha dictaminado aún sobre las cuestiones relativas al nivel internacional mínimo de trato y al trato nacional, bajo el argumento de que deben producirse pruebas adicionales y de que ambas cuestiones deben considerarse juntas. Con esto último, el Tribunal complementa la tesis expuesta en otros casos en cuanto a la relación entre estas dos obligaciones. El hecho de que el fallo resuelve dos de las cuatro reclamaciones hace que el mismo se haya dado en llamar Laudo provisorio.

Requisitos de desempeño

- El Artículo 1106 ha de ser interpretado estrictamente como abarcando solamente las medidas especificadas dentro de sus siete prohibiciones enumeradas (Laudo provisorio, párrafo 70).
- Estas prohibiciones comprenden a toda medida que imponga o que exija el cumplimiento de cualquier nivel o porcentaje dado de exportaciones (párrafo 74). (Nota: Este razonamiento podría igualmente aplicarse a los niveles de importaciones de insumos importados para la producción de bienes).
- Sin embargo, en este caso no había ninguna imposición o exigencia del cumplimiento de ningún nivel específico de exportaciones. El régimen imponía diferentes niveles arancelarios a diferentes niveles de exportación, más no imponía límites a la cantidad de las exportaciones. Este

esquema arancelario no estaba incluido en el ámbito de aplicación del Artículo 1106 (párrafo 75).

- Mientras que el régimen impedía un incremento de las exportaciones, ello no equivalía a una condición o límite (párrafo 75).

¿Qué es una inversión?

- El acceso al mercado de los Estados Unidos para un inversionista extranjero es una cuestión que tiene que ver con la propiedad, sujeta a protección de conformidad con el Artículo 1110 sobre expropiación (párrafo 96).
- La protección se extiende a la actividad económica derivada de la inversión. La injerencia en esa actividad económica tiene un efecto sobre la propiedad que constituye la inversión. En este sentido, los verdaderos intereses en juego son la base de los activos de la inversión, cuyo valor en este caso dependía en gran medida de su actividad de exportación (párrafo 98).

Expropiación

- El Artículo 1110 abarca la reglamentación no discriminatoria que, se podría decir, queda comprendida en un ejercicio de los denominados derechos regulatorios de un Estado (párrafo 96).
- Las reglamentaciones pueden usarse de una manera que constituiría una expropiación sigilosa. Una proporción considerable de expropiación podría llevarse a cabo mediante la reglamentación si hubiera una excepción general (párrafo 99).
- El empleo de las palabras “medida equivalente a la expropiación” no extiende el ámbito de lo que el derecho internacional considera normalmente como abarcado por el concepto de la expropiación, sin importar la magnitud o la gravedad del efecto de la medida (párrafo 96, 104).
- Sin embargo, el Tribunal concluyó que la interferencia en las actividades empresariales en este caso no era lo bastante sustancial como para caracterizarse como expropiación (párrafo 96).
- El criterio a ser aplicado para decidir si hay o no expropiación es el grado de interferencia en la inversión.
- La diferencia entre los efectos de la reglamentación y el confiscación no es siempre clara, pero puede residir en el grado de interferencia en el interés de la propiedad (Nota número 73 al pie de página). El criterio consiste en si esa interferencia es suficientemente restrictiva como para dar

Derechos privados, problemas públicos

Una guía sobre
el controvertido
capítulo del TLCAN
referente a los
derechos de los
inversionistas

fundamento a una conclusión de que la propiedad ha sido “quitada” al dueño (párrafo 102).

- Con relación a las referencias hechas por los Estados Unidos, el Tribunal señala que la expropiación habla de una medida que es confiscatoria, o que impide, interfiere de manera poco razonable, o retarda excesivamente el aprovechamiento eficaz de la propiedad de un extranjero (párrafo 102). No hubo aquí ningún alegato en materia de nacionalización o de un régimen confiscatorio, al no haberse dado interferencia en la propiedad, el manejo diario del negocio, los recaudos de las ventas, etc. (párrafo 100).
- El único despojo que hubo aquí es la reducción en la capacidad de exportar la madera a los Estados Unidos. Sin embargo, P&T sigue exportando cantidades considerables y obteniendo beneficios sustanciales de sus ventas en curso a los Estados Unidos (párrafo 101).

¿Cuáles son las repercusiones del caso?

La consideración del acceso a los mercados extranjeros como una parte de una inversión específicamente protegida amplía la idea de la protección de los inversionistas extranjeros para incluir en ella todas sus relaciones comerciales. Esto, a su vez, contribuye a una ampliación de los derechos de las empresas privadas de recurrir al proceso de solución de controversias inversionista-Estado para impugnar las medidas *comerciales* que tengan una incidencia sobre su negocio, un área de impugnación anteriormente reservada sólo a los Estados.

El dictamen en lo referente a requisitos de desempeño muestra también el potencial para arrastrar un gran número de medidas a ser abarcadas por esa disposición. En efecto, el dictamen implica que cualquier medida que tenga una incidencia sobre los niveles de exportación, y por extensión lógica sobre las importaciones de insumos para la producción de bienes, sería abarcada, a condición de que pueda comprobarse la imposición de un requisito preciso.

El fallo en materia de expropiación es perturbador, en virtud del singular énfasis que pone en la importancia de la incidencia de la medida sobre la inversión, único criterio aparentemente aplicado. El único factor limitante de esto podría ser la enumeración específica de lo que esta medida no era, en particular que no era una confiscación de la propiedad o de la gestión de los negocios propiamente dichas.

9.

Methanex Inc. contra Estados Unidos

Fechas clave:

Notificación de la intención de someter la reclamación a arbitraje:	15 de junio de 1999
Notificación del sometimiento de la reclamación al arbitraje:	3 de diciembre de 1999
Proyecto de reclamación enmendada:	12 de febrero de 2001
Audiencia sobre el Proyecto de reclamación enmendada y sobre las objeciones de los Estados Unidos a los procedimientos concernientes a la jurisdicción:	(previsto para junio de 2001)
Solicitud del estatus de “ <i>Amicus</i> ”:	26 de agosto de 2000
Decisión del Tribunal sobre su competencia para aceptar presentaciones por parte de <i>Amicus</i> :	15 de enero de 2001

Los hechos

Methanex es una empresa canadiense que elabora metanol. El metanol es uno de los componentes constitutivos del Metil terbutil éter (MTBE), un aditivo para la gasolina.

Aproximadamente 40 por ciento de las ventas de Methanex en los Estados Unidos se usan para hacer el MTBE. En marzo de 1999, después de una amplia consulta pública y de un extenso proceso de examen dirigido por académicos universitarios, el gobierno de California expidió una orden que prohibiría el MTBE en toda la gasolina vendida en ese estado a partir de 31 de diciembre de 2002. Methanex ha alegado que la prohibición lo perjudicaría, lo mismo que a otros productores del MTBE, cuando en realidad el problema son las fugas en los tanques de almacenamiento de gasolina subterráneos. Según Methanex, el MTBE es uno de los signos de que hay gasolina en las aguas subterráneas, pero el problema real por atender son los tanques con fugas de gasolina. Varios otros estados de los Estados Unidos han seguido ahora el ejemplo de California.

Las reclamaciones del inversionista

Methanex reclama a Estados Unidos aproximadamente mil millones de dólares de los Estados Unidos por daños. En febrero de 2001, Methanex solicitó al Tribunal permiso para enmendar sus alegatos. (El proyecto de reclamación enmendada sigue siendo un proyecto hasta que el Tribunal lo acepte). La descripción que se hace a continuación indica lo

Derechos privados, problemas públicos

Una guía sobre
el controvertido
capítulo del TLCAN
referente a los
derechos de los
inversionistas

que Methanex pretende incluir en sus alegatos mediante esta enmienda. Las cuestiones relativas al derecho a enmendar y otras objeciones referentes a la jurisdicción serían tratadas en una audiencia que estaba programada para junio de 2001.

- **Artículo 1102: *Trato nacional.*** Esto forma parte de la reclamación, a partir de afirmaciones de que Archer Daniels-Midland (ADM) (un competidor que fabrica Etanol, producto que supuestamente se beneficia de la prohibición del MTBE) había contribuido a la campaña del actual Gobernador de California, en un exitoso esfuerzo de cabildeo para lograr la prohibición del MTBE, lo que dio lugar a un proceso y un resultado discriminatorios. Sin embargo, Methanex declara específicamente que no está afirmando que ADM o el Gobernador hayan de ningún modo infringido la legislación de los Estados Unidos, sino que su juicio fue injusto y tendencioso debido a las contribuciones aportadas a su campaña política.
- **Artículo 1105: *Nivel internacional mínimo de trato.*** Methanex alega que las medidas en torno a la prohibición del MTBE resultaron de un proceso viciado en el que no se respetaron sus garantías legales ni su derecho a ser oído, lo que condujo a un fracaso en la consideración de alternativas a la prohibición del MTBE. En el proyecto de reclamación enmendada, se agregan dos argumentos a los alegatos que sostiene que hubo una violación de esta obligación: (1) los mismos alegatos de que el cabildeo injusto y nada transparente fue un factor determinante en la decisión; y (2) que la medida era una restricción encubierta del comercio y no era la menos restrictiva del comercio disponible. Estos últimos alegatos se derivan directamente del derecho mercantil.
- **Artículo 110: *Expropiación.*** Methanex sostiene que las medidas aplicadas para prohibir el MTBE van mucho más allá de lo que era necesario para proteger el interés público, no logran considerar los intereses legítimos de Methanex, y resultaron de un fracaso en hacer cumplir otras leyes ambientales. Estas deficiencias condujeron a una interferencia sustancial y al despojo de su empresa, y por lo tanto a una violación del Artículo 1110.

El proyecto de reclamación enmendada plantea argumentos específicos en el sentido de que los reglamentos ambientales a menudo se emplean como barreras encubiertas al comercio, y se promueven para fines de competitividad. Dos casos anteriores son utilizados como parte de los argumentos a este respecto; se trata de *Ethyl contra Canadá* y *S.D. Myers contra Canadá*.

En adición a estas cuestiones, la presentación del caso Methanex también pone de manifiesto otros dos asuntos.

La Presentación de Methanex en calidad de ciudadano al amparo del Artículo 14 del Acuerdo de Cooperación Ambiental de América del Norte.

Como parte de su estrategia jurídica, Methanex presentó un alegato formal al amparo del Artículo 14 del *Acuerdo de Cooperación Ambiental de América del Norte (ACAAN)*, solicitando al Secretariado de la Comisión para la Cooperación Ambiental que elaborara un registro objetivo sobre si California estaba haciendo cumplir eficazmente sus leyes ambientales para combatir las fugas en los tanques de gasolina. Methanex alegó que si esta legislación se hiciera respetar, lo mismo que las leyes sobre el desempeño de pequeños motores a dos tiempos, luego no habría ninguna necesidad de regular el MTBE. En enero, un segundo mezclador del MTBE canadiense inició un segundo alegato sobre esta misma cuestión.¹⁰ Ambos alegatos fueron examinados por el Secretariado para ver si satisfacían los criterios iniciales para su aceptación, después de lo cual el Secretariado solicitó al Gobierno de los Estados Unidos una respuesta, conforme a su procedimiento para atender los alegatos. Sin embargo, en virtud de la aplicación de los Artículos 14(3) y 45(3) del ACAAN, ningún registro objetivo puede prepararse en este caso, dado que el asunto en cuestión está considerándose en un proceso jurídico internacional y que tal duplicación no se permite en el proceso de presentación de alegatos. Por consiguiente, ambos alegatos fueron anulados. Aún así, este esfuerzo indica cómo las empresas pueden usar los mecanismos internacionales para promover sus propios intereses.

La solicitud del estatus de “Amicus”¹¹

El caso *Methanex* ha por lo menos dejado ya una huella significativa en el panorama del Capítulo XI. En agosto de 2000, el Instituto Internacional para el Desarrollo Sustentable, una organización no gubernamental (ONG) canadiense, seguido en septiembre de 2000 por la ONG estadounidense *EarthJustice*, petitionó al Tribunal encargado de examinar este caso el otorgamiento del estatus de *amicus curiae*.¹² La base fundamental para esta petición fue la competencia inherente del panel para administrar su propio proceso.

Methanex se opuso por escrito a la petición, mientras que Estados Unidos solicitó tiempo para presentar su posición al respecto. En una reunión de procedimiento celebrada el 7 de

Derechos privados, problemas públicos

Una guía sobre
el controvertido
capítulo del TLCAN
referente a los
derechos de los
inversionistas

septiembre de 2000, el Tribunal pidió a los dos grupos solicitantes complementar sus presentaciones, lo mismo que a las partes en el litigio, y a México y al Canadá como Partes del TLCAN (conforme al Artículo 1128 de TLCAN). Durante todo este proceso, Methanex siguió oponiéndose a toda participación de un *amicus*, en aras principalmente de que ello sería un incumplimiento de la privacidad y la confidencialidad del proceso de arbitraje. Methanex también alegó que el Tribunal no tenía ninguna jurisdicción para considerar la petición o cualquier presentación propiamente dicha. México apoyó a Methanex en su oposición a la participación de un *amicus*. Sin embargo, tanto los Estados Unidos, mediante amplias presentaciones, como el Canadá, en una presentación breve, apoyaron las peticiones y la competencia del Tribunal para aceptar al menos las memorias de un *amicus*.

El Tribunal dictó su fallo sobre esta cuestión el 15 de enero de 2001.¹³ Dictaminó inequívocamente a favor de tener la competencia para aceptar las memorias de *amicus*, apoyando de ese modo las peticiones de las ONG al respecto. Para apoyar su decisión en el sentido de que, conforme al Artículo 15(1) de las Reglas de Arbitraje de CNUDMI, contaba con amplia discreción en lo que concierne a la conducción de este arbitraje, el Tribunal se basó principalmente en el hecho de que ni las Reglas de Arbitraje de CNUDMI ni el Capítulo XI del TLCAN contienen disposiciones específicas referentes al posible papel de *amici*.¹⁴

Al tiempo que dictaminó a favor de los solicitantes respecto del principio jurídico relativo a la posibilidad de hacer presentaciones escritas, el Tribunal rechazó la capacidad para permitir la presentación de argumentos orales por *amici* en virtud del desacuerdo de las partes litigantes. Este aspecto del fallo se basó en una disposición explícita de las Reglas de Arbitraje que requiere que las audiencias se celebren en privado, a menos que las partes decidan lo contrario.¹⁵

Finalmente, el Tribunal no emitió una orden para la participación de *amici* en su decisión de enero. Más bien, después de señalar que era “deseable” permitir tal participación, declaró que una orden final era prematura a la luz de (1) las cuestiones que se estaban tratando en relación con la competencia del Tribunal, y (2) su preocupación por escuchar la posición de las partes litigantes en cuanto a las modalidades de procedimiento apropiadas para permitir la intervención de un *amicus*. En consecuencia, la decisión puede considerarse como una decisión a favor de los solicitantes del estatus de *amicus*, decisión que, no obstante, todavía no se había aplicado.

¿Cuáles son las repercusiones del caso?

El caso *Methanex* fue el primero relacionado con el medio ambiente iniciado por un inversionista extranjero contra los Estados Unidos. Este ha dado lugar a una concientización mucho mayor del público acerca de las cuestiones que suscitan los inversionistas extranjeros al amparo del Capítulo XI. Esto también significa que las tres Partes del TLCAN han visto ahora las leyes o decisiones ambientales impugnadas en virtud del Capítulo XI.

De hecho, los argumentos presentados en la reclamación enmendada ponen en gran medida en entredicho el financiamiento político estadounidense. El reclamo también preanuncia un debate más directo sobre el papel que desempeñan los principios comerciales en el marco de las obligaciones establecidas en el Capítulo XI. En efecto, en el proyecto de reclamación enmendada se aduce que cualquier violación de un principio internacional protector del comercio o de la inversión constituye también una violación del requisito estipulado en el Artículo 1105 del TLCAN de que las medidas aplicadas por los Estados sean justas, equitativas y conformes al derecho internacional. Esta reclamación es asombrosamente amplia. En la misma, el asesor jurídico de *Methanex* invocó incluso principios extraídos de otras fuentes, como el Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio, de la OMC.¹⁶ Con ello, se busca de hecho ampliar el ámbito de aplicación del Capítulo XI para permitir que a través del proceso arbitral inversionista-Estado se pueda entablar juicio sobre cualquier cuestión referente al derecho mercantil.

Este enfoque amplio está respaldado por un asesoramiento jurídico basado en argumentos extraídos directamente de anteriores casos relacionados con el Capítulo XI, por ejemplo que el acceso a los mercados y la participación en el mercado son intereses protegidos. Esto pone de relieve el valor que ya se está atribuyendo a las decisiones anteriores en calidad precedentes.

Otra cuestión que está en tela de juicio es el alcance del Capítulo XI en relación con la legislación de los estados y provincias, que regula una cantidad significativa de cuestiones ambientales en los tres países del TLCAN. Los argumentos esgrimidos en el proyecto de reclamación enmendada reflejan el potencial sugerido por *Metalclad*, en el sentido de que una medida amparada por la legislación federal no puede ser refutada por otros niveles del gobierno.

10.

Ketchum Investments Inc., y Tysa Investments Inc. contra Canadá

Fechas clave:

Notificación de la intención de
someter la reclamación a arbitraje: 22 de diciembre 2000

Caso en curso

Los hechos

Ketchum y Tysa son dos empresas de los Estados Unidos con participación accionaria mayoritaria en una compañía forestal canadiense llamada West Fraser Mill, ubicada en la provincia de British Columbia. Este caso es esencialmente similar al caso *Pope y Talbot contra Canadá*, en lo que hace a la distribución de cuotas bajo el *Softwood Lumber Agreement* (SLA) (Convenio sobre Madera Aserrada de Coníferas) entre diferentes empresas ubicadas en el Canadá. Al igual que lo hicieron *Pope y Talbot*, estos inversionistas reclamaron que su cuota había sido disminuida de una manera que es discriminatoria, tanto en comparación con los productores en las provincias no abarcadas por el SLA, como con respecto a otros productores en British Columbia.

La reclamación del inversionista

Los inversionistas reclaman 30 millones de dólares por violaciones de cuatro obligaciones fundamentales del Capítulo XI:

- El Artículo 1102: Trato nacional
- El Artículo 1105: Nivel mínimo de trato
- El Artículo 1106: Requisitos de desempeño
- El Artículo 1110: Expropiación

La notificación de la intención de someter la reclamación al arbitraje no plantea bases jurídicas adicionales para estos reclamos.

¿Cuáles son las repercusiones del caso?

El principal motivo de preocupación pública en este caso deriva de la posibilidad de que los juicios entablados en el marco del Capítulo XI se resuelvan por “imitación” de otros. Este caso es una copia directa del caso *Pope y Talbot*, iniciado después de que el Tribunal pusiera de manifiesto su intención de seguir examinando los reclamos presentados en ese caso en virtud de las obligaciones relativas al trato nacional y al

nivel internacional mínimo de trato. Los inversionistas también mantuvieron los dos alegatos originales desechados en el caso *P&T*. En ausencia de diferencias factuales significativas, que no parecen estar presentes en el texto de la Notificación de intención, si se vuelven a presentar esos alegatos se pondrá de relieve la incertidumbre que puede suscitar entre los reguladores este proceso arbitral inversionista-Estado. Actualmente, al parecer, esta acción de los inversionistas abriría brecha en caso de que el caso *P&T* se resuelva favorablemente.

11.

Halchette Distribution contra México

Fechas clave:

Notificación de la intención de someter la reclamación a arbitraje: 1995
Notificación del sometimiento de la reclamación al arbitraje: No se dio curso

¿De que trataba este caso?

No hay información de dominio público sobre este caso. Lo que se sabe es que Halchette opera en el negocio relacionado con la concesión de los servicios de aeropuerto en México.

Las reclamaciones del inversionista

Se desconocen

¿Cuáles son las repercusiones del caso?

El caso no se continuó. Si acaso la presentación de la Notificación de la intención de someter el reclamo al arbitraje tenía algún fin estratégico u otra repercusión, ello no se sabe. Al parecer, jamás se ha hecho del dominio público ningún documento relacionado con este caso.

12.

Signa S.A. de C.V. contra Canadá

Fechas clave:

Notificación de la intención de someter la reclamación a arbitraje: 1995
Notificación del sometimiento de la reclamación al arbitraje: No se dio curso

¿De que trataba este caso?

No existe información de dominio público sobre este caso. Fuentes indirectas indican que Signa es una empresa

Derechos privados, problemas públicos

Una guía sobre
el controvertido
capítulo del TLCAN
referente a los
derechos de los
inversionistas

farmacéutica mexicana con relaciones comerciales y otras asociaciones de propiedad con una empresa farmacéutica canadiense. La Notificación de la intención de someter su reclamación al arbitraje coincidió con un debate reglamentario en el Canadá en torno a la aprobación de un antibiótico genérico.

¿Cuáles fueron los fundamentos jurídicos del caso?

Se desconocen

¿Cuáles son las repercusiones del caso?

El caso no se continuó. Si acaso la presentación de la Notificación de la intención de someter la reclamación al arbitraje tenía algún fin estratégico u otra repercusión, ello se desconoce. Al parecer, jamás se ha hecho del dominio público ningún documento relacionado con este caso.

13.

Marvin Ray Feldman Karpa (CEMSA) contra México

Fechas clave:

Notificación de la intención de someter la reclamación a arbitraje:	18 de febrero de 1998
Notificación del sometimiento de la reclamación al arbitraje:	27 de mayo de 1999
Decisión preliminar sobre la jurisdicción:	6 de diciembre de 2000
Caso en proceso	

Los hechos

Marvin Ray Feldman es un ciudadano de los Estados Unidos que dirige una empresa comercial internacional, CEMSA, con sede en México. Entre otros productos, Feldman exportaba cigarrillos de marca a precio rebajado de México a los Estados Unidos. Reclama que la aplicación de la devolución de impuestos internos en México por los cigarrillos exportados se hacía de forma inequitativa, y que él no había recibido los reembolsos como debería. También reclama que, en diciembre de 1997, México revirtió su política de devolución de impuestos internos, contrariando con ello la legislación y una decisión de la Corte Suprema de México, lo mismo que un arreglo en torno a reclamos previos sobre la base de futuros reembolsos. Con esto, afirma, se le impidió recibir el dinero del reembolso de impuestos internos que según alega se le debía, y se eliminó definitivamente su empresa.

**Derechos privados,
problemas públicos**

Una guía sobre
el controvertido
capítulo del TLCAN
referente a los
derechos de los
inversionistas

Derechos privados, problemas públicos

Una guía sobre
el controvertido
capítulo del TLCAN
referente a los
derechos de los
inversionistas

Las reclamaciones del inversionista

El inversionista reclama 50 millones de dólares por daños, con base en dos alegatos jurídicos:

- **Artículo 1105: Nivel internacional mínimo de trato.** Con base en la presunta falta de aplicación de una decisión judicial y del también presunto abandono de un arreglo, Marvin Ray Feldman sostiene que las acciones llevadas a cabo por México hasta cuando efectuara el cambio de política, habían sido diseñadas para evitarle exportar cigarrillos y constituían una denegación de justicia. Los alegatos incluyen también una denegación de justicia sistemática, orientada a conferir a los productores mexicanos un monopolio de las ventas a la exportación de cigarrillos.
- **Artículo 1110: Expropiación.** M. R. Feldman afirma que el retiro del reembolso tributario viene a ser lo mismo que una expropiación de su empresa y, por consiguiente, amerita indemnización. Aduce que las acciones de México son arbitrarias, discriminatorias y confiscatorias.

Decisión preliminar sobre la jurisdicción

No le fue posible al autor contar con esta decisión al momento de escribir este libro.

¿Cuáles son las repercusiones del caso?

La información con que se cuenta sugiere que este caso tiene poca probabilidad de tener una incidencia significativa sobre las cuestiones relativas al bienestar público, dado que parece centrarse en la acción discriminatoria. Sin embargo, esto no se puede confirmar por el momento.

14.

Loewen Group Inc, contra Estados Unidos

Fechas clave:

Notificación de la intención de someter la reclamación a arbitraje:	29 de julio de 1998
Notificación del sometimiento de la reclamación al arbitraje:	30 de octubre de 1998
Decisión sobre la jurisdicción:	5 de enero de 2001
Caso en proceso	

Los hechos

Loewen es una empresa funeraria canadiense que estableció ciertas relaciones comerciales con funerarias estadounidenses

y empresas asociadas, como parte de un importante programa de expansión. Un conjunto de contratos con la familia O'Keefe en Misisipi, valuados en 5 millones de dólares, condujo a un importante caso judicial que Loewen perdió. El juicio civil condujo a una sentencia contra Loewen de 500 millones de dólares de los Estados Unidos de indemnización por daños emocionales y punitivos. El componente de los daños punitivos fue 200 veces mayor que cualquier indemnización por daños punitivos jamás confirmada en una apelación. Sin embargo, los tribunales establecieron que, para poder apelar, Loewen debía pagar una fianza de 125% del monto total de la indemnización por daños, es decir 600 millones de dólares de los Estados Unidos, pero no lo podía hacer. Al final, llegó a un arreglo consistente en el pago de 175 millones de dólares de los Estados Unidos. Los inversionistas alegan que la conclusión del jurado y la indemnización por daños estaban motivadas por las referencias continuas a la propiedad extranjera de la empresa en las reuniones de Estados Unidos.

Las reclamaciones del inversionista

El caso se centra en el trato diferente que, por ser una empresa canadiense, Loewen alega haber recibido en el proceso judicial en comparación con el trato que habría recibido un demandado estadounidense. Loewen menciona numerosos ejemplos de supuesto favoritismo en este sentido. Sus alegatos se centran en tres obligaciones:

- **Artículo 1102: Trato nacional.** Loewen destaca en su reclamo los ejemplos de situaciones en que, según alega, se permitió que el proceso judicial se centrara en la nacionalidad del inversionista, y en que el tribunal aceptó argumentos “exacerbantes” en relación con el hecho de que el demandado era canadiense.
- **Artículo 1105: Nivel internacional mínimo de trato.** Utilizando las mismas cuestiones, Loewen reclama que las referencias continuas a su estatus de extranjero equivale a una denegación de justicia y a un trato injusto e inequitativo. También sostiene que la negativa a reducir la fianza exigida para la apelación, lo cual hacen a menudo los tribunales, equivalía a una denegación del derecho a apelar.
- **Artículo 1110: Expropiación.** Se alega que el resultado final, y la denegación de hecho del derecho a apelar, también equivalen a una expropiación ilegal de los activos de los inversionistas.

La decisión sobre la jurisdicción.

¿Qué es una medida?

El fundamento del argumento de los Estados Unidos en el sentido de que el Tribunal no tenía la jurisdicción para examinar el caso, fue que los actos de un tribunal no eran una “medida” en el marco del Capítulo XI. Los argumentos detallados derivaban de este fundamento. El Tribunal rechazó completamente este argumento. Dictaminó que:

- El término “medida” en el marco del Capítulo XI tenía un alcance amplio, incompatible con la exclusión de los actos y las decisiones judiciales (Decisión sobre la Jurisdicción, párrafo 40).
- Está ampliamente aceptado en el derecho internacional que los Estados son responsables de los actos de todos los entes que lo componen, incluido el poder judicial (párrafos 45 a 47, 70).

La interpretación del TLCAN

Sobre un punto de importancia interpretativa más amplia, el Tribunal sostuvo que:

- El TLCAN no se interpretará conforme al principio de que los tratados se interpretarán por deferencia a la soberanía de los Estados (párrafo 51).
- El texto, el contexto y la finalidad del Capítulo XI se combinan para apoyar una interpretación más bien liberal que restrictiva de las palabras “medidas adoptadas o mantenidas por una Parte”, es decir, una interpretación que brinda protección y seguridad al inversionista extranjero y su inversión: Véase el caso *Ethyl Corp. contra Canadá* — donde el Tribunal del TLCAN concluyó que el objetivo y la finalidad del Capítulo XI es crear procedimientos eficaces para la solución de las controversias y aumentar sustancialmente las oportunidades de inversión (párrafo 53).

¿Cuáles son las repercusiones del caso?

El caso *Loewen* es el primero en el marco del Capítulo XI que pone directamente en entredicho la conducta del sistema judicial, en la medida en que vulnera las protecciones de las inversiones. Por consiguiente, llamará la atención sobre la manera en que los tribunales en los Estados Unidos tratan a los inversionistas extranjeros, así como sobre la capacidad que tienen los Estados federales en una democracia para influir en el proceso judicial mediante un convenio internacional como este. La decisión sobre la jurisdicción, que confirma que los procesos y decisiones judiciales están sujetos a las obligaciones del Capítulo XI, sugiere la necesidad de que ésto se entienda,

independientemente del resultado del caso al que se llegue con base en sus propios hechos específicos.

15.

Mondev Internacional contra los Estados Unidos de América

Fechas clave:

Notificación de la intención de

Someter la reclamación a arbitraje: 6 de mayo de 1999

Notificación del sometimiento de

la reclamación al arbitraje: 20 de septiembre de 1999

Caso en proceso

Los hechos

Este caso es concerniente a las transacciones comerciales de una empresa de desarrollo de bienes raíces canadiense con sede en Boston. El inversionista extranjero alegó en particular tener la opción que le había otorgado la ciudad de Boston, de comprar una propiedad adyacente a la que ya había adquirido y desarrollado con éxito. El valor de la propiedad sobre la que presuntamente tenía la opción de compra había aumentado sustancialmente, debido en parte al éxito del primer proyecto. El caso al amparo del Capítulo XI se inició después que los procedimientos judiciales civiles efectuados en el estado de Massachusetts llevaran a un dictamen del jurado a favor de Mondev, resultado que fuera posteriormente anulado por el juez en el presidium a favor de la ciudad de Boston. El Tribunal de apelación confirmó esta revocación por parte del juez de sentencia, denegando a Mondev la autorización de apelar ante la Suprema Corte de los Estados Unidos.

Los reclamos del inversionista

El inversionista reclama 50 millones de dólares por daños, con base en alegatos similares a los del caso *Loewen*:

- ***Artículo 1102: Trato nacional.*** Mondev alega que las referencias constantes a su origen canadiense, hechas tanto dentro como fuera de los tribunales, inducen a violaciones de sus garantías de trato nacional.
- ***Artículo 1105: Nivel internacional mínimo de trato.*** Mondev estima que el trato que se le otorgó era menor al nivel internacional mínimo de trato, en cuanto era arbitrario, se había creado jurisprudencia jamás antes vista, y se habían aceptado los reclamos de inmunidad soberana de la ciudad, lo cual iba más allá de lo que el derecho internacional permite.

Derechos privados, problemas públicos

Una guía sobre el controvertido capítulo del TLCAN referente a los derechos de los inversionistas

- **Artículo 1110: Expropiación.** Mondev sostiene que el resultado del proceso judicial fue un apoderamiento ilícito de su propiedad, carente de una finalidad pública válida (que no sea dinero), y que había una falta de pago de indemnización.

¿Cuáles son las repercusiones del caso?

Este es el segundo caso en que se pone en tela de juicio el trato otorgado a las empresas y ciudadanos extranjeros en el proceso judicial de los Estados Unidos. Su incidencia jurídica en este contexto se examinará junto con el resultado del caso *Loewen*.

16.

United Parcel Service contra Canadá

Fechas clave:

Notificación de la intención de
Someter la reclamación a arbitraje: 19 de enero de 2000
Notificación del sometimiento de
la reclamación al arbitraje: 19 de abril de 2000
Caso en curso

Los hechos

United Parcel Service se conoce en el mundo entero como UPS, una importante empresa de mensajería de propiedad estadounidense. La reclamación de UPS es, en esencia, que no recibe trato similar al que reciben los servicios de entrega de paquetería y correo de Canada Post, una empresa canadiense de la Corona. UPS alega que Canada Post utiliza su monopolio del servicio de correo, incluidas sus funciones de distribución y sus servicios al por menor tales como los mostradores de venta de timbres y de envío de paquetes, para subsidiar de manera indirecta su servicio de mensajería, que es accesible en los mismos lugares y que usa la misma infraestructura, al menos en ciertos aspectos. UPS también afirma que Canada Post tiene un mejor acuerdo en materia de despacho de aduanas con Canada Customs and Revenue, dependencia encargada de la administración de aduanas en el Canadá.

La reclamación del inversionista

UPS reclama 160 millones de dólares por daños, por los siguientes incumplimientos del TLCAN:

- **Artículo 1102: Trato nacional.** UPS alega que se ha infringido esta obligación, debido a que Canada Post no le otorga acceso a su infraestructura de servicios y venta al

por menor de igual modo que lo otorga a sus propias actividades de mensajería, así como por el hecho de que Canada Customs ha establecido un acuerdo privilegiado en materia de despacho de aduanas.

- **Artículo 1105: Nivel internacional mínimo de trato.** UPS sostiene que el abuso de Canada Post de su monopolio estatal para efectuar prácticas anticompetitivas contra sus competidores en la esfera de la mensajería, es un incumplimiento de esta obligación, como lo es una presunta falta de transparencia al realizar estas mismas actividades.
- Adicionalmente, UPS afirma que, al no poner en práctica otras obligaciones del TLCAN, el Canadá mismo ha infringido estas obligaciones, y por consiguiente ha faltado a la obligación que establece el Capítulo XI de proporcionar un nivel mínimo de protección. Estas otras obligaciones incluyen:
 - El Artículo 1503 del TLCAN, sobre el control eficaz de los monopolios estatales; y
 - El Artículo 1202 del TLCAN, sobre el otorgamiento de trato nacional a los prestadores de servicios y a las inversiones en el sector de servicios.
- En la medida en que se relaciona con el Artículo 1202, y mediante la mención indirecta de “todo el TLCAN”, este último argumento exige que un Tribunal en el marco del Capítulo XI dictamine sobre otras obligaciones externas no sujetas al Capítulo XI, y quizás sobre otras obligaciones internacionales, como si fueran objeto de juicio en virtud de la obligación sobre el nivel internacional mínimo de trato.
- **Artículo 1503 del TLCAN.** El Artículo 1116, relativo al proceso inversionista-Estado, permite que las obligaciones de los gobiernos en virtud de otras dos disposiciones del Tratado sean planteadas expresamente como parte de un arbitraje al amparo del Capítulo XI. Se trata de las disposiciones establecidas en los Artículos 1502(3)(a) y 1503(2), que exigen a las Partes del TLCAN asegurar que los monopolios estatales actúen de una manera que sea compatible con todas las obligaciones del TLCAN, incluido el Capítulo XI. En esencia, estas disposiciones obligacion a los gobiernos a prevenir el mal uso de un monopolio estatal en relación con las actividades conexas del sector privado. En este caso, los demandantes invocaron estas disposiciones por derecho propio.

Derechos privados, problemas públicos

Una guía sobre
el controvertido
capítulo del TLCAN
referente a los
derechos de los
inversionistas

¿Cuáles son las repercusiones del caso?

En todos los Estados se reconoce el monopolio del servicio postal. En este caso, es el uso de este monopolio lo que se pone en tela de juicio, en la medida en que se relaciona con los servicios modernos.

Lo que es sumamente serio es que se utilizan las disposiciones del Artículo 1105, sobre el nivel mínimo de trato, para argüir que una transgresión de otra obligación internacional totalmente ajena al Capítulo XI es cubierta por éste, como una violación del nivel internacional mínimo de trato. En esencia, lo que se alega con este enfoque es que cualquier incumplimiento de cualquier convenio internacional puede ser impugnado si el mismo tiene una repercusión sobre un inversionista extranjero. Este ámbito de aplicación es sumamente amplio, dada la gama cada vez mayor de obligaciones internacionales, y crearía una oportunidad ilimitada para los inversionistas privados de poner en tela de juicio la aplicación, como la presunta no aplicación de cualquier obligación internacional. La presentación de estos alegatos precedió el proyecto de reclamación enmendada del caso *Methanex*, donde se adopta un enfoque similar.

El tratamiento que el Tribunal dará a esta cuestión será de gran importancia en la definición del ámbito de aplicación de las obligaciones del Capítulo XI y del proceso de solución de controversias. Además, algo que se observará de cerca en este caso es cómo se relaciona el Capítulo XI con el actual funcionamiento de los monopolios estatales.

17.

ADF Group contra Estados Unidos

Fechas clave:

Notificación de la intención de Someter la reclamación a arbitraje:	29 de febrero de 2000
Notificación del sometimiento de la reclamación al arbitraje:	25 de agosto de 2000
Caso en curso	

Los hechos

ADF Group es una empresa con sede en el Canadá, que fabrica y procesa productos de acero para la construcción de megaproyectos y otras necesidades específicas de la construcción. Tiene igualmente un establecimiento en Florida, Estados Unidos. En 1999, firmó un contrato con un contratista general para suministrar productos de acero y servicios de construcción especializados, con relación a la

construcción de un importante enlace de carreteras en Springfield, Virginia. La construcción estaba sujeta a las reglas “Buy America” (“compre en EE.UU.”) sobre compras del sector público, lo cual se especificaba en el contrato en cuestión. Las reglas “Buy America” exigen, con sujeción a ciertas excepciones que no se aplican en este caso, que todo el acero empleado en los proyectos de construcción del gobierno sea producido en los Estados Unidos. ADF alegó que, históricamente, esto significaba que el acero debía producirse en los Estados Unidos, pero que podía hacerse un procesamiento adicional posterior fuera de los Estados Unidos si con ello no se cambiaba el contenido del acero propiamente dicho. Sostuvo además que el acero que empleaba sería producido en los Estados Unidos, pero que estaría sujeto sólo a ciertos tipos de trabajo de fabricación adicional (perforación, laminado, etc.) en el Canadá. Este enfoque se rechazó después de varias reuniones de funcionarios del gobierno a nivel federal y estatal, y se exigió a ADF realizar el trabajo de fabricación en los Estados Unidos y no en su establecimiento en el Canadá.

La reclamación del inversionista

El inversionista reclama daños que aún se desconocen, pero de un mínimo de 90 millones de dólares, por los incumplimientos de:

- ***El Artículo 1102: Trato nacional.*** Según se alega, la regla “Buy America” proporciona trato más favorable a los competidores de los Estados Unidos, con lo que se contraviene esta obligación. La inclusión de la fabricación posproducción del acero en la regla se menciona también por separado.
- ***El Artículo 1105: Nivel internacional mínimo de trato.*** Como esta disposición se aplica a cualquier trato injusto o inequitativo, y no sólo a violaciones mayores de los requisitos de trato justo y equitativo, el programa de “Buy America” queda comprendido en la misma, por cuanto es poco claro, arbitrario e incierto, y no permite una comprensión justa ni precisa de la legislación. Un giro radical en la interpretación de la legislación por los organismos administrativos también queda comprendido en esta obligación.
- ***El Artículo 1106: Requisitos de desempeño.*** ADF alega que la regla “Buy America” contraviene la prohibición de requerir contenido nacional en la fabricación de productos.

Derechos privados, problemas públicos

Una guía sobre el controvertido capítulo del TLCAN referente a los derechos de los inversionistas

El inversionista también se apoya en el objetivo general estipulado en el Artículo 102 del TLCAN, en el sentido de que las Partes eliminarán obstáculos al comercio, facilitarán la circulación transfronteriza de bienes, y promoverán condiciones de competencia leal.

Nota: El Capítulo XI, en sus Artículos 1108(7) y 1108(8), contiene excepciones específicas para los reglamentos y políticas en materia de compras del sector público vinculados a los Artículos 1102 y 1106, las cuales parecerían estar relacionadas con la presunta violación de estas obligaciones. En la Notificación del sometimiento de la reclamación al arbitraje los demandantes no se refieren a estas excepciones, ni indican cómo pueden éstas ser o no pertinentes al reclamo.

¿Cuáles son las repercusiones del caso ?

En la medida en que el caso aborda un aspecto de gran importancia de la política en materia de compras del sector público estadounidense, política que tiene considerable influencia pública a todos los niveles del comportamiento de los consumidores en los Estados Unidos, es muy probable que el mismo llamará la atención. Demuestra la posibilidad de que el Capítulo XI se utilice para poner en tela de juicio programas de gobierno que están profundamente arraigados.

Notas finales

- 1 *Manganese-based Fuel Additives Act* (Ley de Aditivos para Combustible a base de Manganese), S.C., 1997, Capítulo 11.
- 2 Informe del Panel en el marco del Artículo 1704 concerniente a una controversia entre Alberta y el Canadá en lo referente a la Ley de Aditivos para Combustible a base de Manganese, 12 de junio de 1998, Archivo N° 97/98-15-MMT-P058. Disponible en el sitio Internet de la Secretaría del Acuerdo sobre el Comercio Interno: <http://www.intrasec.mb.ca>.
- 3 Comunicados de prensa: "Government of Canada to Act on Agreement on Internal Trade Panel Report on MMT", 20 de julio de 1998, y "Government of Canada Statement on MMT", 20 de julio de 1998.
- 4 En términos muy generales, un examen permitiría a la Corte anular toda o parte de la decisión del Tribunal por exceso de jurisdicción, pero luego generalmente regresaría el asunto al Tribunal para su consideración adicional. Una apelación permitiría a la Corte sustituir la decisión del Tribunal por otra.
- 5 *Commercial Arbitration Act* (Ley de Arbitraje Comercial), R.S.B.C. 1996 C.55; *International Commercial Arbitration Act* (Ley de Arbitraje Comercial Internacional), R.S.B.C. 1996 C.233.

- 6 Véase “U.S. Waste Control Firm Refiles Case under NAFTA Investor-State Provisions”, *International Environmental Reporter*, 10 de noviembre de 2000, p. 791.
- 7 El Acuerdo entre el Canadá y los Estados Unidos en lo relativo al movimiento transfronterizo de desechos peligrosos, y el Convenio multilateral de Basilea sobre el control de los movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos y su eliminación.
- 8 La solicitud se basa en la Ley de Arbitraje Comercial de ese país (*Commercial Arbitration Act*), R.S.C. 1985, c.17 (2º Suplemento).
- 9 *Ibid*, párrafo 207, donde se cita el Artículo 11 del Acuerdo bilateral: “Las disposiciones de este Acuerdo estarán sujetas a las leyes y los reglamentos aplicables de las Partes”.
- 10 Methanex Corporation, SEM-99-001, junio de 1999; Neste Canada Inc., SEM-00-002. Véase http://www.cec.org/citizen/guides_registry/index.cfm?varlan=english. para consultar el registro completo de estas dos presentaciones.
- 11 Esta descripción es tomada de Howard Mann, “NAFTA, Chapter 11, International Environmental Law”, *The International Lawyer*, Vol. 34, verano de 2001, de próxima aparición.
- 12 Todas las Peticiones y otros documentos examinados aquí pueden hallarse en el sitio web del IIDS: http://www.iisd.org/trade/investment_regime.htm. El caso no lleva ningún número de indentificación formal conforme a las Reglas de CNUDMI. A modo de revelación total, el autor de este libro actuó como Asesor del IIDS en los procedimientos aquí descritos.
- 13 *Methanex Corporation contra los Estados Unidos de América*, Decisión del Tribunal en lo referente a las peticiones de terceras personas para intervenir como “*Amici Curiae*”, 15 de enero de 2001.
- 14 *Ibid*, párrafo 26.
- 15 *Ibid*, párrafos 40 a 42, con base en el Artículo 25(4) de las Reglas de Arbitraje de CNUDMI.
- 16 Sección III.C.4 del Proyecto de reclamación enmendada, 12 de febrero de 2001.

Los inversionistas están utilizando las disposiciones en materia de inversión del TLCAN en menoscabo de las medidas relativas al medio ambiente, a la salud y la seguridad humanas, en un proceso que está cerrado al público a cada paso y que no puede ser objeto de apelación eficaz. En vez de usar estas disposiciones en la forma prevista — como una respuesta de último recurso ante un trato injusto — las empresas están usando el Capítulo XI del TLCAN como un arma estratégica para contrarrestar y desalentar la actividad reglamentaria gubernamental legítima. El resultado es que las disposiciones destinadas a proteger los derechos privados se han convertido ahora en un problema público real.

Esta guía, dirigida a una audiencia no especializada en las cuestiones técnicas del tema, plantea los problemas en torno al Capítulo XI del TLCAN con un nivel de detalle fácilmente accesible. Es una referencia esencial para los interesados en corregir las disposiciones del TLCAN en materia de inversión y contribuir a desarrollar en el TLCAN y en otros ámbitos normas internacionales de inversión favorables a un medio ambiente sano y un desarrollo sustentable.

La guía también es un recurso inestimable: comprende un compendio de los casos conocidos entablados hasta en fecha en el marco del Capítulo XI, complementado por un análisis jurídico.

IIDS

INSTITUTO INTERNACIONAL
PARA EL DESARROLLO SUSTENTABLE

