

CAPITULO IV

Análisis Comparativo de los casos resueltos bajo el Capítulo XI del TLCAN

SUMARIO. 4.1 Breviario de los Casos: 4.1.1 Waste Management, Inc. vs. Gobierno de México. 4.1.2 Ethyl Corp. vs. Gobierno de Canada. 4.1.3 Metalclad Corporation vs. Gobierno de México. 4.1.4 Robert Azinian, Kenneth Davitian y Ellen Baca vs Gobierno de México. 4.2 Análisis de los casos: 4.2.1 Artículo 1121 del TLCAN. 4.2.2 Expropiación. 4.2.3 Nivel Mínimo de Trato. 4.2.4 Transparencia. 4.3 Análisis sobre precedente. 4.3.1 Falta de Transparencia y conocimiento público. 4.3.2 Interpretación amplia de las obligaciones. 4.3.3 Dictamen de los Tribunales sobre legislación nacional. 4.3.4 Inexistencia de un Órgano de Apelación.

El objetivo de este capítulo es poner en evidencia los criterios, muchas veces encontrados, de los Tribunales arbitrales al decidir sobre una misma disposición en materia de inversión mismo punto en diferentes casos; así como analizar si es conveniente que los laudos arbitrales que ponen fin a los procedimiento seguidos a través del mecanismo de solución de controversias del Capítulo XI deben o no sentar un precedente.

4.1 BREVIARIO DE LOS CASOS.

1.1.1 WASTE MANAGEMENT, INC. VS. GOBIERNO DE MEXICO¹

Este caso involucró una controversia entre Waste Management, Inc. (Waste Management) empresa estadounidense, actuando por su propia cuenta y por cuenta de Acaverde, S. A. de C. V. en contra de México como resultado de una supuesta violación de los artículos 1105² y 1110³ del TLCAN por parte del Estado de México, en específico, de Banco Nacional de Obras y Servicios Públicos, S. N. C. (Banobras), el Estado de Guerrero y el Consejo de la Ciudad de Acapulco de Juárez.

La empresa Acaverde demandó al gobierno de México por la cancelación de la concesión de servicios públicos otorgada para el manejo de basura.⁴ El demandado exigía una indemnización de 60 millones de dólares por daños y perjuicios.

El problema con el que se enfrentó el tribunal arbitral es el de analizar si las renunciaciones que había presentado el demandante a los largo del procedimiento cumplían con lo estipulado en el TLCAN, ya que aun seguía manteniendo procedimientos en foros internos, por lo que México alegaba que el tribunal no tenía jurisdicción para conocer debido a que no se estaban cumpliendo con reglas esenciales que marca el Tratado para poder acudir al arbitraje del Capítulo XI. Mientras que Waste Management aseguraba que

¹ Caso CIADI núm. ARB(AF)/98/2. Laudo de fecha 2 de junio de 2000.

² Nivel Mínimo de Trato.

³ Expropiación.

⁴ Ver párrafo 1 y 2 del laudo de Waste Management.

las reclamaciones hechas ante tribunales nacionales no eran las mismas violaciones que alegaba ante el tribunal, cumpliendo con el requisitos del artículo 1121⁵ del TLCAN, que se traduce en el consentimiento de las partes al mecanismo de solución de controversias.

El Tribunal consideró probados los siguientes hechos en virtud del análisis que realizó:⁶

- Acción mercantil entablada por Acaverde contra Banobras con fecha de 31 de enero de 1997. La empresa reclama pago de daños y perjuicios por impago de facturas en base al incumplimiento de Banobras de un contrato de línea de crédito por el que se instituía como garante del municipio de Acapulco en caso de que éste no cumpliera con sus obligaciones de pago en el contrato de Concesión. Dicha demanda se resolvió a favor de Banobras el 7 de enero de 1999 cuya apelación se admitió con fecha de 18 de enero de 1999. El 11 de Marzo de 1999 el

⁵ Artículo 1121 del TLCAN: 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.

⁶ Ver laudo arbitral Waste Management vs México, punto 25.

Segundo Tribunal Unitario del Primer Circuito confirmó la decisión de primera instancia

- Acaverde interpuso una segunda demanda contra Banobras el 11 de agosto de 1998, por incumplimiento en el pago de ciertas facturas de acuerdo con el contrato de línea de crédito. El 12 de enero de 1999 el Juez segundo de Distrito en Materia Civil de la Ciudad de México desestimó la mencionada demanda. Acaverde apeló esta decisión el 20 de enero de 1999, apelación que fue desestimada el 18 de febrero del mismo año por el Primer Tribunal Unitario del Primer Circuito, por razones procedimentales. El 24 de febrero de 1999 Acaverde presentó recurso de revocación con el objeto de revivir la apelación, solicitud que fue rechazada. Finalmente Acaverde interpuso recurso de amparo el 9 de marzo de 1999 que fue resuelto a favor de Banobras el 20 de mayo del mismo año, confirmando de manera definitiva las resoluciones emitidas por los Tribunales anteriores.
- Finalmente, el 27 de octubre de 1998 Banobras interpuso demanda de arbitraje contra el municipio de Acapulco bajo los auspicios de la Comisión Permanente de Arbitraje de la Cámara de Comercio de la Ciudad de México en reclamación de daños por el impago de servicios e incumplimiento de diversas obligaciones derivadas del contrato de Concesión, procedimiento del cual desistió el 7 de junio de 1999.

Los puntos anteriores dejan ver que la empresa no cumplió con el requisito de renuncia, ya que estos procedimientos aun seguían activos al momento de iniciar el

arbitraje, ya que la notificación de sometimiento de la reclamación a arbitraje se hizo el 18 de noviembre de 1998 y la renuncia tiene que ir incluida en este. Además que se reclamaban las mismas violaciones ante los dos foros, lo que va en contra del TLCAN, según lo establece el anexo 1120.1.

A lo largo del procedimiento el tribunal estableció que la renuncia presentada por el demandante cumplía con los requisitos formales, pero resolvió que las reclamaciones en el foro interno iban en contra del artículo 1121 ya que se invocaban en ellas las mismas violaciones que en el arbitraje. Además de establecer que Waste Management al momento de presentar su renuncia no se limitó a lo que establece el artículo 1121, sino que introdujo su propio entendimiento de la renuncia. La empresa expresó en su primera renuncia que : “...esta renuncia no aplica cualquier procedimiento de resolución de disputas que involucre alegaciones que el Demandado haya violado las obligaciones impuestas por otras fuentes de ley, incluyendo las leyes de México”.⁷

El tribunal se limitó a tomar una decisión sobre su jurisdicción, por lo que la sustancia del caso que dio origen a dicha controversia no consta en el laudo. Para el estudio del fondo del asunto se inició un nuevo procedimiento ante el CIADI, que aun esta activo, es decir, el tribunal arbitral no ha emitido un laudo.

El tribunal decidió en este caso, que en la medida en que los demandantes no se habían desistido de las demandas entabladas a nivel local en México, el requisito de

⁷ Ver punto 4 del laudo Waste Management vs México.

renunciar al ejercicio de iniciar o continuar recursos internos, exigido por el artículo 1121(2)(b) del TLCAN, no se había cumplido y, por consiguiente, el tribunal carecía de jurisdicción para conocer del asunto.⁸ El fallo a favor de México se dio a conocer el 5 de junio del 2000 por la entonces Secretaria de Comercio y Fomento Industrial (SECOFI).⁹

4.1.2 ETHYL CORPORATION VS GOBIERNO DE CANADÁ

Ethyl Corporation es una empresa de los Estados Unidos que estableció una filial en Canadá, Ethyl Canadá. La principal función de Ethyl Canadá era recibir TMM (*tricarbonil methylclopentadienil de manganeso*) de su empresa matriz y mezclarlo con otros agentes para su distribución en 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.¹⁰ 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

⁸ Es importante mencionar que el laudo fue adoptado por mayoría del Tribunal Arbitral, ya que hubo una opinión disidente que presentó el árbitro Keith Highet, quien considera, en resumidas cuentas, que los recursos locales no son incompatibles con el procedimiento bajo el capítulo XI del TLCAN en la medida en que no versan sobre los mismos fundamentos jurídicos con base en los cuales se demandó.

⁹ Ver párrafo 32 del laudo Waste Management.

¹⁰ Manganese-based Fuel Additives Act (ley de Aditivos para Combustible a base de manganeso), S.C., 1997, Capítulo 11.

discriminatoria, ya que prohibía la venta en Canadá de TMM fabricado en el extranjero y no prohibía la venta en las provincias de TMM fabricado en la misma provincia. 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.

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.¹¹

En virtud de lo descrito anteriormente, Ethyl Corporation inició un ataque en contra de la decisión del Gobierno Canadiense, argumentando que la prohibición interprovincial de Canadá que pesaba sobre la venta del aditivo constituía una medida equivalente a expropiación de los bienes canadienses de Ethyl, ya que obligaba a la compañía a cerrar sus fabricas. Es decir la decisión era violatoria del artículo 1110 del TLCAN.

¹¹ Otro caso muy importante en materia ambiental es el caso Methanex contra Estados Unidos, debido al desafío de una medida ambiental estadounidense.

También se argumentaron violaciones a los artículos 1102 sobre trato nacional y 1106 sobre requisitos de desempeño. El primero debido a que solo habían prohibido las importaciones de TMM, pero no prohibían la producción de este producto en la nación, lo que incumplía con la obligación de tratar a los inversionistas extranjeros y nacionales de una manera no menos favorable. Con respecto a la reclamación de violación a los requisitos de desempeño, esto se debió a que Ethyl afirmaba que la restricción a las importaciones de TMM era un requisito de desempeño ilegal, que la forzaba ya fuera a producir el producto en Canadá o a utilizar otros productos hechos en Canadá.¹²

Es importante mencionar que al momento de que Ethyl notificó su intención de someter la reclamación a arbitraje (10 de septiembre de 1996) y cuando lo hace (14 de abril de 1997), la ley que establecía la prohibición aun no había sido aprobada, si no que era sólo un proyecto de ley (Ley C-94). Este proyecto se convierte en ley el 25 de abril de 1997 y entra en vigor el 25 de junio de ese mismo año. Cuando Ethyl presenta su escrito de demanda, el 2 de octubre de 1997, la ley ya esta aplicándose. Esto es importante ya que Canadá argumentó que cuando se sometió la reclamación a arbitraje ésta se basó en el proyecto de ley, mientras que la demanda de arbitraje se basaba en la ley, es decir dos documentos distintos, pero el tribunal determinó que esto no era así, ya que no había nuevas pretensiones.

Sujetaron el arbitraje al Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI. Los oficiales canadienses estaban confiados en ganar el caso, sin embargo a pesar de que el TLCAN

¹² Ver, Howard Mann. Guía realizada por el Instituto Internacional para el Desarrollo Sustentable y World Wildlife Fund. Publicada por el Instituto Internacional de Desarrollo Sustentable. Canadá 2001. p. 82. www.iids.org/pdf/trade_citizensguide_es.pdf. Fecha de consulta: 4 de marzo de 2003

permite a los gobiernos promulgar leyes para la protección del medio ambiente, las deliberaciones del tribunal hacían ver que Canadá iba a perder el caso.¹³

A lo largo del proceso se emitió una decisión acerca del lugar del arbitraje y un laudo parcial sobre su competencia. En lo que respecta a la decisión sobre el lugar del arbitraje, el panel, debido a la diferencia entre las partes tuvo que recibir argumentos de las partes y celebrar una audiencia especial, en la que decidió celebrar el arbitraje en la ciudad de Toronto, Canadá. Una vez decidido esto, el tribunal se abocó a determinar si gozaba o carecía de competencia para conocer de la disputa y en un laudo parcial se declaró competente.

Por lo que hace al fondo del asunto, este nunca fue tratado, ya que en lugar de que Canadá se viera obligado a pagar una indemnización de 250 millones de dólares americanos, que era lo que exigía la empresa Ethyl, en junio de 1998, aceptó un arreglo fuera de la corte bajo las siguientes condiciones: el Gobierno de Canadá pagó a Ethyl Corporation la suma de \$13 millones de dólares por costos y pérdidas de ganancias mientras la ley estuvo aplicándose; la remoción de la legislación que prohibía el TMM en la gasolina; y una declaración pública por implicar que su producto era nocivo.¹⁴ A la fecha este ha sido el único caso en el que un gobierno demandado bajo el Capítulo XI ha pagado cantidad alguna al inversionista actor.¹⁵

¹³ Ver , www.citizen.org/documents/futuroGerardo Translation. Final. PDF. Fecha de consulta: 2 de febrero de 2003.

¹⁴ Comunicados de prensa: Government of Canada to Act on Agreement on International Trade Panel Report on MMT del 20 de julio de 1998, y Government of Canada Statement on MMT , del 20 de julio de 1998.

¹⁵ Ver, Zamora Etcharren, Rodrigo, “El Capítulo XI del TLCAN a la luz de tres laudos arbitrales”, Revista el Foro, undécima época, tomo XIII, No. 2, segundo semestre, México 2000, p 4 – 9.

Los innovadores argumentos de la empresa Ethyl en el sentido de que la legislación ambiental podía ser una violación de las reglas sobre requisitos de desempeño y sobre expropiación, provocó la inquietud de que cualquier empresa de propiedad extranjera pudiera utilizar argumentos similares para combatir nuevos reglamentos ambientales que repercutieran sobre sus ganancias.¹⁶

4.1.3. METALCLAD CORPORATION VS. GOBIERNO DE MEXICO.¹⁷

Este caso involucró la inversión que el demandante Metalclad (Metalclad Corporation, una sociedad constituida bajo las leyes de Delaware, EUA) realizó en el Estado de San Luis Potosí, México.

Metalclad era accionista del 100% de las acciones representativas del capital social de Ecosistemas Nacionales, S. A. de C. V. (Econsa) misma que adquirió a Confinamiento Técnico de Residuos Industriales, S. A. de C. V. (Coterin) (una sociedad mexicana) con la finalidad de desarrollar y operar una estación de residuos peligrosos en el Valle de la Pedrera, ubicado en Guadalcázar, San Luis Potosí.

¹⁶ Ver, Howard Mann. Guía realizada por el Instituto Internacional para el Desarrollo Sustentable y World Wildlife Fund. Publicada por el Instituto Internacional de Desarrollo Sustentable. Canadá 2001. p. 84. www.iids.org/pdf/trade_citizensguide_es.pdf. Fecha de consulta: 4 de marzo de 2003

¹⁷ Caso CIADI núm. ARB(AF)/97/1. Laudo de fecha 30 de agosto de 2000.

Coterin obtuvo permisos para construir y operar un confinamiento de residuos peligrosos en La Pedrera, Guadalcázar. El municipio ordenó la suspensión de actividades ante la ausencia de un permiso de construcción, mismo que el municipio sostenía ser de su competencia y al margen de los permisos federales obtenidos. Metalclad argumentaba que al tramitar todos los permisos correspondientes las autoridades le aseguraron que los únicos permisos necesarios eran los federales. Sin embargo, al suceder lo anterior las autoridades ambientales federales le manifestaron que lo único que tenía que hacer era solicitar dicho permiso, mismo que no era más que un trámite y se le daría en forma casi inmediata.

Siguiendo el consejo, Metalclad reanudó la construcción solicitando el permiso del municipio. Poco tiempo después obtuvo un permiso federal por parte del Instituto Nacional de Ecología para dicho propósito.

El 5 de diciembre de 1995, más de un año después de haber sido solicitado el permiso y casi concluida la construcción, este le fue negado por el municipio. Dicha negativa se motivó por el hecho de que Metalclad había comenzado a construir con anterioridad a haber obtenido el permiso de construcción municipal.¹⁸

Metalclad pidió la formación de un Tribunal Arbitral bajo el Capítulo XI del TLCAN, reclamando la violación a los artículos 1105, referente al nivel mínimo de trato y el 1110 referente a expropiación, debido a las acciones del gobierno de México.

¹⁸ Ver párrafo 17 del laudo Metalclad vs. México

El Tribunal tomó en cuenta para su falló tres objetivos establecidos en el artículo 102 del TLCAN como apoyo para la interpretación del Capítulo XI:

- La transparencia de los reglamentos y de la actividad gubernamental.¹⁹
- El aumento sustancial de las oportunidades de inversión.²⁰
- Asegurar un marco previsible para los inversionistas.²¹

El Tribunal Arbitral sostuvo que la conducta por parte de los funcionarios mexicanos era violatoria del TLCAN en dos aspectos:

a) *Deber de transparencia:*²² El tribunal consideró que dentro del deber de transparencia está incluida la obligación de dejar claros y de fácil consulta todos los requisitos que un inversionista debe cumplir con el fin de iniciar, completar y operar con éxito una inversión. No debe haber duda alguna, y cualquier confusión debe ser despejada por el Estado huésped para darle seguridad al inversionista extranjero y que pueda proseguir con su inversión.

El tribunal consideró que, ante las circunstancias del caso, México incumplió el deber de asegurar un marco transparente y predecible para la planeación e inversión de Metalclad. En la opinión del tribunal, el total de las circunstancias del caso demuestran, por una lado, la ausencia de una regla clara en relación con el requisito (o ausencia del mismo) de contar con un permiso de construcción municipal, y, por otro, la falta de un

¹⁹ Idem párrafos 70 y 71

²⁰ Idem párrafos 70, 75.

²¹ Idem párrafo 71.

²² Artículo 102(1) del TLCAN. “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 transparencias son...”

proceso ordenado y respetuoso de los términos en relación al inversionista, actuando ante la expectativa de que sería tratado en forma justa y equitativa de conformidad con el TLCAN.²³

b) *Expropiación*:²⁴ El TLCAN dispone que ninguna de las partes puede, directa o indirectamente, expropiar una inversión o tomar una medida²⁵ equiparable a una expropiación, excepto: (a) por causa de utilidad pública; (b) en forma no discriminatoria; (c) de conformidad con el principio de legalidad y el artículo 1105(1); y (d) mediante el pago de una compensación.

El tribunal resolvió que México había violado el artículo 1110 y por lo tanto tenía que pagar una indemnización a la empresa Metalclad por haber llevado a cabo una medida equivalente a expropiación sin seguir los requerimientos del TLCAN. La indemnización que se ordenó fue de 16,685,000 de dólares.²⁶

El criterio del Tribunal en opinión del gobierno de México era incorrecta por haber excedido la competencia que le enviste el Tratado, en específico el capítulo XI. México solicitó el examen o la apelación del fallo ante la sede del lugar del arbitraje, Vancouver, Colombia Británica, Canadá. El juez de este tribunal desechó gran parte de laudo pues coincidió con México en el sentido de que el Tribunal arbitral había excedido

²³ Ver laudo Metalclad contra México, párrafos 88 y 99.

²⁴ Ver, Artículo 1110 del TLCAN.

²⁵ El término "medida" está definido en el artículo 201(1) e incluye cualquier ley, reglamento, proceso, requisito o práctica.

²⁶ Ver párrafos 112 y 131 del laudo del caso Metalclad vs. México.

su competencia. Sin embargo confirmó que el Decreto de reserva ecológica dictado por el Estado de San Luis Potosí era equivalente a una expropiación.

4.1.4 ROBERT AZINIAN, KENNETH DAVITIAN Y ELLEN BACA VS. GOBIERNO DE MÉXICO.²⁷

Este procedimiento fue Iniciado por Robert Azinian, Kenneth Davitian y Ellen Baca, todos ciudadanos de los Estados Unidos, en contra de México.

La controversia surgió a raíz de un Contrato de concesión relativo a recolección y eliminación de basura, otorgado por el Ayuntamiento de Naucalpan de Juárez en 1993 por 15 años, a favor de la empresa Desechos Sólidos de Naucalpan, S.A. de C.V. (Desona) de los que eran socios los tres demandantes.

La empresa Desona se encargaría de reemplazar el equipo de recolección por uno con tecnología más avanzado en el área de desechos sólidos, concretamente se referían a vehículos a prueba de agua y contenedores de basura. La inversión necesaria para implementar un sistema de recolección, transporte y procesamiento higiénico y eficiente era de aproximadamente 20 millones de dólares, de los cuales el 50% se destinaría a equipo de recolección.

²⁷ Caso Núm. ARB(AF)/97/2

Lo demandantes afirmaron ser socios de la empresa Global Waste Industries, Inc, empresa especializada en recolección y reducción de residuos sólidos con 40 años de experiencia, lo cual era una falsa declaración.²⁸

Una vez que el proyecto fue aprobado por el Ayuntamiento y la Asamblea Legislativa, empezó a funcionar, pero la concesión fue revocada por el Gobierno de México en 1994, en virtud de que la empresa no había cumplido con el desempeño pactado, por lo que Desona interpuso tres infructuosos recursos administrativos y un Juicio de Amparo, en los que los tribunales mexicanos dictaminaron que de conformidad con las leyes nacionales no se incurría en ninguna violación, por lo que era válida la revocación del Contrato de concesión.²⁹

Como consecuencias de las resoluciones antes mencionadas, los actores en su calidad de accionistas de Desona iniciaron un proceso de arbitraje bajo el Capítulo XI del TLCAN, que se rigió por las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI. El lugar del arbitraje fue Toronto, Canadá.

En él, reclamaron los daños que resultaron de la revocación de la concesión de la empresa mexicana Desona, ya que alegaban que violaba los artículos 1110 (expropiación) y 1105 (nivel mínimo de trato) del TLCAN. Los accionistas Estadounidenses demandaron al gobierno de México por 20 millones de dólares, asegurando que el

²⁸ Ver laudo Robert Azinian y otros vs México, párrafo 29.

²⁹ Ver, Howard Mann. Guía realizada por el Instituto Internacional para el Desarrollo Sustentable y World Wildlife Fund. Publicada por el Instituto Internacional de Desarrollo Sustentable. Canadá 2001. p. 91. www.iids.org/pdf/trade_citizensguide_es.pdf. Fecha de consulta: 4 de marzo de 2003

Ayuntamiento de Naucalpan revocó indebidamente el contrato de concesión para la recolección y disposición de basura y la construcción y operación de un relleno sanitario.

México argumentó que el contrato fue revocado debido a la incapacidad de la empresa de ejecutar dicha concesión y a lo largo del proceso se probó que los demandantes habían incurrido en falsas declaraciones con el objeto de hacer que se firmara el contrato.

El laudo final de este proceso fue el primero en procedimientos arbitrales regidos por el Capítulo XI.³⁰ Se emitió con fecha 1º de Noviembre de 1999³¹, y resolvió a favor del Gobierno de México, ya que el tribunal consideró que los demandantes no refutaron las pruebas y argumentos dados por México y no pudieron demostrar las violaciones a los artículos 1110 y 1105 del TLCAN, por ello considero la reclamación completamente desestimada.

La decisión del panel se basó en los hechos y en los mal planteados argumentos jurídicos de los inversionistas. México demostró que la empresa engañó a las autoridades a cerca de su capacidad para efectuar el trabajo indicado en el contrato. Se demostró que no había ningún hecho que implicará una violación a los artículos 1110 y 1005 del TLCAN.

³⁰ Ver, Zamora Etcharren, Rodrigo, “El capítulo XI del TLCAN a la luz de tres laudos arbitrales”, Revista el Foro. Órgano de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, A.C. undécima época, tomo XIII, Num 2, segundo semestre. México 2000. p 9.

³¹ Esta es la fecha en la que el laudo fue enviado a las partes. Los miembros del panel lo firmaron los días 6, 11 y 18 de Octubre de 1999.

4.2 ANALISIS DE LOS CASOS

4.2.1 Artículo 1121 del TLCAN. Condiciones previas al sometimiento de la reclamación al procedimiento arbitral.

Un punto que se analiza tanto en el caso Waste Mangement, Inc como en el de Ethyl Corporation, es la competencia del Tribunal Arbitral para conocer del asunto y poder estudiar el fondo de este. En ambos casos el tribunal tuvo que dictar un laudo parcial³² sobre su competencia.

Al analizar cada uno de estos laudos se puede observar como los árbitros no interpretan de la misma forma los preceptos que establece el TLCAN. A continuación mostraremos los puntos encontrados en estos casos.

En el caso **Waste Mangement** el problema de la competencia del tribunal surge a raíz de que el gobierno de México alega que la renuncia que debe presentar la empresa que entabla la demanda al momento de someter la reclamación a arbitraje no cumple con los requisitos que establece el artículo 1121 del TLCAN.³³ Esta renuncia se refiere a que la Parte actora debe “...renunciar a su derecho de iniciar o continuar cualquier procedimiento ante un tribunal administrativo o judicial conforme al derecho de cualquiera de las Partes u otros procedimientos de resolución de controversias respecto a la medida presuntamente violatoria de las disposiciones a las que se refiere el artículo

³² Es una resolución en la que no se estudia el fondo del asunto.

³³ Ver punto 6 del laudo Waste Management vs México.

1116,³⁴ 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”.³⁵

El Tribunal expresó: “El acto de la renuncia, de por sí, es un acto unilateral, ya que su efecto extintivo se ocasiona únicamente por su voluntad...este acto produce una sustancial modificación en la situación jurídica preexistente: la perdida o extinción del derecho...la renuncia que se solicita a través del artículo 1121(2)(b) del TLCAN, debe presentarse clara en todos sus términos a tenor de la petición que se realiza en cuando a la dejación de determinados derechos de la parte que se propone renunciar”.³⁶

La empresa Estadounidense Waste Management, en su nombre y en representación de Acaverde solicita al CIADI a través del Mecanismo Complementario un arbitraje contra el Gobierno de México. El objeto de este arbitraje es el pago de daños y perjuicios a la empresa por violación a los artículo 1105 y 1110 por parte de Banobras, el Estado de Guerrero y el Municipio de Acapulco de Juárez. Una vez aprobado la solicitud de arbitraje, es necesario que la parte demandada presente la renuncia a la que antes nos referimos y Waste Management la presentó, pero en opinión del Tribunal esta renuncia se elabora haciendo una interpretación propia por parte de la empresa y fuera de lo que establece el artículo 1121. Textualmente el tribunal estableció en el laudo: “... en cuanto al contenido del texto de la renuncia del artículo 1121 del TLCAN, es obvio que

³⁴ Reclamación del inversionista de una parte por cuenta propia.

³⁵ Ver artículo 1112 (1) apartado (b) del TLCAN.

³⁶ Ver punto 18 del laudo Waste Management vs México.

la Demandante no se limitó al contenido de este artículo, de por sí lo suficientemente complejo y que refleja claramente el alcance de la renuncia, sino que, adicionalmente, introdujo una serie de declaraciones que reflejan su propio entendimiento de la renuncia presentada tal y como consta en la exposición de los antecedentes de hecho del laudo que ahora se emite...”³⁷

Esta renuncia nunca fue válida por que la empresa había entablado ya varios procedimientos en tribunales mexicanos y al momento de solicitar el establecimiento de un arbitraje no cumplió con el requisito de suspenderlos o la prohibición de iniciar uno nuevo, por lo que el tribunal arbitral expreso: “... no puede considerarse válida la renuncia presentada por la parte demandante en su sometimiento de la reclamación a arbitraje al haberse realizado con interpretaciones adicionales que no se han traducido en la efectiva dejación de derechos que la renuncia prescribe...”³⁸

Después de realizar un análisis profundo, el Tribunal concluyó que los procedimientos internos estaban prohibidos por el TLCAN, ya que involucraban las mismas medidas violatorias que eran materia del arbitraje y por ello los procedimientos tenían identidad de sujetos, al contrario de lo que declaró Waste Management. Este expresó textualmente: “Nos encontramos en este supuesto igualmente ante procedimientos con identidad de sujetos a los efectos del artículo 1121 del TLCAN ya

³⁷ Ver punto 31 del laudo Waste Management vs México.

³⁸ Idem.

que, de acuerdo con este Tratado, el Gobierno Mexicano habría de ser responsable por las acciones indebidas de Banobras y Acapulco....”³⁹

El tribunal establece que la conducta de Waste Management no puede sostenerse debido a “... que es claro que la misma medida puede dar lugar a diferentes tipos de reclamaciones en diferentes foros. De este modo, lo que de acuerdo con la legislación mexicana constituiría una serie de incumplimientos contractuales cifrados en el impago de determinadas facturas, infracción de cláusula de exclusividad de un contratado de concesión, etc, bajos las normas del TLCAN podría traducirse en una falta de trato justo y equitativo de una inversión extranjera por parte de un gobierno o en medidas constitutiva de una expropiación...”⁴⁰ y añadió “... es posible contemplar que existan acciones iniciadas ante un foro nacional que no se refieran a las medidas presuntamente violatorias por un Estado parte del TLCAN, en cuyo caso sería factible que estas acciones convivieran en forma simultánea con un procedimiento arbitral al amparo del TLCAN. Sin embargo cuando ambas acciones tengan su fundamento legal en las mismas medidas, entonces no podrían las dos continuar bajo el inminente riesgo de que pudiere obtener la parte reclamante un doble beneficio en la reparación de los daños. Esto último es precisamente lo que pretende evitar el artículo 1121 del TLCAN.”⁴¹

Es por lo señalado arriba que el inversionista debe elegir dirimir su controversia ante el foro interno o ante un tribunal arbitral del Capítulo XI del TLCAN.

³⁹ Ver punto 29 del laudo Waste Management vs México.

⁴⁰ Ver laudo Waste Management vs México, punto 27 (a).

⁴¹ Idem, punto 27 (b).

El criterio que utilizó el tribunal para declararse incompetente en este caso es que la empresa estadounidense incumplió con uno de los requisitos esenciales que establece el Capítulo XI para proceder al sometimiento de arbitraje, que es lo que establece el artículo 1121. A esta conclusión llegó después de haberse remitido al artículo 1131 del TLCAN que se refiere al derecho aplicable, en el que se establece que la controversia que se haya sometido a arbitraje será resuelta por el tribunal de conformidad con el tratado y con las reglas aplicables de derecho internacional, lo que le permitió a los árbitros, bajo este último precepto, acudir a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que establece la regla general de la interpretación de los tratados en su artículo 31 (1), el cual dice: Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin.

En el caso **Ethyl Corporation**, se estudia la competencia o la falta de esta del Tribunal arbitral, por razones diferentes al caso Waste Management. Aquí se manejaron varios argumentos. El que nos interesa para poder demostrar la falta de criterio uniforme en los Tribunales arbitrales es el análisis que el tribunal realizó acerca del artículo 1121. Canadá argumentaba que los requisitos procesales contenidos en este artículo son elementos esenciales de la constitución de la litis y de la relación procesal, y en consecuencia la violación o incumplimiento puntual de estos derivan en la incompetencia del tribunal.⁴²

⁴² Ver, Zamora Etcharren, Rodrigo, “El capítulo XI del TLCAN a la luz de tres laudos arbitrales”, Revista el Foro. Órgano de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, A.C. undécima época, tomo XIII, Num 2, segundo semestre. México 2000. p 24.

El gobierno de Canadá utilizó argumentos basados en el artículo 1119 que se refiere a la intención de someter la reclamación a arbitraje, en su ataque a la competencia del tribunal. Alegaba que la empresa reclamaba prestaciones en su escrito de demanda que no habían sido mencionadas en su notificación de la intención de someter la reclamación a arbitraje y por ello no podía ser conocidas por el Tribunal Arbitral. Canadá indicó específicamente que el escrito de demanda de Ethyl se basaba en la Ley MMT con fundamento de violaciones al Capítulo XI, mientras que en el sometimiento de reclamación a arbitraje se basaba en el proyecto de Ley C-29, es decir que los documentos base eran diferentes.

Para llegar a una conclusión el tribunal analizó los siguientes artículos del reglamento de arbitraje de la CNUDMI: artículo 3 (e) que indica que la notificación del arbitraje deberá contener información acerca de la naturaleza general de la demanda y, si procede, la indicación del monto involucrado; el artículo 18.1 (b) y (c) indica que el escrito de demanda debe contener una relación de los hechos en que se base la demanda y los puntos en litigio. Después de analizar estos dos artículos el tribunal arbitral concluyó que el escrito de demanda es el documento en el que la parte actora, en este caso Ethyl, debe señalar con precisión los hechos materia de la controversia, así como sus pretensiones, por ello el tribunal no consideró que las referencias en el escrito de demanda a la Ley MMT constituyan nuevas pretensiones o acciones, sino aclaraciones a las pretensiones reclamadas por Ethyl en su sometimiento de la reclamación y aclara que

este tipo de acciones están permitidas por el artículo 20 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI⁴³

Otro argumento del gobierno de Canadá para hacer que el tribunal se declarara incompetente, es que la empresa estadounidense no cumplió con el mandato de artículo 1121 (3) que establece que el consentimiento y la renuncia se manifestarán por escrito, se entregarán a la Parte contendiente y se incluirán en el sometimiento de la reclamación a arbitraje. A pesar de que el artículo⁴⁴ señala que estos requisitos son condiciones previas al sometimiento de una reclamación a arbitraje,⁴⁵ Ethyl incluyó dichos requisitos hasta su escrito de demanda. El tribunal consideró la distinción entre competencia y admisibilidad y desechó el argumento de Canadá, ya que consideró que el artículo 1121 no indica a que acto deben ser previos el consentimiento y la renuncia. Estableció que la aseveración canadiense de que constituyen una condición previa a la competencia, al contrario de una condición previa a la admisibilidad, no encuentra sustento en el texto del artículo 1121. El tribunal concluyó que esta causal era improcedente para determinar su incompetencia en el caso.⁴⁶

Un argumento más de Canadá contra la competencia del Tribunal para examinar el caso al amparo del Capítulo XI, era que la ley relativa al MMT no era un requisito de

⁴³ El artículo 20 de las reglas de arbitraje de la CNUDMI establece que: En el curso de las actuaciones, cualquiera de las partes podrá modificar complementar su demanda o contestación, a menos que el tribunal arbitral considere que no corresponde permitir esa modificación en razón de la demora con que se hubiere hecho, el perjuicio que pudiere causar a la otra parte o cualesquiera otras circunstancias. Sin embargo, una demanda no podrá modificarse de manera tal que la demanda modificada quede excluida del campo de aplicación de la cláusula compromisoria o del acuerdo de arbitraje separado.

⁴⁴ 1121 (3) del TLCAN

⁴⁵ Ver, Zamora Etcharren, Rodrigo, “El capítulo XI del TLCAN a la luz de tres laudos arbitrales”, Revista el Foro. Órgano de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, A.C. undécima época, tomo XIII, Num 2, segundo semestre. México 2000. p 31.

⁴⁶ Idem pp. 30 y 31.

desempeño en el marco del Capítulo XI, sino una medida comercial fuera del ámbito de aplicación de dicho capítulo y otro argumento más 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 aun plenamente promulgada y no estaba en vigor.⁴⁷ Los arbitros rechazaron los argumentos de 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 de Canadá de que el caso estaba fuera de la jurisdicción del Tribunal⁴⁸. 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.⁴⁹ Aún así, el Tribunal declaró que como la Ley había sido aprobada al poco tiempo el argumento de Canadá no era lo suficientemente significativo como para invalidar la competencia del Tribunal.⁵⁰

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.⁵¹

⁴⁷ Ver, Howard Mann. Guía realizada por el Instituto Internacional para el Desarrollo Sustentable y World Wildlife Fund. Publicada por el Instituto Internacional de Desarrollo Sustentable. Canadá 2001. pp. 82 - 83. www.iids.org/pdf/trade_citizensguide_es.pdf. Fecha de consulta: 4 de marzo de 2003.

⁴⁸ Ver laudo Ethyl vs Canadá, párrafos 60 a 64.

⁴⁹ Idem, párrafo 87.

⁵⁰ Ver pie 225, p83.

⁵¹ Ver, Laudo Ethyl vs Canadá, párrafo 55.

Al momento de elaborar el laudo parcial el tribunal revisó el artículo 1131 del TLCAN, lo que la igual que en el caso Waste Management, lo llevó a recurrir al artículo 31 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados que establece que un tratado debe interpretarse conforme al sentido corriente de los términos y teniendo en cuenta su objeto y fin. Para conocer el fin y objeto del TLCAN, el tribunal recurrió al artículo 102 del mismo y considero importante el inciso (1) que indica que uno de los objetos del TLCAN es crear procedimiento eficaces para la aplicación y cumplimiento del tratado, para su administración conjunta y para la solución de controversias.⁵²

Como resultado final el 24 de junio de 1998 el tribunal se declaró competente para conocer del asunto, ya que los argumentos canadienses no fueron suficientes para combatir la falta de competencia del tribunal.

Aquí podemos ver que ambos paneles arbitrales estudiaron su competencia respecto a los casos y llegaron a conclusiones encontradas. Aunque los casos son diferentes, lo que puede hacerse notar es que el segundo panel no le dio la misma interpretación al artículo 1121 que le dio el primero, no lo tomó como un elemento esencial que debía cumplirse para poder iniciar la litis.

En los casos **Metalclad y Robert Azinian, Kenneth Davitian y Ellen Baca**, ambos contra el Gobierno de México, la renuncia, así como demás requisitos

⁵² Ver, Zamora Etcharren, Rodrigo, "El capítulo XI del TLCAN a la luz de tres laudos arbitrales", Revista el Foro. Órgano de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, A.C. undécima época, tomo XIII, Num 2, segundo semestre. México 2000. p 39 a 41.

establecidos en el artículo 1121 del TLCAN, se cumplieron como debían por lo que no hay puntos que analizar.

4.2.2 Expropiación

El Tratado de Libre Comercio de América del Norte contiene normas acerca de expropiación en el artículo 1110 de la sección A del Capítulo XI. Es nuestra labor analizar a continuación las diferentes interpretaciones que han hecho los Tribunales arbitrales de este artículo en distintos casos.

En el caso **Metalclad** el tribunal sostuvo que México expropió en forma indirecta la inversión de Metalclad sin pago de compensación alguna en razón de la forma en que se aplicó un decreto ecológico emitido por el gobierno de San Luis Potosí, que tenía por resultado evitar permanentemente el uso por Metalclad de su inversión, constituía una medida equivalente a una expropiación, en violación a lo dispuesto en el artículo 1110 del TLCAN y por ello el tribunal condeno al Gobierno mexicano al pago de 16,685,000.00 millones de dólares.⁵³

El tribunal ya había decidido que la conducta del municipio de Guadalcazár, San Luis Potosí, equivalía a un trato injusto e inequitativo, por lo que violaba el artículo 1105

⁵³ El Tribunal al dictar el laudo a favor de Metalclad amplió el contenido del artículo 1110 del TLCAN, ya que deja claro que cualquier reglamentación por gobiernos nacionales o estatales (leyes, tratados, medidas administrativas) que reducen o limitan el valor comercial de la propiedad privada pueden ser considerados como una forma de expropiación. Un amplio rango de políticas de gobierno, medidas administrativas y leyes que limitan, moderan, guían, adaptan o disuaden las actividades de inversionistas extranjeros pueden ser tratados ahora como actos de tomar la propiedad de las corporaciones.

del TLCAN, ya que le estaba negando el derecho a Metalclad de operar el confinamiento al no haberle otorgado el permiso de construcción, sin apoyar la negativa en bases sólidas y válidas⁵⁴ para el tribunal, considerando que la autoridad que tiene la facultad de permitir el establecimiento y funcionamiento de un confinamiento de residuos peligrosos reside en el gobierno federal. Tampoco le importó el hecho de que el proyecto había sido aprobado por las autoridades federales, por lo que el tribunal consideró que este hecho era una medida equivalente a expropiación contra la inversión de Metalclad, violando el artículo 1110 (1) del TLCAN. A esto se aunó la aprobación del Decreto Ecológico, que fue un fundamento más para su decisión, ya que según el tribunal este acto por sí mismo es una medida equivalente a expropiación.⁵⁵ México alegó que según lo que establece el artículo 1119 del TLCAN, el tribunal no podía tomar en cuenta el Decreto debido a que en el momento de solicitar el arbitraje este no había entrado en vigor. Sostuvo textualmente: “... cualquier consideración relativa al Decreto ecológico está fuera de la competencia del Tribunal puesto que el Decreto se dictó después de la Notificación de la intención de sometimiento a arbitraje. En particular, México alega que el artículo 1119 del TLCAN, titulado “notificación de la intención de someter la reclamación a arbitraje” excluye reclamaciones por violaciones que no hayan ocurrido...”⁵⁶ A esta argumentación el Tribunal respondió: “...a pesar de que el Decreto Ecológico se dictó después de que Metalclad presentó su reclamación, Metalclad presentó, a tiempo y de manera consistente con los principios de justicia y claridad, las cuestiones relacionadas con él. México tuvo oportunidad suficiente para responder y no sufrió perjuicio alguno. El Tribunal por lo

⁵⁴ El Municipio negó el permiso debido a los efectos ambientales que iba a producir el funcionamiento del confinamiento de residuos peligrosos, con esta decisión el Municipio estaba actuando fuera de su autoridad, ya que el debió basar su decisión en aspectos de la construcción material. Todo esto más las acciones administrativas que tomo y el amparo que promovió, impidieron de manera efectiva e ilegal la operación del confinamiento.

⁵⁵ El tribunal no consideró los motivos o intenciones de la adopción del Decreto Ecológico.

⁵⁶ Ver párrafo 64 del laudo Metalclad vs México

tanto sostiene que las consideraciones relacionadas con el Decreto Ecológico están dentro de su competencia, pero no le otorga una importancia capital⁵⁷

Esta es la primera vez que se ha considerado a incumplimientos de procedimiento como análogos a la expropiación, lo que hace poco claro el alcance de los que constituye una expropiación. La resolución aparente del tribunal de que un acto fuera del alcance de la autoridad del municipio podía fundar una demanda sobre expropiación,⁵⁸ también plantea preguntas a cerca de cuales son los límites.⁵⁹

La prueba en la que se apoyó el Tribunal para rendir su fallo en lo referente a 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.⁶⁰

En este caso la transparencia jugó un papel muy importante, ya que el Tribunal consideró la falta de esta determinante en su fallo⁶¹. El Tribunal limitó la transparencia en sus propios procedimientos a las divulgaciones exigidas por la legislaciones nacionales aplicables a las partes del 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

⁵⁷ Ver laudo Metalclad vs México, párrafo 69.

⁵⁸ Idem párrafos 104 a 107.

⁵⁹ Ver, Howard Mann. Guía realizada por el Instituto Internacional para el Desarrollo Sustentable y World Wildlife Fund. Publicada por el Instituto Internacional de Desarrollo Sustentable. Canadá 2001. p. 88. www.iids.org/pdf/trade_citizensguide_es.pdf. Fecha de consulta: 4 de marzo de 2003.

⁶⁰ Ver párrafo 103 laudo Metalclad vs. México

⁶¹ Idem párrafos 76, 88 y 99.

esto fue la gestión eficaz de los procedimientos.⁶² Es importante mencionar que en el Capítulo Xi no existe el requisitos de la transparencia en los procedimientos, si no que este es un principio que se encuentra consagrado en el artículo 102 del TLCAN. Este enfoque se ha repetido en procedimientos posteriores.⁶³

En el caso **Robert Azinian, Kenneth Davitian y Ellen Baca (Desona)**, los actores aceptaron que las medidas de el Gobierno Mexicano no constituían una expropiación en sentido literal y estricto, pero que dichos actos acarrearán las misma consecuencias y producían los mismo efectos.⁶⁴ Es decir se refieren a una expropiación indirecta o una medida equivalente a expropiación.

El Tribunal arbitral al momento de analizar los argumentos de los actores, indicó que una demanda bajo el Capítulo XI no puede simplemente alegar incumplimientos contractuales, pues si fuera así se elevarían una multitud de transacciones ordinarias con las autoridades públicas a la categoría de controversias internacionales. Por ello el tribunal aclaró que los demandados no pueden hacer valer su punto de vista convenciéndonos de que el Ayuntamiento de Nuacalpan incumplió el Contrato de Concesión. Textualmente citó: “... la reclamación fundamental de los demandantes es la que fueron víctimas de un incumplimiento del Contrato de concesión. El TLCAN, sin

⁶² Ver laudo Metalclad vs México, párrafo 13.

⁶³ Howard Mann. Guía realizada por el Instituto Internacional para el Desarrollo Sustentable y World Wildlife Fund. Publicada por el Instituto Internacional de Desarrollo Sustentable. Canadá 2001. p. 88. www.iids.org/pdf/trade_citizensguide_es.pdf. Fecha de consulta: 4 de marzo de 2003.

⁶⁴ Ver, Zamora Etcharren, Rodrigo, “El capítulo XI del TLCAN a la luz de tres laudos arbitrales”, Revista el Foro. Órgano de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, A.C. undécima época, tomo XIII, Num 2, segundo semestre. México 2000. p 15 – 16.

embargo no permite a los inversionistas recurrir al arbitraje internacional por simples incumplimientos contractuales...»⁶⁵

El Sr. William S. Dodge, testigo de los demandantes expuso que las reclamaciones no se limitan a un incumplimiento contractual, sino que implican expropiación directa de los derechos contractuales de Desona y la expropiación indirecta de la propia Desona, ya que un incumplimiento contractual constituye una expropiación si resulta confiscatorio y considera que la revocación del contrato de concesión es una expropiación de derechos contractuales.⁶⁶

El Tribunal reconoció que el argumento dado por los actores iba más allá y pretendía demostrar que el incumplimiento del Contrato por parte del Ayuntamiento de Naucalpan constituía una expropiación de hecho, pues era una confiscación.

El punto que el Tribunal tenía que resolver era si el Ayuntamiento actuó apegado a la ley al revocar la concesión, si era así, entonces no había violación alguna a los derechos de los demandantes, de lo contrario, habría que analizar si dicha violación fue sólo incumplimiento contractual o representa una violación a los derechos que establece la sección A del capítulo XI.⁶⁷

⁶⁵ Ver párrafos 87 del laudo Robert Azinian vs. México

⁶⁶ Idem párrafos 88 y 89.

⁶⁷ No toda decepción experimentada por un inversionista como resultado de una acción o inacción de un Estado va a llevar como consecuencia el pago de una compensación bajo el artículo 1110

El Municipio atacó la concesión bajo argumentos de nulidad, como consecuencia de las falsas declaraciones y engaños, así como 27 irregularidades relativas al otorgamiento y cumplimiento del contrato que llevaron a cabo los representantes de Desona y el incumplimiento de lo estipulado en este por parte de la misma empresa. Todo esto lo probó México con argumentos sólidos y consideró que tenía motivos suficientes para hacer lo que hizo, según lo que establece la legislación Mexicana. Por su parte los actores atacaron la revocación del Contrato de concesión argumentando que el Ayuntamiento no otorgó a Desona el plazo que la concesión señalaba para subsanar los incumplimientos y diciendo que la Desona no incurrió en ningún incumplimiento substancial de la concesión, por lo que el gobierno de México había actuado de manera incorrecta vulnerando sus derechos.⁶⁸

El Tribunal observó que tanto el Ayuntamiento como tres autoridades administrativas (recursos ante el tribunal Contencioso Administrativo) y judiciales (Juicio de Amparo ante el Tribunal Colegiado de Circuito) sostuvieron que había causas suficientes para anular la concesión, por ello reconoció que era muy difícil no ser de la misma opinión, ya que la concesión era regulada por el derecho Mexicano y su interpretación y cumplimiento era competencia de las autoridades Mexicanas. Dijo textualmente: “...El tribunal arbitral desea manifestar que existen pruebas suficientes para despejar cualquier duda que pudiera ensombrecer la buena fe de las sentencias

⁶⁸ Ver, Zamora Etcharren, Rodrigo, “El capítulo XI del TLCAN a la luz de tres laudos arbitrales”, Revista el Foro. Órgano de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, A.C. undécima época, tomo XIII, Num 2, segundo semestre. México 2000. p 17.

mexicanas. Sus conclusiones no pueden considerarse en modo alguno arbitrarias, y mucho menos maliciosas”⁶⁹

Además llamó la atención sobre el hecho de que los demandantes no alegaron, ni probaron que los criterios legales mexicanos de anulación de concesiones infringieran las obligaciones de México con respecto al Capítulo XI, en concreto al artículo 1110.⁷⁰ El tribunal añadió que: “Los demandantes, sin embargo no han objetado la actuación de los tribunales mexicanos: no han alegado denegación de justicia. Sin embargo, han dirigido sus múltiples quejas contra el Ayuntamiento de Naucalpan. El Tribunal Arbitral considera que esta circunstancia es fatal para la reclamación, y hace innecesario considerar las cuestiones relativas al cumplimiento del Contrato de concesión. Pues si no hay objeción respecto a la decisión de un tribunal competente sobre la nulidad – con base en la ley mexicana – de un contrato regido por esa ley, no hay por definición contrato a expropiar”.⁷¹

“Los actores tampoco cuestionaron las pruebas presentadas por el demandado conforme a las cuales una concesión de servicio público otorgada por autoridades municipales con base en un error o falsa declaración es nula de acuerdo con la legislación mexicana”. “... combatieron los razonamientos del Ayuntamiento y de los tribunales mexicanos, pero no negaron la existencia de pruebas de que el Ayuntamiento fue inducido a error con respecto a la capacidad de Desona para ejecutar la concesión.”⁷² No alegaron

⁶⁹ Ver párrafo 103 laudo Robert Azinian vs México.

⁷⁰ Idem párrafo 96.

⁷¹ Idem párrafo 100.

⁷² Idem párrafo 105.

tampoco que la ley mexicana que regula las concesiones tenga carácter expropiatorio, no alegaron denegación de justicia.

Por todo lo expuesto anteriormente el Tribunal Arbitral respaldó la conclusión de que la revocación del Contrato de concesión no infringe las obligaciones del Gobierno de México en virtud del TLCAN, es decir, la anulación no es una expropiación.

En el caso **Ethyl Corporation**, la empresa argumentó que la prohibición impuesta por el gobierno de Canadá de comercializar con el aditivo TMM producía efectos y consecuencias idénticas, como si se hubiera expropiado la empresa o alternativamente, era una medida equivalente a la expropiación, por lo cual debía ser plenamente indemnizada; y que el debate legislativo sobre la prohibición del producto constituyó en sí mismo una expropiación de los activos, debido a que la crítica pública de TMM dañó la reputación de la compañía, razón por la cual Canadá habría violado el artículo 1110 del TLCAN. Este asunto ya no fue estudiado de fondo por el tribunal, debido a que Canadá resolvió el caso. 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 emplea en un procedimiento jurídico una aplicación ampliada del término “equivalente” a la expropiación.⁷³

En el caso **Waste Management**, el proceso aun esta activo, ya que después del laudo sobre jurisdicción se inicio un nuevo procedimiento para discutir y analizar las

⁷³ Ver, El fallo del NAFTA en el caso Metalclad contra México. Un contexto más amplio. www.alcaabajo.cu/sitio/cosas_de_home/analisisborradoresp.htm . Fecha de consulta: 12 de febrero de 2003.

cuestiones de fondo, una de ella es ver si hay violación al artículo 1110 del TLCAN. Aun no hay laudo final.

Podemos observar, después de haber realizado este análisis que medidas en apariencia legítimas pueden ser consideradas expropiatorias, teniendo los gobiernos que compensar a los inversionistas afectados. Por ello es necesario que se genere certeza sobre las consecuencias legales de las disposiciones en materia de expropiación contenidas en el Capítulo XI, a través de por ejemplo notas interpretativas de la Comisión de Libre Comercio.⁷⁴

El concepto de expropiación es interpretado por los tribunales de una manera cada vez más amplia, lo que acarrea que los Gobiernos demandados tengan que pagar millonarias indemnizaciones por medidas que son necesaria para conservar el bien público, lo que es muy preocupante.

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. 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

⁷⁴ Ver, Carvajal Isunza, Gustavo. “El Concepto de Expropiación y el Equilibrio entre Intereses Públicos y privados”. 11 de octubre de 2002.
<http://www.itam.mx/daedc/derecho/htm/seminarios/Materiales/AMDE/concepto%20de%20expropiacion%20y%20el%20equilibrio.pdf>. Fecha de consulta 18 de febrero de 2003.

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. 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.⁷⁵

Al realizar el análisis de expropiación sobre estos cuatro casos, podemos ver los Tribunales estudiaron actos emanados de los gobiernos de diferentes clases. En el caso Metalclad el tribunal consideró que se había realizado una medida equivalente a expropiación debido a la negativa del municipio de dar el permiso de construcción y por la declaratoria de un Decreto Ecológico que impedía poner en funcionamiento la inversión. En el caso Robert Azinian, el tribunal desestimó las pretensiones de los demandantes, ya que no existía violación del artículo 1110, por que lo que se alegaba era un incumplimiento contractual y debido a que los inversionistas no utilizaron argumentos

⁷⁵ Howard Mann. Guía realizada por el Instituto Internacional para el Desarrollo Sustentable y World Wildlife Fund. Publicada por el Instituto Internacional de Desarrollo Sustentable. Canadá 2001. p. 36. www.iids.org/pdf/trade_citizensguide_es.pdf. Fecha de consulta: 4 de marzo de 2003.

adecuados para defender su pretensión. En los otros dos casos el tribunal no fue necesario que se pronunciara a este respecto.

En los casos Ethyl, Metalclad y Robert Azinian se hace notar que los inversionista alegan que las violaciones al tratado eran producto de nuevas legislaciones o de aplicar la ley del país sede de la inversión. Esto deja ver que el mecanismo de solución de controversias permite a los inversionistas poner en tela de juicio la competencia de las autoridades nacionales y la eficacia de sus leyes.

4.2.3 Nivel Mínimo de Trato.

El principio de nivel mínimo de trato esta consagrado en el artículo 1105 del TLCAN. En los casos que se están analizando, las partes demandantes reclaman indemnizaciones cuantiosas por violar este precepto fundamental en el derecho internacional.

En el caso **Waste Management**, el estudio de si hubo o no violación al principio de nivel mínimo de trato como consecuencia de la cancelación que hizo el Estado Mexicano de la concesión de servicios públicos otorgada a la empresa para el manejo de basura se esta estudiando actualmente, aun no hay un laudo sobre este análisis.

En el caso **Metalclad** el tribunal arbitral sostuvo que la inversión del inversionista de una Parte no fue tratada de manera justa y equitativa conforme al derecho

internacional, por lo que concedió a los demandantes la reclamación del artículo 1105 del TLCAN, al afirmar que “...México no cumplió con asegurar un marco de transparencia y previsibilidad para la planeación del negocio e inversión de la empresa. Esto demuestra una falta de orden en el proceso y disposiciones en tiempo en relación con un inversionistas de una Parte que actuó con la expectativa de que recibiría un trato justo y equitativo de conformidad con el TLCAN”.⁷⁶

Es importante mencionar que en la declaración de principios y reglas que introduce el Tratado, se hace referencia a la transparencia⁷⁷. En este caso el tribunal opina que “... la transparencia incluye la idea de que todo requerimiento legal pertinente a efecto de iniciar, completar u operar exitosamente las inversiones realizadas, o que se tenga intención de realizar al amparo del Tratado, deberían de ser de fácil conocimiento de todos los inversionistas afectados de la otra Parte. No debería de haber lugar a duda o incertidumbre en tales asunto....”⁷⁸

La decisión que tomo el tribunal se basó en la falta de transparencia por los problemas que tuvo Metalclad con el permiso de construcción que debía otorgarle el municipio. La empresa actuó de buena fe confiando en lo que las autoridades federales y estatales le dijeron, ya que afirmaron que la solicitud del permiso de construcción del municipio era un mero trámite, que mientras se resolvía ellos podían seguir con la construcción del confinamiento, pero al final el municipio negó este permiso y posteriormente el gobierno de San Luis Potosí dicto un Decreto Ecológico que prohibía

⁷⁶ Ver laudo Metalclad vs México, párrafo 99.

⁷⁷ Artículo 102 (1) del TLCAN.

⁷⁸ Ver párrafo 76 del laudo Metalclad vs. México.

de manera definitiva la operación del confinamiento, por lo tanto prohibía el uso de la inversión.

En este caso hubo “...ausencia de una regla clara en lo que respecta al requerimiento o no de un permiso municipal de construcción, así como la falta de una práctica o procedimiento establecido para el trámite de las solicitudes de permisos municipales de construcción, se traduce en la falta de cumplimiento por parte de México para asegurar la transparencia requerida por el TLCAN”⁷⁹

El tribunal dictaminó que, jurídicamente, los factores ambientales eran un problema exclusivamente federal, de ahí que no se pudiera utilizar como fundamento para denegar una licencia municipal, dado que el proyecto había pasado la inspección federal.⁸⁰

Los actos del municipio con posterioridad a la negación del permiso de construcción, en conjunción con deficiencias sustantivas y procesales⁸¹ forzaban la conclusión que la insistencia en el permiso de construcción y negación del mismo por parte del municipio no había sido apropiada, en virtud de que las facultades del municipio

⁷⁹ Ver párrafo 88 laudo Metalclad vs, México.

⁸⁰ Idem párrafos 82, 85 y 86.

⁸¹ Existieron algunos factores que el tribunal consideró como agravantes del caso. Uno de ellos fue que no se notificó a Metalclad de la junta municipal en la cual se decidió negar el permiso de construcción ni se le permitió manifestar lo que a su derecho considerara conducente. Asimismo, la forma y plazo en que se le negó el permiso -trece meses después de haber sido solicitada y casi terminada la construcción-. Finalmente, ninguna de las razones que se incluyeron como fundamento para negar el permiso de construcción eran las que estaban comprendidas dentro de las facultades del municipio, por lo cual el tribunal encontró que el permiso se negó en forma infundada ya que su motivación no aludía a cuestiones relacionadas con la construcción o aspectos físicos de la misma, incluyendo defectos.

no incluyen las relacionadas con residuos sólidos e industriales que no están considerados como peligrosos, ya que estas facultades le corresponden a las autoridades federales.⁸²

Los actos del Estado y del Municipio en palabras del tribunal “... incumplieron con o no fueron conformes a los requisitos del artículo 1105 (1) del TLCAN, en el sentido de que cada Parte otorga a las inversiones de los inversionistas de la otra Parte un trato acorde con el derecho internacional, incluyendo trato justo y equitativo. Esto es así especialmente a la luz del principio aplicable de que el derecho interno no justifica el incumplimiento de una obligación en el tratado, tales como los requisitos establecidos para el permiso del Municipio”.⁸³

Un fundamento crucial en esta decisión es el fallo del tribunal 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. Casi todo el caso gira en torno a la conclusión jurídica del tribunal de que el municipio excedió 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 tribunal y de su capacidad para abordar este tema.⁸⁴

En el caso **Desona** los demandantes reclamaban violación al artículo 1105 del TLCAN, pero esta reclamación tuvo poco peso en las alegaciones durante el proceso y se

⁸² Ver párrafo 97 laudo Metalclad vs México

⁸³ Ver laudo Metalclad vs México párrafo 100.

⁸⁴ Ver, Howard Mann. Guía realizada por el Instituto Internacional para el Desarrollo Sustentable y World Wildlife Fund. Publicada por el Instituto Internacional de Desarrollo Sustentable. Canadá 2001. p. 88. www.iids.org/pdf/trade_citizensguide_es.pdf. Fecha de consulta: 4 de marzo de 2003.

fue desvaneciendo, por lo que no figura en el laudo final. Esto no es de extrañarse, ya que el único principio relevante del artículo 1105 en este caso es que el inversionista del TLCAN no puede ser tratado de una forma que contravenga el derecho internacional.⁸⁵

Los demandantes señalaron que el incumplimiento del Contrato de concesión constituye: “...una infracción del derecho internacional por que estuvo motivada por consideraciones no comerciales, y no se pagó una indemnización de daños y perjuicios”⁸⁶. Esta afirmación según el tribunal es un parafraseo de una reclamación más específica cubierta por el artículo 1110.

Es importante mencionar que el único acto que los actores dijeron que había sido otorgado en contravención con el derecho internacional, era el referido al artículo 1110 (1), es decir, expropiación indebida.

El Tribunal aclaró que por falta de argumentos por parte de los demandados, para respaldar la violación alegada, si no se probaba la violación al artículo 1110, es decir que México fuera absuelto, no habría violación al artículo 1005 del TLCAN. Textualmente dijo: “...bajo las circunstancias del presente caso, si no se ha producido una infracción del artículo 1110, tampoco se ha producido una infracción del artículo 1105”.⁸⁷ Y este fue el caso, el tribunal falló con respecto al artículo 1110 a favor del Gobierno de México.

En el caso **Ethyl**, no se alegó violación a este precepto.

⁸⁵ Ver laudo Robert Azinian vs. México, párrafo 92.

⁸⁶ Idem.

⁸⁷ Idem.

El análisis que de este principio han hecho los tribunales arbitrales es muy amplio, ya que no es un concepto que este delimitado claramente en el texto del TLCAN, por lo que se presta a que los árbitros le den distintos alcances. Debido a esto las partes del TLCAN se reunieron para analizar la conveniencia de recomendar a la Comisión de Libre Comercio una aclaración respecto a la interpretación del artículo 1105, en virtud de que los Tribunales y los inversionistas estaban dando una interpretación incorrecta a las disposiciones negociadas.

El 31 de julio de 2001, la Comisión de Libre Comercio emitió una declaración interpretativa en la cual se cubrían dos problemas : la interpretación de la disposición de nivel mínimo de trato y la transparencia. La comisión se pronunció para aclarar que la referencia a trato justo y equitativo y protección y seguridades plenas no requieren un trato adicional al nivel mínimo de trato y aclaró que la referencia a derecho internacional se refiere a derecho internacional consuetudinario. Esta interpretación ha sido muy discutida, sin embargo los Tribunales no tiene competencia para cuestionarla, en virtud de las facultades que tiene la Comisión para interpretar las disposiciones del tratado. El alcance de esta declaración interpretativa es limitado en los dos puntos que se trataron, pero es obligatoria para los Tribunales arbitrales.⁸⁸

Esta interpretación de la Comisión es de suma importancia para las nuevos casos que se discuten en el seno del mecanismo de solución de controversias del Capítulo XI, ya que los árbitros no podrán más que apegarse a lo que este órgano estableció.

⁸⁸ Consulta hecha al Mtro. Máximo Romero Jiménez. Fecha de la consulta: 25 de septiembre de 2002.

4.3 ANALISIS SOBRE PRECEDENTE

Es importante antes de realizar el análisis sobre la conveniencia de que los laudos de los Tribunales Arbitrales sienten un precedente, es decir que se cree una jurisprudencia, definir lo que significan estos términos.

La Doctrina del precedente⁸⁹ significa que es necesario para una corte seguir de cerca las decisiones judiciales anteriores cuando se están estudiando los mismo puntos en un litigio nuevo. Esta doctrina indica que cuando un punto o principio de ley ha sido oficialmente decidido por una corte competente, más adelante este mismo punto o principio no puede ser considerado como un caso abierto a ser juzgado.⁹⁰

La jurisprudencia⁹¹ es el conjunto de sentencias dictadas en sentido concordante acerca de una determinada materia. La coincidencia de sentido de ciertos grupos de decisiones jurisdiccionales crea unidad de criterio con lo que en la práctica se resuelven casos análogos. La jurisprudencia no se refiere a cualquier aplicación de derecho aislada, sino a la repetida y constante, uniforme, coherente, por tal modo que revele un criterio o pauta general, un habito y modo constante de aplicar las normas jurídicas. Se inspira en el propósito de obtener una interpretación uniforme del derecho en los casos en que la

⁸⁹ En Estados Unidos es llamado *Stare Decisis*. En latín significa apoyarse en los que se decide.

⁹⁰ Black's Law Dictionary. Bryan A. Garder editor in chief. Seventh edition. St Paul, Minn. 1999.p 1414.

⁹¹ La jurisprudencia en México es una fuente del derecho, según lo que establece el artículo 107 de la Constitución. Y se crea a través de consideraciones, interpretaciones, razonamientos y estimaciones jurídicas que hace la autoridad judicial en un sentido uniforme e ininterrumpido en 5 casos semejantes que se presentan a su conocimiento, para resolver un punto de derecho determinado.

realidad presenta a los jueces.⁹² En este caso estamos hablando de las normas contenidas en el Capítulo XI del TLCAN.

Después del análisis realizado a los casos se concluye que no sería bueno que los laudos arbitrales sentaran precedente y se creara jurisprudencia. Hay muchas razones en las que se fundamenta esta conclusión, las cuales serán estudiadas a continuación.

4.3.1 Falta de Transparencia y Conocimiento Público.

Existen críticas severas hechas al procedimiento del Capítulo XI que son la falta de transparencia, el limitado acceso público a los documentos escritos producidos para los casos y el nulo acceso público a los procedimientos a menos que todos los participantes estén de acuerdo en abrirlos. Esto impide que haya un control y autocontrol equilibrados y que son comunes a la mayoría de los órganos que tiene repercusiones significativas sobre los gobiernos.⁹³

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 arbitraje⁹⁴. Los gobiernos han actuado manteniendo esas notificaciones secretas⁹⁵,

⁹² De Pina, Rafael y Rafael de Pina Vara. Diccionario de Derecho. Ed. Porrúa. México 2002. pp. 340-343.

⁹³ Howard Mann. Guía realizada por el Instituto Internacional para el Desarrollo Sustentable y World Wildlife Fund. Publicada por el Instituto Internacional de Desarrollo Sustentable. Canadá 2001. p.13. www.iids.org/pdf/trade_citizensguide_es.pdf. Fecha de consulta: 4 de marzo de 2003.

⁹⁴ Ningún procedimiento ha estado abierto al público o a la prensa y hasta la fecha solo en un caso se han puesto a disposición los alegatos escritos del inversionistas y del Estado, este es el caso Methanex vs. Estados Unidos.

⁹⁵ Un ejemplo de esto fue la segunda notificación más importante de la intención de someter un reclamo a arbitraje referente a un caso relacionado con el medio ambiente en Canadá, se presentó a penas un día después de la resolución de Ethyl, en julio de 1998. Sin embargo, la mismas no se hizo pública hasta más de un mes más tarde, y solo como

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, constituyan en realidad una lista completa. La consecuencia de la ocultación de esta etapa es importante debido a que 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. La notificación es de la intención de someter una reclamación a arbitraje es una oportunidad exclusiva para influenciar, e incluso quizás amenazar a un gobierno por cualquier medida que desagrade a un inversionista extranjero, lejos de los ojos del público.⁹⁶

El acceso al público a las audiencias en los arbitrajes ha quedado completamente excluido. Solo se ha dado el caso de un tribunal que recibió una solicitud de acceso público y este dictaminó que esto solo es posible si hay aprobación de las partes litigantes.⁹⁷ Esta falta de transparencia es una carencia de salvaguardas democráticas apropiadas, y por lo tanto de legitimidad pública del proceso previsto en el Capítulo XI.⁹⁸

En virtud de los artículo 1126(10) y (13), el Secretario del TLCAN debe mantener un registro público de todas las notificaciones sobre arbitraje. A falta de una oficina

resultado de preguntas específicas completadas a funcionarios del gobierno por los participantes en una reunión de información sobre las reuniones de negociación del Acuerdo Multilateral de Inversiones.

⁹⁶ Ver, Howard Mann. Guía realizada por el Instituto Internacional para el Desarrollo Sustentable y World Wildlife Fund. Publicada por el Instituto Internacional de Desarrollo Sustentable. Canadá 2001. p. 49. www.iids.org/pdf/trade_citizensguide_es.pdf. Fecha de consulta: 4 de marzo de 2003.

⁹⁷ Methanex contra Estados Unidos, decisión del Tribunal sobre las peticiones de terceras personas para intervenir como "Amici Curiae", párrafo 42.

⁹⁸ Howard Mann. Guía realizada por el Instituto Internacional para el Desarrollo Sustentable y World Wildlife Fund. Publicada por el Instituto Internacional de Desarrollo Sustentable. Canadá 2001. p. 53.. www.iids.org/pd/trade_citizensguide_es.pdf. Fecha de consulta: 4 de marzo de 2003.

central del Secretariado del TLCAN, cada una de las tres secciones de este secretariado aplica prácticas diferentes. La oficina canadiense tiene un registro sencillo de las notificaciones presentadas y una descripción con palabras clave de la naturaleza del reclamo. La oficina de Estados Unidos mantiene las notificaciones completas con actas y facilita copias a petición. La oficina mexicana parece no dar acceso a ningún registro.⁹⁹

Los gobiernos de Estados Unidos y Canadá han empezado a hacer pública la información sobre los casos, tiene sitios en internet a los que se puede acudir para obtenerla, Estados Unidos, también ofrece acceso a determinados documentos en la Sala de Lectura de la oficina del Representante Comercial de los Estados Unidos en Washington, que esta abierta al público. Otra fuente de información es el sitio de internet del Secretariado de CIADI. Es importante hacer notar que los laudos de las controversias resultas bajo la CNUDMI, no aparecen en la página de internet de esta Comisión.

Algunos casos en el marco del Capítulo XI muestran que en las reglas de arbitraje nada indica que los documentos deben ser confidenciales, pero reglas con tales efectos las puede establecer el tribunal mediante ordenes de procedimiento. Estas ordenes requieren el común acuerdo de los gobiernos involucrados, quienes de ninguna manera están legalmente obligados a aceptar una orden que exija el ocultamiento de documentos relacionados con el arbitraje. Un ejemplo de esto es el caso Metalclad¹⁰⁰, en el cual México solicitó una orden de confidencialidad al tribunal, ya cual le es otorgada.¹⁰¹

⁹⁹ Idem. p 50.

¹⁰⁰ Ver, Laudo Final, párrafo 13.

¹⁰¹ Otro ejemplo es el caso S.D. Myers contra Canadá, Orden Procesal No. 16, arbitraje conforme a las reglas de CNUDMI, 13 de mayo de 2000, párrafos 8 y 8.

Canadá y Estados Unidos han declarado expresamente su intención de publicar las decisiones sobre los casos iniciados en virtud del Capítulo XI, mientras que México se ha reservado el derecho de 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.¹⁰²

Es importante hacer notar que el Capítulo XI en el anexo 1137.4 establece que las partes del tratado podrán hacer públicos los laudos en los cuales sean parte contendiente.

4.3.2 Interpretación Amplia de las Obligaciones

Se han dado amplias interpretaciones a las obligaciones que consagra el capítulo de inversión, esto como consecuencia de la relación de este con las otras partes del TLCAN. Al parecer, el alcance de este capítulo puede ahora hacerse extensivo a medidas amparadas por otras partes del tratado. Por ejemplo una medida comercial que obstaculiza la entrada de un producto a uno de los tres países y está cubierta por el Capítulo III, sobre el comercio de bienes, o por el capítulo IX, sobre medidas relativas a normalización, también pueden aparentemente ser refutadas por un inversionista extranjero al amparo del capítulo XI. Actualmente hay dos maneras posibles de hacer esto; una consiste en alegar que una medida prevista en esos otros capítulos, también está prevista en el capítulo XI desde la perspectiva de las reglas de inversión; y la segunda

¹⁰² Ver, Howard Mann. Guía realizada por el Instituto Internacional para el Desarrollo Sustentable y World Wildlife Fund. Publicada por el Instituto Internacional de Desarrollo Sustentable. Canadá 2001. p. 51. www.iids.org/pdf/trade_citizensguide_es.pdf. Fecha de consulta: 4 de marzo de 2003.

manera, de alcance preocupante, sería alegar que cuando un gobierno incumple otras obligaciones internacionales también incumple la obligación del capítulo XI de tratar a los inversionistas de conformidad con las normas internacionales mínimas. Este argumento¹⁰³ se utilizó en dos casos: Ethyl contra Canadá y el caso S.D. Myers contra Canadá.¹⁰⁴

El caso Metalclad contra México es un ejemplo de interpretación amplia de las obligaciones del Capítulo XI. Aquí se incorporaron disposiciones sobre obligaciones relacionadas con el comercio de otras partes del TLCAN directamente entre las obligaciones del Capítulo XI. Se exigió que el gobierno de México cumpliera con el requisito de transparencia, principio clave del derecho comercial, pero no enunciado en las disposiciones sobre inversión. Esta manera de aplicar el capítulo de inversión ha dado lugar a amplias interpretaciones jamás vistas en un régimen de protección al inversionista. Con este enfoque, cualquier 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 inversionista y Estados al amparo del Capítulo XI, ya que el incumplimiento de estas obligaciones puede ser alegado por un inversionista como menoscabo al nivel mínimo de trato.¹⁰⁵

¹⁰³ Se prevé en el artículo 1112 del TLCAN. Relación con otros Capítulos.

¹⁰⁴ Ver, Howard Mann. Guía realizada por el Instituto Internacional para el Desarrollo Sustentable y World Wildlife Fund. Publicada por el Instituto Internacional de Desarrollo Sustentable. Canadá 2001. p. 19. www.iids.org/pdf/trade_citizensguide_es.pdf. Fecha de consulta: 4 de marzo de 2003.

¹⁰⁵ Idem pp.20 y 47.

4.3.3 Dictamen de los Tribunales sobre la Legislación Nacional de un País

El tribunal que examinó el caso Metalclad, dictaminó a cerca de la legislación mexicana y fue más allá del alcance del Capítulo XI. 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, debido a que el estado de San Luis Potosí promulgo un decreto ecológico que afecto la inversión de la empresa Metalclad.

El dictamen del fallo del Tribunal del TLCAN es un precedente terrible para los gobiernos municipales y estatales, de los tres países miembros del tratado, ya que estos podrían ser cuestionados en sus facultades y competencias para realizar acciones de protección a la salud y el medio ambiente de sus poblaciones. De este modo los intereses de empresas extranjeras establecen su primacía por encima de consideraciones de salud y bienestar de las poblaciones y comunidades en donde los capitales transnacionales pretenden asentarse.¹⁰⁶

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 una legislación nacional es preocupante, desde una perspectiva democrática. Primero por que los árbitros no están obligados de conocer la legislación nacional de la Parte cuya medida es objeto de la demanda. Tal vez, el arbitraje sea el primer contacto significativo de los árbitros con la

¹⁰⁶ Bejarano, Fernando, “El deposito de residuos tóxicos de Matclad, en Guadalcázar, San Luis Potosí”, en Respuestas sociales ante la integración: impactos sociambientales del TLCAN. Coordinadoras Hilda Salazar y Laura Carlsen. www.rmalc.org.mx/documentos/casos1.pdf.

legislación y el sistema jurídico de la Parte en cuestión. Y en segundo lugar por que el sistema jurídico del capítulo de inversión no prevé ninguna de las salvaguardias básicas normalmente asociadas a un tribunal de primera instancia en los sistemas jurídicos nacionales, esto se refiere a lo que ya habíamos mencionado antes, hay poco o ningún acceso público al proceso, y hay derechos limitados de apelación, sienta estos dos mecanismo claves de rendimiento de cuentas a nivel judicial en el plano nacional.¹⁰⁷

4.3.4 Apelación.

Las controversias que son sometidas al arbitraje del Capítulo XI no tiene la posibilidad de apelar la decisión de un Tribunal ante un órgano del TLCAN. A falta de un proceso de apelación adecuado, como el que existe para los casos de solución de diferencias comerciales en la Organización Mundial del Comercio (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. A cada arbitraje se le asigna una ubicación legal por medio de una orden del Tribunal. La revisión judicial sólo es posible en esa ubicación en cada caso dado, con los límites estipulados por la legislación de esa jurisdicción.¹⁰⁸

¹⁰⁷ Idem pp. 47 y 48.

¹⁰⁸ Ver, Howard Mann. Guía realizada por el Instituto Internacional para el Desarrollo Sustentable y World Wildlife Fund. Publicada por el Instituto Internacional de Desarrollo Sustentable. Canadá 2001. p. 53. www.iids.org/pdf/trade_citizensguide_es.pdf. Fecha de consulta: 4 de marzo de 2003.

La norma para la revisión de los arbitrajes es que haya tal error en el laudo que signifique que el Tribunal ha actuado fuera de su competencia, lo cual anula su autoridad para llegar a una decisión que sea obligatoria.¹⁰⁹

Un ejemplo claro de esta situación es el caso Metalclad, donde el gobierno de México una vez conocedor del fallo del Tribunal en su contra, presentó una petición ante la Corte Suprema de la provincia canadiense de British Columbia, en octubre de 2000, solicitando el examen o la apelación del fallo del Tribunal¹¹⁰. Esta petición se presentó en Canadá debido a que la ubicación judicial del Tribunal estaba en la ciudad de Vancouver. La petición de México consistía en los siguientes reclamos:

- El tribunal había excedido sus poderes al incluir disposiciones de otras partes del TLCAN, como partes centrales de su fallo jurídico; al 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, ni explicar sus razones para ello.

¹⁰⁹ Cosby, Aarón. El capítulo 11 del TLCAN y el medio ambiente. Documento de información para el Comité Consultivo Público Conjunto de la Comisión para la Cooperación Ambiental. Ottawa, 17 – 18 de junio de 2002. www.iisd.org. Fecha de consulta: 30 de Enero de 2003.

¹¹⁰ Un examen permite a la Corte anular toda o parte de la decisión del Tribunal por exceso de jurisdicción. Una apelación permite a la Corte sustituir la decisión del Tribunal por otra.

La Suprema Corte de British Columbia falló a favor de Metalclad, desechando una parte significativa del laudo arbitral pues coincidió con México en que el Tribunal había excedido sus atribuciones, al establecer que los actos del Ayuntamiento de Guadalcázar y otras autoridades mexicanas eran violatorias del tratado. Desechó las determinaciones de violación al artículo 1105 y algunas de las determinaciones en materia de expropiación, dejando claro que el decreto ecológico si constituía una medida equivalente a expropiación, sin embargo la Corte declinó interferir con la determinación del tribunal.¹¹¹

La decisión que tomo la Corte Canadiense fue más justa que la que había tomado el Tribunal arbitral, aunque considerar que la declaratoria de Decreto Ecológico es una medida equivalente a expropia es decir que el gobierno de un país no puede proteger su medio ambiente si esto implica una afectación de una inversión extranjera. Aunque es importarte tomar en cuenta que la declaratoria del Decreto ecológico se hizo ya cuando el confinamiento estaba funcionando. Lo correcto hubiera sido que las autoridades federales en conjunto con las estatales y municipales negaran desde un principio el permiso para establecer la inversión en ese lugar.

Es importante comentar que no es una buena opción tener que apelar las decisiones de los tribunales arbitrales ante Cortes nacionales, ya que en primer lugar se habla de controversias internacionales, por que pueden comprender a un país y a un

¹¹¹ National Court Decision: Supreme Court of British Columbia, Reasons for Judgment of May 2, 2001, The United Mexican States v. Metalclad Corporation, 2001 BCSC 664.

inversionista originario de otro país distinto al de la sede de la inversión. Estas cortes son ajenas a los casos por lo que no hay una continuidad en el procedimiento.

En la práctica es común que las partes contendientes remitan al tribunal ciertos extractos de decisiones que se han tomado en otros casos sujetos al mecanismo de solución de controversias del Capítulo XI, pero esto no tiene la intención de obligar al tribunal a que aplique los mismo criterios que en casos anteriores, ya que los tribunales no están obligados aceptar dichas interpretaciones, sino se utilizan para persuadir al tribunal para que falle en el mismo sentido. Hay que recordar que el objeto del capítulo XI, que recoge la Ley sobre Celebración de Tratados, en su artículo 8, es el de establecer un mecanismo de solución de controversias en materia de inversión que asegure un trato igual a los inversionistas, esto de acuerdo con el principio de reciprocidad internacional y apegado a un debido proceso ante un tribunal imparcial, este punto es importante ya que el inversionista busca que el Tribunal se encuentre en libertad para decidir la controversia, por lo que depende de este si aplica o no criterios de otros tribunales.¹¹²

En teoría, la decisión sobre un caso no es jurídicamente vinculante para ningún Tribunal futuro, cada uno goza legalmente de libertad de tener su propia interpretación. En la práctica sin embargo las decisiones primeras de los Tribunales sobre un convenio con 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

¹¹² Consulta hecha al Mtro. Máximo Romero Jiménez. Fecha de la consulta: 25 de septiembre de 2002.

tales tendencias solo si hay razones imperiosas para hacerlo. Como resultado, los casos anteriores siempre desempeñaran un papel práctico importante en el proceso decisorio de un tribunal, aún cuando no sean jurídicamente vinculantes para éstos.¹¹³

Podría decirse que en los casos que se han resuelto hasta la fecha en el marco del mecanismo de solución de controversias del Capítulo XI, la ausencia de una función vinculante (conocida generalmente como la regla de *stare decisis*) es útil por ahora, dadas las perturbadoras decisiones. Sin embargo a más largo plazo, es motivo de inquietud que la ausencia de una interpretación coherente del capítulo de inversión del TLCAN pueda conducir a la pérdida de certidumbre de los gobiernos y de comprensión pública respecto a las obligaciones gubernamentales.¹¹⁴

El anterior comentario es importante debido a que en la actualidad no hay un gran número de controversias que se estén resolviendo en el seno del mecanismo del Capítulo XI y por ello el trabajo de los tribunales es eficaz y ágil, pero con el transcurso de los años el porcentaje de casos sometidos a este mecanismo se irá incrementando y entonces va a ser necesario la creación de un jurisprudencia para que la labor de los tribunales sea pronto y efectiva.

Algunos observadores han sugerido que en la jurisprudencia del Capítulo XI se encontraría la solución de muchos problemas que se presentan en los tribunales, como es

¹¹³ Ver, Howard Mann. Guía realizada por el Instituto Internacional para el Desarrollo Sustentable y World Wildlife Fund. Publicada por el Instituto Internacional de Desarrollo Sustentable. Canadá 2001. p. 48. www.iids.org/pdf/trade_citizensguide_es.pdf. Fecha de consulta: 4 de marzo de 2003.

¹¹⁴ Idem, p 49.

el que acabamos de mencionar, la interpretación de conceptos del TLCAN.¹¹⁵ Pero es importante decir que los procedimientos están faltos de transparencia, de legitimidad y de rendición de cuentas, lo que convertiría la noción de jurisprudencia es una propuesta fallida, ya que nunca se ha tenido la seguridad de que toda la información que se crea con motivo de los procedimientos este disponible y no se puede corroborar las declaraciones de las partes en litigio, en el sentido de que la información necesaria se ha hecho pública. Todo lo dicho antes dificultaría la creación de una jurisprudencia coherente.

La solución para que los paneles fueran objetivos en la interpretación de los preceptos del TLCAN sería poner un límite a la interpretación que de estos pueden hacer los tribunales, esto sería un trabajo de la Comisión de Libre Comercio, ya que según lo que establece el artículo 1131 (2) la interpretación que formule sobre las disposiciones del TLCAN, serán obligatorias para los tribunales establecidos conforme al mecanismo del Capítulo XI.

Un ejemplo de esto es el pronunciamiento de la Comisión sobre el alcance del artículo 1105 (nivel mínimo de trato) y de la transparencia.

Según el Maestro Máximo Romero, si los laudos sentaran precedente, evitarían que en muchos de los casos de arbitraje se aplicaran las interpretaciones de la Comisión,

¹¹⁵ Ver, Howard Mann y Konrad von Moltke, “La protección de los derechos de los inversionistas y el bienestar público; Evaluación del Capítulo XI del TLCAN”.p 26. <http://www.iisd.org/trade/ILSDWorkshop>. Fecha de consulta: 28 de enero de 2003.

cuando los precedentes fueran contrarios a la intención de los negociadores del tratado, vulnerando en este caso la integridad de este.¹¹⁶

Después de haber analizado los casos y de hacer el estudio sobre el precedente hay que mencionar que no es una buena opción crear jurisprudencia de los laudos del capítulo XI debido a todas las fallas que enfrenta este mecanismo de solución de controversias, ya que haría que decisiones con grandes defectos fueran obligatorias para futuros arbitrajes, lo que produciría la decadencia del procedimiento al volverse injusto para las partes en litigio. Primero habría que corregir las inconsistencias y llenar los vacíos que posee el mecanismo.

¹¹⁶ Consulta hecha al Mtro. Máximo Romero Jiménez. Fecha de la consulta: 25 de septiembre de 2002.

