

SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN MATERIA DE INVERSIÓN EXTRANJERA: CAPÍTULO XI

Mauricio Foeth Persson

A. Introducción

I. Fundamento legal del TLCAN

Por mucho tiempo, México fue un país con una economía cerrada como la de Polonia o España. A partir de 1986, hubo un fuerte cambio en la política económica del país con las negociaciones de acceso al sistema del Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio de 1947 (GATT 47 por sus siglas en inglés), que años más tarde llevó al GATT de 1994 (GATT 94), y a la formación de la Organización Mundial del Comercio con sede en Ginebra (OMC).¹ El GATT 47 consagró en su cláusula I (Artículo III del GATT 94) el principio de trato de “Nación más Favorecida” como un componente esencial. Este principio es un compromiso sobre la no discriminación de parte de un país, de conceder el trato comercial más favorable posible incluyendo el ofrecimiento de las tasas arancelarias más bajas que aplique a cualquier otro país. Todos los signatarios del GATT se comprometen a aplicar este principio. De acuerdo con el principio, cuando un país conviene en eliminar los aranceles de un producto en especial, importado de un país, la reducción arancelaria automáticamente se aplica a las importaciones de este producto, provenientes de cualquier otro país elegible para el trato de Nación más Favorecida. Por ende, cuando un miembro de la OMC se adhiere a un acuerdo de integración regional mediante el cual otorga a las demás partes del acuerdo condiciones más favorables en materia de comercio que las que concede a los otros miembros de la OMC, se aparta del principio de Nación más Favorecida. Sin embargo, los miembros de la OMC pueden adherirse a acuerdos de este tipo bajo determinadas condiciones que se estipulan en tres series de normas: (i) los párrafos 4 a 10 del Artículo XXIV del GATT, que contienen disposiciones relativas al establecimiento y funcionamiento de uniones aduaneras y zonas de libre comercio; (ii) la Cláusula de Habilitación,² que se refiere a los acuerdos comerciales preferenciales entre

¹ La OMC fue establecida el 1 de enero de 1995 por las negociaciones de la Ronda Uruguay (1986-94); tiene su Sede en Ginebra, Suiza, y tiene 149 países miembros (al 11 de diciembre de 2005) <http://www.wto.org>

² Decisión de 1979 sobre trato diferenciado y más favorable, reciprocidad y mayor participación de los países en desarrollo.

países miembros en vías de desarrollo, y (iii) el Artículo V del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS) que rige la conclusión de acuerdos comerciales regionales en la esfera del comercio de servicios.

Por eso, se puede decir que el fundamento legal para todos los tratados de libre comercio regionales, incluyendo al Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN),³ es el Artículo XXIV del GATT 94.

II: Capítulo XI del TLCAN

El TLCAN es un tratado comercial que busca la eliminación de los derechos aduanales en los intercambios comerciales entre México, Canadá y Estados Unidos. El TLCAN, así como sus acuerdos paralelos sobre el medio ambiente y el trabajo, entraron en vigor el primero de enero de 1994, cinco años después del Tratado de Libre Comercio entre Canadá y Estados Unidos. Está compuesto por 22 capítulos, más anexos, que regulan todos los puntos comerciales necesarios entre los Estados miembros del TLCAN (“Partes” o “Parte”).⁴ El Capítulo XI se refiere a la regulación de conceptos de inversión y pone a disposición de los inversionistas un mecanismo de solución de controversias contra una Parte que viole sus derechos. Poner a disposición de los inversionistas este mecanismo no quiere decir que ellos también formen parte del tratado. Los sujetos del TLCAN son los Estados, ya que el TLCAN es un tratado internacional al que aplica el derecho internacional público. Al poner a disposición de los inversionistas extranjeros un mecanismo de solución de controversias, se les concede un derecho de acción a hacer valer violaciones de disposiciones del tratado. Las Partes no se comprometieron con los nacionales particulares. Más bien, se obligaron en base del derecho público frente a las otras Partes a respetar ciertas disposiciones y principios. Pero en vez de que el Estado haga valer la violación a esos principios, se le dio al inversionista esta posibilidad.

La demanda, según el Capítulo XI, es una poderosa herramienta de derecho internacional que puede ser utilizada por inversionistas extranjeros, ya sea mexicanos, estadounidenses o canadienses, contra gobiernos (las “Partes” o la “Parte”) que integran el TLCAN —excepto su propio gobierno— y que han violado sus obligaciones internacionales de acuerdo al TLCAN.⁵ El mecanismo empleado en este capítulo es una combinación de instrumentos que han mostrado ser de utilidad en la solución de controversias entre Estados.⁶ Lo novedoso de este mecanismo de solución de controversias entre inversio-

3 Tratado de Libre Comercio de América del Norte entre el Gobierno del Canadá, el Gobierno de los Estados Unidos de América y el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos, en vigor desde 1 de enero de 1994, publicado en el Diario Oficial de la Federación de fecha 20 de diciembre de 1993. En México, el TLCAN es de carácter autoaplicativo. Es un tratado internacional regido por las normas del derecho internacional público. Fue negociado por el poder ejecutivo (Artículo 89 (x) constitucional) y aprobado por el Senado (Artículo 76 (i) constitucional).

4 Comúnmente se le denomina “comprehensive” como derivado de la voz inglesa “comprehensive”. Como bien dice Rodolfo Cruz Miramontes, esta clasificación es errónea ya que la palabra “comprehensive” se refiere a persona, no cosas. El tratado de libre comercio de América del Norte y las denominadas “Cartas Paralelas”, en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, volumen 1, 2001, p. 124.

5 Ian A. Laird, “The Nuts and Bolts of Nafta Chapter 11 Arbitrations”, en Leon E. Trakman, Nick W. Ranieri, Marlon Omar Lopez Zapata (eds.), *Doing Business in Mexico*, vol. 1, Ardsley, Nueva York, p. 41.

6 *Ibidem*, op. cit., p. 42.

nistas y Estados es que se aplica con éxito entre Canadá y Estados Unidos, dos Estados industrializados.⁷

Según el derecho internacional público tradicional, la violación de derechos derivados de acuerdos internacionales entre Estados se resuelve mediante negociación diplomática o por medio de procedimientos institucionales de solución de controversias como son los "Claims Commissions" o la Corte Internacional de Justicia, con sede en La Haya, Países Bajos.⁸ Aquellos nacionales que quieran demandar a una Parte tendrán que acudir a la ayuda de su Estado para que éste demande al Estado que violó los derechos del nacional.⁹ En los últimos años, se han incorporado a los Acuerdos para la Protección y Promoción Recíproca de las Inversiones (APPRIS) instrumentos de solución de controversias entre Estado e inversionista o arbitraje mixto, dando oportunidad a inversionistas privados a demandar a Estados que formen parte del APPRIS. La fundación en el año 1966 del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)¹⁰ del Banco Mundial, con sede en Washington D.C., también propició la solución de disputas entre gobiernos y nacionales de otros Estados. El CIADI fue establecido con el fin de dar facilidades para la solución por medio de la conciliación y el arbitraje de las diferencias relativas a inversiones existentes entre los gobiernos y los inversionistas extranjeros privados. El centro se creó como consecuencia del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados que entró en vigor en 1966 (Convenio del CIADI).

El Capítulo XI del TLCAN retoma estas experiencias ganadas con los APPRIS, el CIADI y las demás instituciones para la protección de inversiones privadas y la solución de disputas entre Estados y nacionales.

Más que eso, el Capítulo XI codifica una nueva corriente en el arbitraje internacional que es un proceso consensual. Esto significa que, como sus facultades derivan del acuerdo de arbitraje, los árbitros deben respetar el mandato de las partes sobre el alcance de la materia. La competencia del Tribunal está definida por el sometimiento de las partes al arbitraje. Por ende, un Tribunal Arbitral sólo tiene competencia para resolver aquellas disputas que las partes han acordado. De ahí deriva el estatus de igualdad de las partes ante el Tribunal Arbitral y el procedimiento arbitral. Más aún, cuando una parte es, como en el arbitraje del Capítulo XI, un Estado soberano. De ahí la novedad: la igualdad entre un Estado soberano y un particular ante un Tribunal Arbitral.¹¹

7 *Idem*.

8 Knut Ipsen, *Derecho Internacional Público (Völkerrecht, ein Studienbuch)*, 4ª edición, Munich 1999, párrafo 40, número de margen 49.

9 Volker Epping en Ipsen, *op. cit.*, párrafo 7, número de margen 1.

10 El CIADI proporciona servicios para la conciliación y el arbitraje de diferencias en materia de inversión entre Estados Contratantes y nacionales de otros Estados Contratantes. El Convenio del CIADI se complementó mediante el Reglamento y las Reglas adoptadas por el Consejo Administrativo del CIADI de conformidad con el Artículo 6 (1) (a)-(c) del Convenio del CIADI. El Reglamento y las Reglas del CIADI incluyen el Reglamento Administrativo y Financiero; las Reglas Procesales Aplicables a la Iniciación de los Procedimientos de Conciliación y Arbitraje; las Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Conciliación; y las Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje. Las últimas enmiendas al Reglamento y las Reglas del CIADI adoptadas por el Consejo Administrativo del Centro entraron en vigor el 10 de abril de 2006; <http://www.worldbank.org/icsid/>.

11 Laird, *op. cit.*, p. 42.

El TLCAN establece tres tipos de mecanismos para la solución de controversias. Por un lado, el mecanismo general, para resolver controversias entre los Estados sobre la interpretación y aplicación del Tratado, Capítulo XX. Por otro, el mecanismo sobre cuotas *antidumping* y compensatorias, para resolver controversias que los particulares tienen con el Estado sobre dicha materia, Capítulo XIX. Finalmente, el mecanismo sobre inversión, para resolver controversias entre los inversionistas y el Estado, contenido en el Capítulo XI del TLCAN, y que constituye el tema de este trabajo.

El Capítulo XI del TLCAN está dividido en dos secciones. Por un lado, la sección A, que regula las disposiciones sustantivas que protegen a los inversionistas y sus inversiones así como el trato que las Partes han acordado darles a aquéllos, y por otro lado la sección B, que proporciona el instrumento para la defensa del inversionista contra medidas violatorias del Estado anfitrión.

III. Cláusula Calvo

Al negociar el TLCAN se planteó la pregunta de la compatibilidad del tratado y en especial de sus disposiciones de solución de controversias con la Cláusula Calvo, la cual se encuentra consagrada en la constitución Federal, Artículo 27, fracción I, y señala:

Sólo los mexicanos por nacimiento o por naturalización y las sociedades mexicanas tienen derecho para adquirir el dominio de las tierras, aguas y sus accesiones, o para obtener concesiones de explotación de minas o aguas. El Estado podrá conceder el mismo derecho a los extranjeros, siempre que convengan ante la Secretaría de Relaciones en considerarse como nacionales respecto de dichos bienes y en no invocar por lo mismo la protección de sus gobiernos por lo que se refiere a aquéllos; bajo la pena, en cuanto de faltar al convenio, de perder en beneficio de la Nación los bienes que hubieren adquirido en virtud del mismo.

Ésta es para tales efectos la denominada Cláusula Calvo, que pone al extranjero al mismo nivel que al nacional y prohíbe la intervención diplomática internacional. El TLCAN le proporciona al inversionista un derecho de acción en contra del Estado que tiene expresamente por motivo evitar la intervención e interposición del Estado extranjero. Por ende, la intención del legislador en el Artículo 27 fracción I es respetada.

B. Disposiciones sustantivas de la sección A del Capítulo XI

Antes de tratar el mecanismo de arbitraje de la sección B, habrá que mencionar brevemente las principales disposiciones sustantivas de la sección A del Capítulo XI.

I. Derecho aplicable al fondo

Los principios contenidos en esta sección son los que comúnmente se establecen en otros convenios y tratados de comercio internacional. El derecho sustancial que rige el

arbitraje del Capítulo XI es el derecho internacional y no el derecho local o nacional de uno de las Partes.¹² En especial, la decisión de los árbitros deberá ser “de conformidad con este Tratado”¹³. Así, los árbitros no se podrán limitar al Capítulo XI si no que deberán tomar en cuenta todo el tratado y sus objetivos del Capítulo I.¹⁴

II. “Trato mínimo”

Las Partes deberán proporcionar un estándar de tratamiento de inversiones extranjeras de acuerdo con el “derecho internacional”, incluyendo un “tratamiento justo e igualitario”.¹⁵ Los principios antes mencionados han causado problemas en cuanto a su contenido legal, y llevaron a los tribunales a extensas discusiones sobre lo que abarcan esos principios. En el caso *Pope & Talbot, Inc. y el Gobierno de Canadá*,¹⁶ el Tribunal interpretó el Artículo 1105 enfocándose en el elemento de un trato justo y equitativo de los estándares comunes aplicados en los Estados parte del TLCAN.¹⁷ Para ayudarse, los árbitros se podrán dejar guiar por la interpretación del Artículo 42 del reglamento de arbitraje del Convenio del CIADI (Reglamento del Convenio del CIADI). Al igual que el Artículo 1131, el Artículo 42¹⁸ del reglamento del Convenio del CIADI prevé la aplicación del derecho internacional. Según el mismo CIADI,¹⁹ el Artículo 42 del Reglamento del CIADI deberá interpretarse en conjunto con el Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Éste exige la aplicación de los convenios internacionales, los usos internacionales, los principios generales del derecho y subsidiariamente para la determinación de las reglas de derecho, las decisiones judiciales y la dogmática de derecho internacional.²⁰ En adición a la utilización de las decisiones judiciales como fuentes subsidiarias del derecho internacional, hay opiniones que propagan también la consideración de laudos arbitrales para la interpretación.²¹

12 Artículo 1131; en adelante, artículos sin mención de la ley o tratado serán los del TLCAN: Laird, *op. cit.*, p. 44.

13 Artículo 1131.

14 Claus von Wobeser, *Arbitraje entre los Estados e inversionistas de acuerdo al TLCAN y a los APPRI suscritos por México*, en *El Foro, Órgano de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, A.C.*, Undécima Época, T. XII, Numero 2, Segundo Semestre 1999, Ciudad de México, p. 28.

15 Artículo 1105; en caso de pérdida de inversiones por conflictos armados u otros casos se deberá proporcionar un trato no discriminatorio con respecto a medidas en relación a las pérdidas.

16 *Pope & Talbot, Inc. and Government of Canada*, Award on the merits of phase 2, April 10, 2001, at 118.

17 *Pope & Talbot*, at 118.

18 El Artículo 42 prevé: (1) El Tribunal decidirá la diferencia de acuerdo con las normas de derecho acordadas por las partes. A falta de acuerdo, el Tribunal aplicará la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de derecho internacional privado, y aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables. (2) El Tribunal no podrá eximirse de fallar so pretexto de silencio u oscuridad de la ley. (3) Las disposiciones de los precedentes apartados de este Artículo no impedirán al Tribunal, si las partes así lo acuerdan, decidir la diferencia *ex aequo et bono*.

19 Reporte del Consejo de Directores del Banco Mundial sobre la Convención del CIADI, publicado por el CIADI en el documento ICSD/2.

20 Artículo 38 (1) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

21 Von Wobeser, *op. cit.*, p. 29.

Otro elemento que puede ayudar a la interpretación del concepto de derecho internacional es el Lineamiento para el Tratamiento de la Inversión extranjera Directa,²² elaborado por el Banco Mundial, cual son un sumario de principios rectores de derecho internacional acompañados por consejos prácticos del Banco Mundial para su interpretación.

La mención de principios sin definición o interpretación concreta en el Capítulo XI, como es el del “derecho internacional”, puede llevar a que la parte más fuerte interprete las disposiciones según más le convenga.²³ Esto llevó a que la Comisión de Libre Comercio del TLCAN²⁴ emitiera una nota interpretativa sobre el nivel mínimo de trato conforme al derecho internacional.²⁵ Según el Artículo 1131 (2), esta decisión de la Comisión es “obligatoria para un tribunal establecido de conformidad con esta sección”.

III. Trato nacional

Según el principio del trato nacional,²⁶ el Estado miembro deberá tratar a inversionistas e inversiones extranjeras igual que a inversionistas e inversiones nacionales similares. Por ejemplo, un Estado miembro no podrá requerir de un inversionista foráneo que un nivel mínimo de participación accionaria en una empresa esté en manos de nacionales. Al respecto el caso S.D. Myers, Inc. y el Gobierno de Canadá, el Tribunal Arbitral sostuvo que, al decidir si hubo violación del Artículo 1102, el Tribunal no debería limitarse a examinar si existe una falta de distinciones explícitas entre inversionistas extranjeros y nacionales. Más bien, el Tribunal deberá examinar la intención de la Parte al implementar la medida y su efecto práctico al igual que las circunstancias del caso y así examinar si la violación del Artículo 1102 ocurrió en “circunstancias similares”.²⁷ El Tribunal decidió que debería considerar el concepto legal del Artículo 1102 en su conjunto, incluyendo el TLCAN y otros tratados adicionales que se refieren al medioambiente. Este punto de vista fue confirmado en el caso Pope & Talbot.²⁸ En el caso S.D. Myers, Inc., el Tribunal argumentó que las Partes tienen el derecho de regular el área ambiental respetando el principio de no crear barreras comerciales.

22 “Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment”, en *For Investment Law Journal*, Vol./, No. 2, Fall 1992, Washington, D.C.

23 Rodolfo Cruz Miramontes, “Las inversiones en el TLCAN: diez años de experiencia, en Estudios Jurídicos en Homenaje a Marta Monriveau, T. II: Sistemas Jurídicos Contemporáneos, Derecho Comparado, Temas Diversos, Nuria Gonzáles Martín (coord.), 2006 IIJ-UNAM, México.

24 Establecida según el Artículo 2001 (1).

25 Nota interpretativa de la Comisión de Libre Comercio del TLCAN de 31 de julio de 2001.

26 Artículo 1102.

27 S.D. Myers, Inc. and Government of Canada, Tribunal Final Merits Award, noviembre 13, 2000, at 243.

28 Pope & Talbot, at. 77.

IV. Trato de Nación más Favorecida

El principio del trato de Nación más Favorecida²⁹ establece que cada una de las Partes otorgará a inversionistas que sean de un Estado miembro del TLCAN un trato no menos favorable que el que otorgue a los inversionistas de cualquier otro Estado miembro o no miembro del TLCAN.

V. Requisitos de desempeño para inversionistas

Según el Artículo 1106, un Estado miembro no podrá imponer requisitos o iniciativas de desempeño a inversiones extranjeras para alcanzar ciertos niveles de contenido nacional u otorgar preferencias a bienes y productos u otras medidas similares. Ningún Estado miembro podrá exigir que los altos ejecutivos de una empresa que sea inversión de un inversionista de otro Estado miembro sean de cierta nacionalidad. La definición de “requisitos de desempeño” ha sido interpretada restrictivamente por los tribunales.³⁰

VI. Reservas y excepciones

El Artículo 1108 contiene excepciones y reservas relativas a los Artículos 1102, 1103, 1106 y 1107. Los dos últimos artículos mencionados se refieren a medidas disconformes estipuladas en los Anexos I y III del TLCAN.

VII. Expropiación y compensación

El Estado miembro no podrá expropiar sin la indemnización apropiada.³¹ Las causas de expropiación pueden ser la utilidad pública sobre bases no discriminatorias o con apego al principio de legalidad y al nivel mínimo de trato acorde con el derecho internacional, como lo prevé el Artículo 1105 (1).

C. Solución de controversias de la sección B

La sección B del Capítulo XI del TLCAN establece un procedimiento arbitral que permite a los inversionistas demandar a un Estado extranjero por violaciones al tratado en materia de inversión que le causen daños pecuniarios.

El objetivo es asegurar la igualdad de trato de los inversionistas de las Partes va conforme con el principio de reciprocidad internacional procurando el respeto de sus garantías legales ante un Tribunal imparcial.³² La meta del TLCAN es la protección de la

29 Artículo 1103.

30 Philip T. Von Mehren, *Cross-border trade and investment with Mexico: NAFTA's new rules of the game*, Irvington-on-Hudson, Nueva Cork, 1997, p. 213.

31 Artículo 1110.

32 Artículo 1115; von Wobeser, *op.cit.*, p. 21.

inversión extranjera. Las Partes del TLCAN no tienen ninguna obligación frente a sus nacionales. Por eso el nacional no puede reclamarle una violación del tratado a un Estado. El extranjero es equiparado al nacional en el tratamiento que se le debe dar.

Este procedimiento también es aplicable en materia financiera, conforme a lo establecido en el Capítulo XIV (servicios financieros) del TLCAN. También aplica en el caso de violaciones a los Artículos 1502 (3) (a) y 1503 (2) del TLCAN en aspectos relacionados con las facultades ejercidas por empresas de gobierno. El objeto de este mecanismo es restituir al inversionista la propiedad de la inversión, o resarcirlo de los daños ocasionados por la violación. Pero no se le puede condenar al pago de daños punitivos.

Al procedimiento de la sección B pueden recurrir inversionistas de una Parte, respecto de sus inversiones en el territorio de otra Parte que haya empleado medidas violatorias. Los inversionistas, sin embargo, no pueden demandar al gobierno del país del cual son nacionales. Esto ha sido criticado como discriminatorio e inequitativo con respecto a inversionistas nacionales, y la posible afectación de la Cláusula Calvo.³³ Esta crítica se basa en la historia mercantil de México que ha sufrido el poder de la inversión extranjera, en especial la estadounidense, y que ha llevado a la creación de un “derecho interno nacional de inversión extranjera”.³⁴ Esta negativa es congruente con el principio de reciprocidad internacional. Aun cuando los nacionales de un país no pueden demandar a su gobierno por violaciones en la materia, sí gozan de ese derecho respecto de sus inversiones en otra parte del TLCAN. Además, las Partes no quisieron darle a sus inversionistas nacionales la posibilidad de acudir al procedimiento arbitral para no perder su soberanía.³⁵

Según dispone la sección B, el arbitraje deberá ser conducido por un Tribunal Arbitral de tres árbitros³⁶ y bajo el reglamento de arbitraje del Convenio del CIADI (Reglamento del Convenio del CIADI) cuando el Estado demandado y el Estado al que pertenece el inversionista hayan suscrito este convenio, o bien, las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI (Reglamento Complementario del CIADI) o de Las Reglas de la Comisión de las Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil Internacional (Reglamento de la CNUDMI).³⁷

El Capítulo XI prevé una serie de pasos antes de que se inicie un arbitraje basado en la sección B. Estos mecanismos tienen por objeto facilitar una solución amigable. En concreto, el Capítulo XI prevé tres niveles. Primero, el inversionista que quiera defenderse contra una medida violatoria de un Estado miembro mediante una

33 Cruz, *op. cit.*, p. 247; Óscar Cruz Barney, “Protección al medio ambiente y solución de controversias en materia de inversiones en el TLCAN”, en *Revista Latinoamericana de Derecho*, Año 2, núm. 3, enero-junio 2005, p. 27.

34 Cruz, *op. cit.*, p. 248.

35 Von Mehren, *op. cit.*, p. 213.

36 Ver *infra* C.III.

37 Ver *infra*.C.I.6. Toda vez que México no es parte del CIADI, es recomendable elegir las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI o del UNCITRAL para resolver una controversia, véase Waste Management, INC. y Estados Unidos Mexicanos, CIADI (Mecanismo Complementario), Caso Núm. ARB(AF)/98/2, p. 11, § 12 (en adelante “Waste Management y México”).

demanda de arbitraje deberá anunciar dicha demanda al Estado violador. Para eso tendrán que haber pasado seis meses desde la medida que violó los derechos del inversionista. Además, el inversionista deberá tomar en cuenta un plazo de prescripción de tres años para todos sus derechos. Segundo, después de haber anunciado la demanda, el TLCAN prevé consultas y negociaciones entre el inversionista y el Estado para resolver la disputa. Finalmente, solamente si las consultas no llegan a solucionar el problema, se podrá convocar el Tribunal. Una vez entrada a la fase arbitral, la Sección B del Capítulo XI establece en su Artículo 1121 una serie de condiciones previas al procedimiento arbitral, como son la presentación del consentimiento de la parte demandante y la renuncia a la vía judicial nacional de las disposiciones a que se refiere el Artículo 1117 y que se tratarán mas adelante.³⁸

I. Requisitos de la demanda

Un inversionista de una de las Partes que sostiene que un gobierno anfitrión no ha cumplido con sus obligaciones relativas a la inversión, podrá someter su reclamación por vía del arbitraje previa notificación de su intención a la parte contendiente al menos 90 días antes de la presentación formal de la reclamación ante el Secretario General del CIADI.³⁹ El Artículo 1120 permite al inversionista el sometimiento formal de su reclamación a diversos mecanismos de arbitraje.

Cabe mencionar que México hizo una reserva⁴⁰ al artículo antes mencionado, en la cual no aceptó que se le pueda demandar argumentando la violación del Artículo 1120 por la vía de arbitraje y por la vía judicial gubernamental mexicana. En este caso la elección de un procedimiento judicial invocando la violación del Artículo 1120 excluye el arbitraje según el Capítulo XI, a menos que el procedimiento judicial no se haya basado en la violación del Artículo 1120.⁴¹

Por lo que se refiere a la jurisdicción *ratione materiae*, el Artículo 1101 (1) prevé lo siguiente:

Sección A – Inversión, Artículo 1101: Ámbito de aplicación

- 1. Este capítulo se aplica a las medidas que adopte o mantenga una Parte relativas a:*
 - a. los inversionistas de otra Parte;*
 - b. las inversiones de inversionistas de otra Parte realizadas en territorio de la Parte; y*
 - c. en lo relativo al Artículo 1106 y 1114, todas las inversiones en el territorio de la Parte.*

Además, el Artículo 1116 clarifica que la disputa en cuestión se refiere a una demanda por violación de una obligación contenida en la sección A y algunas del Capítulo XV y que la violación causó daños. Al respecto los Artículos 1116 y 1117 leen:

38 Artículo 1121.

39 Artículo 1119.

40 Anexo 1120.1 del TLCAN.

41 Von Wobeser, *op. cit.*, p. 24.

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

1. De conformidad con esta sección el inversionista de una Parte podrá someter a arbitraje una reclamación en el sentido de que otra Parte ha violado una obligación establecida en:

- a. la Sección A o el Artículo 1503 (2), "Empresas del estado"; o
- b. el párrafo 3(a) del Artículo 1502, "Monopolios y empresas del Estado", cuando el monopolio ha actuado de manera incompatible con las obligaciones de la Parte de conformidad con la Sección A; y que el inversionista ha sufrido pérdidas o daños en virtud de la violación o a consecuencia de ella.

2. El inversionista no podrá presentar una reclamación si han transcurrido más de tres años a partir de la fecha en la cual tuvo conocimiento por primera vez o debió haber tenido conocimiento de la presunta violación, así como conocimiento de que sufrió pérdidas o daños.

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

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

- a. la Sección A; o el Artículo 1503(2) "Empresas del estado" o
- b. el Artículo 1502(3)(a) "Monopolios y empresas del Estado", cuando el monopolio haya actuado de manera incompatible con las obligaciones de la Parte de conformidad con la Sección A, y que la empresa haya sufrido pérdidas o daños en virtud de esa violación o a consecuencia de ella.

2. Un inversionista no podrá presentar una reclamación en representación de la empresa a la que se refiere el párrafo 1, si han transcurrido más de tres años a partir de la fecha en la cual la empresa tuvo conocimiento por primera vez, o debió tener conocimiento de la presunta violación y de que sufrió pérdidas o daños.

3. Cuando un inversionista presente una reclamación de conformidad con este artículo y de manera paralela el inversionista o un inversionista que no tenga el control de una empresa, presente una reclamación en los términos del Artículo 1116 como consecuencia de los mismos actos que dieron lugar a la presentación de una reclamación de acuerdo con este artículo, y dos o más demandas se sometan a arbitraje en los términos del Artículo 1120, el tribunal establecido conforme al Artículo 1126, examinará conjuntamente dichas demandas, salvo que el tribunal determine que los intereses de una parte contendiente se verían perjudicados.

4. Una inversión no podrá presentar una reclamación conforme a esta sección.

En especial, el inversionista que quiera llevar una demanda bajo las reglas del Capítulo XI deberá satisfacer los siguientes seis requisitos⁴² de la sección B: se deberá tratar de: 1. un inversionista con inversiones; 2. debe existir una medida y las limitaciones de tiempo tendrán que ser respetadas; 3. la medida debe violar las disposiciones del TLCAN; 4. la violación deberá haber causado daños al inversionista y a su inversión; 5. se deberá presentar el consentimiento de la parte demandante, así como una renuncia a su derecho a ir ante un tribunal judicial, y 6. la demanda deberá ser promovida bajo las reglas del Banco Mundial o del Reglamento de Arbitraje de las Naciones Unidas.

⁴² Laird, *op. cit.*, p. 45.

1. Inversionistas e inversiones

De acuerdo con el Artículo 1139, un “inversionista de una Parte” se define como una “Parte o una empresa de la misma, o un nacional o empresa de dicha Parte, que pretenda realizar, realiza o ha realizado una inversión”. “Empresa” significa una “empresa tal como se define en el Artículo 201, Definiciones de aplicación general, y las sucursales de esa empresa”. El Artículo 201 dispone que la empresa sea “cualquier entidad constituida u organizada conforme al derecho aplicable, tenga o no fines de lucro y sea de propiedad privada o gubernamental, incluidas cualesquiera sociedades, fideicomisos, asociaciones (*partnerships*), empresas de propietario único, co-inversiones u otras asociaciones”. Las definiciones del Capítulo XI de “inversión” e “inversionista de otra Parte” son prácticamente las “reglas de origen” del Capítulo XI sobre la inversión y tienen el mismo efecto que las “reglas de origen” para bienes.⁴³

Mientras el Artículo 1116 permite que un inversionista someta por su propia cuenta a arbitraje a una Parte por pérdidas o daños, el Artículo 1117 permite al inversionista actuar en representación de una empresa propiedad del inversionista.

Por lo que se refiere a demandas de empresas, el derecho internacional ha desarrollado dos teorías para determinar qué país tiene la jurisdicción para resolver sobre la demanda:

- 1) El lugar de incorporación de la empresa, o
- 2) La nacionalidad de los accionistas que controlan la empresa.

El TLCAN adoptó la segunda opción que se enfoca en la nacionalidad de los accionistas que deseen demandar a un Estado en nombre de la inversión. El Capítulo XI ofrece tres posibilidades bajo las cuales el inversionista puede iniciar un arbitraje.⁴⁴

- 1) Demanda ejercida con base en el interés del accionista,
- 2) Demanda ejercida con base en derechos de mayoría, o
- 3) Demanda ejercida con base en derechos de accionistas que controlan la sociedad.

a. Demanda ejercida con base en el interés del accionista

Accionistas que no tengan el control podrán entablar una demanda con respecto al interés de sus acciones. Los daños están limitados al interés agregado. El TLCAN claramente prevé la posibilidad de una demanda *pro rata* de un inversionista no controlador como se puede ver en el Artículo 1117 (3):

Cuando un inversionista presente una reclamación de conformidad con este artículo y de manera paralela el inversionista o un inversionista que no tenga el control de una empresa, presente una reclamación en los términos del Artículo 1116 como consecuencia de los mismos actos que dieron lugar a la presentación de una reclamación de acuerdo con este artículo, y dos o más demandas se sometan a arbitraje en los términos del Artículo 1120, el tribunal establecido conforme al

43 Von Mehren, *op. cit.*, p. 3.

44 Laird, *op. cit.*, p. 49.

Artículo 1126, examinará conjuntamente dichas demandas, salvo que el tribunal determine que los intereses de una parte contendiente se verían perjudicados.

b. Demanda ejercida con base en derechos de mayoría

El derecho internacional ha establecido que se podrá hablar de una mayoría de propiedad a partir del 50% de la acciones de la empresa. Esta tendencia se ve reflejada en el requisito del Iran-United States Claims Tribunal Claims Settlement Declaration,⁴⁵ el cual requería del demandante la mayoría de las acciones.⁴⁶

En consecuencia, si el inversionista afirma que controla directamente o indirectamente una empresa bajo el Artículo 1139, a los accionistas del inversionista se les requerirá, conforme a derecho internacional, prueba de que mantienen la mayoría de las acciones.

c. Demanda ejercida con base en derechos de accionistas que controlan la sociedad

Finalmente podrá ser presentada una demanda de parte de empresas incorporadas bajo las leyes del Estado demandado, por nacionales del Estado demandante, siempre que se pueda comprobar que su interés de propiedad es suficiente para controlar la empresa.

2. Medidas y limitaciones de plazos

El Artículo 201 define el término “medidas” de la manera más amplia posible, lo que “incluye cualquier ley, reglamento, procedimiento, requisito o práctica”. En especial, en lo que se refiere al capítulo XI, la medida a la que alude el Artículo 1121 es un acto de Estado que es en sí una violación de obligaciones internacionales bajo el TLCAN.⁴⁷ Pero además, la pregunta sobre si existe una medida también se deberá hacer en conjunto con las limitaciones de plazos. En la decisión *Ethyl Corporation y Canadá*⁴⁸, la pregunta sobre la existencia de una medida fue resuelta considerando los plazos previstos por el TLCAN para someter una demanda. En este caso, el acto legislativo fue emitido once días después de la solicitud de demanda.⁴⁹ El Tribunal decidió que también una “práctica sin constricción legal” puede constituir una medida.⁵⁰ Según el laudo *Ethyl Corporation*, existen dos clases de requisitos, los de procedimiento y los de jurisdicción. Mientras los requisitos de jurisdicción limitan al Tribunal para conocer sobre el caso *ab initio*, la incapacidad de cumplir con los requisitos de procedimiento por parte del demandante lleva a la desestimación de la demanda. En el caso *Ethyl Corporation* el Tribunal opinó que los plazos de tiempo eran de índole procesal. Para cuando el Tribunal sostuvo la

45 La Claims Settlement Declaration, firmada junto con la General Declaration el 19 de enero de 1981 en Algeria por los Estados Unidos de América y la República Islámica del Irán, creó el Iran-United States Claims Tribunal como un mecanismo para la solución de controversias entre los dos Estados que surgieron a raíz de la detención de 52 estadounidenses en Teherán. El Iran-United States Claims Tribunal sostuvo su primera junta el 1 de julio de 1981 en la Haya, Países Bajos.

46 Artículo VII (1).

47 Keith Hight, Dissenting Opinion, 8 May 2000, *Ethyl Corporation and Government of Canada, Award on Jurisdiction*, ICSID Review—Foreign Investment Law Journal, p. 246, at 14 (“Hight”).

48 *Ethyl Corporation and Government of Canada, Award on Jurisdiction*, June 24 1998, submitted Under UNCITRAL Rules (“*Ethyl Corporation and Government of Canada, Award on Jurisdiction*”).

49 Artículo 1137 (1)(c).

50 *Ethyl Corporation and Government of Canada, Award on Jurisdiction*, at. 34.

audiencia, ya se había cumplido con el requisito procesal y el Tribunal pudo seguir con el arbitraje.

3. Violación del TLCAN por la medida

El inversionista demandante debe hacer valer que la Parte violó una disposición sustantiva de la sección A.⁵¹

4. Daños causados al inversionista por la violación

En la interposición de la demanda, el inversionista tiene que hacer valer que la violación de las disposiciones de la sección A le causaron daños o pérdidas. La prueba de los daños se efectuará en la fase que se refiere al fondo del asunto.

5. Consentimiento al arbitraje y renuncia a la vía judicial gubernamental

Con respecto al consentimiento al arbitraje y a la renuncia el Artículo 1121(b) establece lo siguiente:

Un inversionista contendiente podrá someter una reclamación al procedimiento arbitral de conformidad con el Artículo 1116, sólo si:

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.

Por ende, el Artículo 1121 del TLCAN sólo permite a un inversionista el sometimiento de la reclamación al procedimiento arbitral de la sección B si se da cumplimiento a los requisitos de consentimiento y renuncia a los derechos especificados en este artículo. Una vez cumplidas estas condiciones por el inversionista, el Tribunal podrá resolver la disputa de acuerdo con el procedimiento de solución de controversias establecido en el Capítulo XI.

Adicionalmente, el Artículo 1122 (1) dispone que “[c]ada una de las Partes consiente en someter reclamaciones a arbitraje con apego a los procedimientos establecidos en este Tratado”.

De este artículo se desprende que el cumplimiento de los requisitos establecidos en el Artículo 1121 implica el consentimiento de los Estados suscriptores al mecanismo de solución de controversias de la sección B del Capítulo XI.

⁵¹ Artículo 1101(1).

En el caso *Waste Management, Inc. y México*⁵², el Tribunal decidió que no tenía jurisdicción porque el inversionista no había reunido los requisitos del Artículo 1121, en especial el inversionista no había emitido una renuncia a procedimientos ante juzgados nacionales. En este caso, el inversionista estaba involucrado en procesos judiciales en la misma materia ante autoridades mexicanas. El problema legal que se le presentó al Tribunal consistía en determinar si la falta de emisión de una renuncia a procedimientos judiciales nacionales era de naturaleza procesal o jurisdiccional. Lo primero daría como resultado que el caso se detuviera hasta que el inversionista hubiera presentado la renuncia adecuadamente o, en todo caso, que el Tribunal tomara la decisión de desecharlo. Lo último resultaría en que el Tribunal no tuviera jurisdicción *ab initio*. En el caso *Waste Management* el Tribunal opinó que la falta de renuncia era de naturaleza jurisdiccional llevando al Tribunal a determinar que no tenía jurisdicción sobre la materia. Esta decisión ha sido criticada.⁵³ El Tribunal parece haber ignorado la decisión *Ethyl Corporation v. Canada*⁵⁴ que abordaba el mismo tema y en la cual el Tribunal decidió que la renuncia era de carácter meramente procesal.⁵⁵

6. Demanda entregada bajo Reglamento del Banco Mundial o de las Naciones Unidas

El inversionista que quiera someter una demanda puede elegir entre dos reglamentos de procedimiento arbitral. El Artículo 1120 prevé:

1. Salvo lo dispuesto en el Anexo 1120.1 y siempre que hayan transcurrido seis meses desde que tuvieron lugar los actos que motivan la reclamación, un inversionista contendiente podrá someter la reclamación a arbitraje de acuerdo con:

(a) el Convenio del CIADI, siempre que tanto la Parte contendiente como la Parte del inversionista, sean Estados parte del mismo;

(b) las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI, cuando la Parte contendiente o la Parte del inversionista, pero no ambas, sea Parte del Convenio del CIADI; o

(c) las Reglas de Arbitraje de CNUDMI.

2. Las reglas aplicables al procedimiento arbitral seguirán ese procedimiento salvo en la medida de lo modificado en esta sección.

Los reglamentos arriba mencionados son modificados en algunos puntos por el Capítulo XI. La intención es hacerlos compatibles con el TLCAN. Estos artículos son *lex specialis* en cuanto se refiere al reglamento externo escogido. Sólo las partes del reglamento externo no modificadas por los respectivos artículos del TLCAN podrán ser aplicadas directamente al procedimiento. Por lo tanto, las reglas de procedimiento son la suma del reglamento escogido por el inversionista y las modificaciones obligatorias del Capítulo XI.⁵⁶

52 *Waste Management, Inc. v. Mexico*, Decision on Jurisdiction, 2 June 2000, ICSID Case No. ARB(AF)/98/2 (NAFTA).

53 Highet, at 14; Laird, *op. cit.*, p. 57.

54 *Ethyl Corporation and Government of Canada*, Award on Jurisdiction.

55 Laird, *op. cit.*, p. 57.

56 Cruz, *op. cit.*, p. 34.

El Artículo 1120 proporciona al inversionista tres posibilidades:

- 1) El Convenio del CIADI,
- 2) Reglamento Complementario del CIADI, o
- 3) Reglas de Arbitraje de la CNUDMI.

Antes de elegir el Reglamento del Convenio del CIADI habrá que tener en mente que este reglamento exige que la Parte violatoria y la Parte del cual es el inversionista sean miembros del CIADI.⁵⁷ Por el momento, de todos los Estados miembros del TLCAN sólo los Estados Unidos de América ratificaron el Convenio del CIADI.⁵⁸ El Reglamento Complementario del CIADI es aplicable cuando por lo menos una parte del conflicto son los Estados Unidos de América.⁵⁹ Mientras tanto las reglas UNCITRAL son aplicables sin necesidad de ratificación de algún Estado parte del conflicto.⁶⁰

La diferencia más significativa entre el Reglamento del Convenio del CIADI y el del CNUDMI es que el segundo es un reglamento creado para arbitrajes *ad hoc* entre privados, y no sostiene una institución que revise y apoye a las Partes. Pero las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI cuentan con amplia jurisprudencia al respecto porque el reglamento fue aplicado en más de tres mil casos ante el Iran-US Claims Tribunal.

En contraste, el Reglamento del Convenio del CIADI es respaldado por el Secretariado del CIADI en la logística del procedimiento arbitral. En la mayoría de los casos que involucraron a los Estados Unidos y México se optó por el Reglamento del Convenio del CIADI, mientras que Canadá optó por las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI.⁶¹

Tomando en cuenta que al firmar el TLCAN ni México ni Canadá habían firmado el Convenio del CIADI, y que las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI fueron elaboradas para arbitrajes entre privados, hubiera sido más correcto si las partes hubieran optado por el reglamento de arbitraje de la Corte Permanente de Arbitraje para arbitraje Estado-Privado.

II. Acumulación de demandas

El TLCAN prevé la acumulación de demandas con el objetivo de economizar el proceso y promover consistencia. Cabe mencionar que aunque el TLCAN facilita la consistencia en decisiones mediante acumulación de demandas, éste no es un principio regente del tratado. El TLCAN no exige una *stare decisis* de los Tribunales, ya que la diversidad de decisiones arbitrales —aun sobre el mismo asunto— es un rasgo inherente del arbitraje internacional.⁶²

57 Holger Müller, *Lösung von Streitigkeiten in der NAFTA*, Jur. Diss., Münster, 1999, p. 97; Von Wobeser, *op. cit.*, p. 24.

58 Cruz, *op. cit.*, p. 34.

59 Müller, *op. cit.*, p. 98; Von Wobeser, *op. cit.*, p. 25.

60 Müller, *idem*.

61 Laird, *op. cit.*, p. 58.

62 von Mehren, *op. cit.*, p. 219.

III. El Tribunal Arbitral

El Tribunal se integra con tres árbitros de los cuales cada Parte nombra un árbitro sin que esté atendida a una lista.⁶³ Los árbitros tienen que ser expertos en derecho internacional, y aunque deben tener experiencia en materia de inversiones,⁶⁴ su nacionalidad no es de importancia.⁶⁵ El tercer árbitro, quien es al mismo tiempo el presidente del Tribunal, es nombrado conjuntamente por las Partes.⁶⁶ En caso de que las Partes no coincidan en un candidato, el presidente será nombrado, a solicitud de cualquiera de las partes por el Secretario General del CIADI, entre los miembros de una lista de 45 árbitros elaborada por las Partes. El presidente del Tribunal deberá ser de nacionalidad distinta a la de las partes contendientes.⁶⁷ Si una de las partes contendientes no elige su árbitro correspondiente o presidente durante un plazo de 90 días, éstos serán nombrados por el Secretario General del CIADI.⁶⁸ Queda claro que una vez nombrado, los árbitros son totalmente independientes de las Partes que la nombraron.

IV. Laudos

El Tribunal podrá dictar un laudo arbitral en el que condena a una parte al pago de una indemnización e intereses o a la restitución de bienes expropiados. La Parte condenada podrá elegir entre la restitución de bienes o el pago de una indemnización.⁶⁹ Pero el Tribunal no puede condenar al pago de daños que tengan carácter punitivo. El Tribunal también puede condenar al pago de costas en la medida que lo permitan las reglas aplicables.

V. Ejecución e impugnación del laudo

Las Partes se obligaron en el Artículo 1136 (5) a proporcionar los instrumentos necesarios para reconocimiento y ejecución judicial del laudo. De esta forma, el inversionista podrá requerir la ejecución del laudo a su favor por la Parte que perdió el arbitraje.

El laudo es obligatorio y las partes del arbitraje deberán acatarlo y cumplirlo sin demora. El control de laudos del Capítulo XI por la vía judicial depende en gran medida del reglamento que el inversionista escogió para regir el procedimiento arbitral, así como de si la nulidad o ejecución del laudo se requiere en el país sede del Tribunal o en el país donde se ejecutará el laudo y donde se encuentran los bienes embargables.

63 Artículo 1123.

64 Müller, *op. cit.*, p. 105.

65 Artículo 1123.

66 Artículo 1123.

67 Cruz, *op. cit.*, p. 34; Fernando Estavillo C., "Solución de Controversias en Materia de Inversión, conforme al Capítulo XI del Tratado de Libre Comercio de América del Norte", en *Pauta, Boletín Informativo del Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio, Arbitraje Comercial Internacional*, No. 29, Mayo 2000, p. 19.

68 Artículo 1124 (2); Cruz, *op. cit.*, p. 34.

69 *Idem*.

1. Ejecución del laudo dictado conforme al Reglamento del Convenio del CIADI

Para que una parte contendiente pueda solicitar la ejecución del laudo definitivo deberán haber pasado 120 días desde la fecha en que se dictó dicho laudo sin que se haya solicitado su revisión o anulación o una vez concluidos los procedimientos de revisión.

2. Ejecución del laudo dictado conforme al Reglamento Complementario del CIADI y por las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI

Para que una parte contendiente pueda solicitar la ejecución del laudo definitivo, deberán haber pasado tres meses desde la fecha en que se dictó dicho laudo sin que se haya solicitado su revisión o anulación o un Tribunal haya desechado o admitido una solicitud de desechamiento, reconsideración o anulación sin recurso a la resolución.

El inversionista puede, independientemente del inicio de uno de los procedimientos antes mencionados, proceder a la ejecución del laudo según la Convención de Nueva York, el Convenio del CIADI o la Convención Interamericana.⁷⁰

3. Ejecución mediante el mecanismo del Capítulo xx

En caso de que el Estado perdedor se niegue a ejecutar el laudo, el inversionista podrá pedir ayuda a su Estado⁷¹ el cual puede recurrir al mecanismo del Capítulo XX del TLCAN. En este caso, la Comisión de Libre Comercio del TLCAN tiene que dejar que un Tribunal Arbitral decida si el comportamiento del Estado demandado constituye una violación del TLCAN. Si el Tribunal así lo afirma en un informe final, la Comisión de Libre Comercio del TLCAN podrá recomendar al Estado demandado respetar la decisión del Tribunal Arbitral. En caso de que el Estado demandado no respete la recomendación de la Comisión de Libre Comercio del TLCAN, se aplicarán los instrumentos del Capítulo XX.

4. Impugnación según el Reglamento del Convenio del CIADI

El juez del Estado donde se encuentran los bienes embargables no puede anular un laudo. Esto sólo podrá ser hecho por un Tribunal Arbitral constituido según el Reglamento del Convenio del CIADI.⁷²

El Reglamento del Convenio del CIADI también prevé que el laudo podrá ser revisado y anulado por un juez del estado sede del Tribunal Arbitral. El juez local sólo tiene facultad de revisar la forma y el proceso, no el fondo de la materia. Las decisiones del Tribunal Arbitral y del juez local deberán ser ejecutadas inmediatamente en el Estado en donde se encuentran los bienes embargables.⁷³

⁷⁰ Artículo 2008; Estavillo, *op. cit.*, p. 21.

⁷¹ Artículo 1136 (5).

⁷² Artículo 53 (1) CIADI.

⁷³ Artículo 52 (81) CIADI.

5. Impugnación según el Reglamento Complementario del CIADI y las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI

Bajo estas reglas, el laudo podrá ser impugnado por un juez del Estado en donde se emitió el laudo y donde se ejecutará. El juez podrá anular el laudo.⁷⁴

VI. *Publicación del laudo y confidencialidad*

En caso de que México sea parte del arbitraje, el laudo puede ser publicado sólo si México y el inversionista dan su consentimiento al respecto.⁷⁵

La confidencialidad⁷⁶ ha mostrado ser un tema importante por la naturaleza abierta del arbitraje según el Capítulo XI del TLCAN. En especial el acceso y el derecho de intervención⁷⁷ de una Parte no involucrada en el caso. La inquietud surge también del hecho de que el arbitraje según el Capítulo XI no está basado en una relación contractual de las partes contendientes y de que hay un interés público en muchos de los casos. Algunos de los Tribunales han decidido que no existe un deber general de respetar la confidencialidad con respecto a los procedimientos y los laudos. Pero los Tribunales han respetado la privacidad en lo que se refiere a las audiencias y a los procedimientos. En la decisión *Methanex Corporation y Estados Unidos de América*⁷⁸ el Tribunal decidió que tenía la autoridad de aceptar información de *amici curiae* con suficiente experiencia en la materia, en este caso especial de dos organizaciones para la protección del ambiente. A ese respecto, la Comisión de Libre Comercio del TLCAN ha expuesto en su declaración interpretativa del 31 de julio de 2001⁷⁹ que el TLCAN no prevé un deber general de confidencialidad en un arbitraje bajo el Capítulo XI. El Artículo 1137 (4) no impide que las partes contendientes proporcionen información o documentos a terceros interesados.

VII. *Lugar del Arbitraje*

Mientras las partes no hayan acordado otra cosa, el arbitraje deberá tener lugar⁸⁰ en territorio de una Parte que también sea miembro de la Convención de Nueva York.⁸¹ La elección de la sede del arbitraje es importante, ya que determina dónde se dictará el

74 Artículo 53 (1) CIADI.

75 Anexo 1134.4; en caso de que Canadá o los Estados Unidos de América del Norte sean parte del arbitraje, el laudo podrá ser publicado con el consentimiento de una parte contendiente.

76 S.D. Myers, Inc and Government of Canada, Procedural Order No. 16, concerning confidentiality in materials produced in the arbitration, 13 May 2000; Pope & Talbot, Inc. and Government of Canada, Decision and Order by the Arbitral Tribunal, March 11 2002.

77 Artículos 1127-1129.

78 *Methanex Corporation and United States of América*, Decision of the Tribunal on Petitions from third Persons to intervene as "Amici Curiae", 15th January 2001.

79 Comisión de Libre Comercio del TLCAN, Notas de Interpretación de algunas disposiciones del Capítulo 11, 31 de julio de 2001.

80 Artículo 1130.

81 Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, aprobada por una conferencia diplomática el día 10 de junio de 1958 en Nueva York (Convención de Nueva York).

laudo final y, en consecuencia, la ley y la institución que regirá la nulidad del laudo.⁸² Además, la sede del arbitraje puede tener un efecto sobre la ley aplicable al procedimiento arbitral.⁸³ El lugar específico del arbitraje, es decir la ciudad, se determinará conforme al reglamento escogido para regir el arbitraje. Las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI prevén en su Artículo 16 que el Tribunal puede elegir la sede del arbitraje si las partes contendientes no han acordado nada. El Reglamento Complementario del CIADI estipula en sus Artículos 20 y 21 que el Tribunal escoge, junto con las partes contendientes y el secretariado del CIADI, el lugar del arbitraje. Por otro lado, los Artículos 62 y 63 del Convenio CIADI prevén que el arbitraje tendrá que ser en las instalaciones del CIADI en Washington, D.C. Cabe mencionar que los reglamentos del CIADI y de la CNUDMI no proporcionan mucha ayuda al Tribunal en cuanto se refiere a los criterios bajo los cuales se debe escoger el lugar del arbitraje. Éste ha sido tema en algunas de las primeras decisiones tomadas por tribunales.⁸⁴ Una ayuda para los árbitros han sido las Notas de la CNUDMI sobre la organización del proceso arbitral. En especial, “la idoneidad de la ley del lugar del arbitraje en lo relativo al procedimiento arbitral”⁸⁵ ha jugado un papel importante para la decisión sobre el lugar de arbitraje

D. Caso: Metalclad, Corp. y México

Hoy en día se han iniciado 13 arbitrajes en contra de México, 13 en contra de Canadá y 16 contra los Estados Unidos.⁸⁶ Sólo tres casos han sido resueltos. Por ser el primer caso resuelto de acuerdo al régimen del Capítulo XI y por haber sido México la contraparte en el caso Metalclad, Corp. y México,⁸⁷ será brevemente expuesto en lo siguiente. En este caso, la empresa estadounidense Metalclad, Corp. había comprado la empresa mexicana Confinamiento Técnico de Residuos Industriales, S.A. de C.V. (Coterin). Antes, esta empresa había obtenido del gobierno federal mexicano un permiso para operar un desecho industrial. Pero el gobierno estatal y municipal de la localidad en la cual se ubicaba trataban de parar la obra. Primero argumentaban que el permiso federal no era suficiente, que habría de solicitar además un permiso de las autoridades locales. Al final, el permiso local fue denegado. La obra continuó después de la intervención del gobierno federal, pero las instalaciones fueron tomadas por manifestantes. Como las pláticas con los gobiernos locales no dieron resultados, Metalclad inició el procedimiento contra México según el Capítulo XI. En reacción a esto, el gobernador saliente del estado declaró reserva ecológica el terreno de la obra.

82 Jens-Peter Lachmann, *Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis*, segunda edición, Colonia (Köln) 2002, p. 263.

83 William W. Park, *The Lex Loci Arbitri and Internacional Comercial Arbitration*, 21 ICLQ 1983.

84 Ethyl Corporation and Government of Canada, Award on Place of Arbitration, November 28, 1997; ADF Group, Inc. and United States of America, Final Award, January 9, 2003; Methanex and United States of America, The written reasons for the Tribunal's decision of 7th September 2000 on the place of arbitration: Pope & Talbot, Inc. and Government of Canada, Ruling concerning the Investor's motion to change the place of arbitration, March 14, 2002.

85 Párrafo 22 las Notas de la CNUDMI sobre la organización del proceso arbitral.

86 <http://www.naftalaw.org/disputes.htm>

87 Metalclad Corp. and United Mexican States, ARB(AF)97/1, August 30, 2000.

En la demanda, Metalclad hizo valer la violación de los Artículos 1105 y 1110. Según el Artículo 1105 cada “[...] una de las Partes otorgará a las inversiones de los inversionistas de otra Parte, trato acorde con el derecho internacional, incluido trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas”. Metalclad argumentó la violación de este principio porque le debieron haber concedido el permiso y porque la designación como reserva ecológica impidió a Metalclad permanentemente utilizar su inversión.

El Artículo 1110 prohíbe, salvo ciertas excepciones, la nacionalización, expropiación directa o indirecta de una inversión de un inversionista de otra Parte en su territorio. El Tribunal decidió que la denegación del permiso y la designación del terreno como reserva ecológica constituían una expropiación indirecta. El Tribunal condenó a México al pago de una indemnización más intereses.

En octubre de 2000 México solicitó ante la Suprema Corte de Columbia Británica la revisión del laudo, ya que la sede del Tribunal era Canadá. México argumentó que el Tribunal se había excedido en sus facultades y mal interpretado los Artículos 1105 y 1110. Canadá por su parte alegó la falta de consideración del carácter ambiental de la inversión. El juez determinó la validez del laudo en mayo de 2001 y en un fallo complementario de octubre de 2001.

E. Conclusión

Los mecanismos arriba descritos son el resultado de las negociaciones entre los países del TLCAN. Además, han sido la base para la negociación de mecanismos similares en los siguientes tratados de libre comercio celebrados por México. No obstante, existen diferencias entre los mecanismos del TLCAN y los incluidos en los demás tratados. El uso de estos mecanismos de solución ha evidenciado que existen cuestiones que requieren de modificación. México ha tratado de reflejar estas mejoras en los tratados negociados posteriores al TLCAN.

Una cierta desventaja del mecanismo de solución de controversias del Capítulo XI del TLCAN es que para cada caso se prevea un Tribunal *ad hoc*. Esto se debe a que los Estados Unidos de América se opuso a la fijación de un mecanismo permanente de solución de diferencias, porque iría en contra de sus usos.⁸⁸ Esto entorpece que haya en brevedad una casuística relativa a las cuestiones legales que emanen de este capítulo. La casuística de un Tribunal permanente sería de gran utilidad y crearía una certeza jurídica, ya que los negociadores introdujeron una serie de términos legales ambiguos y no bien definidos como son el “acto de expropiación y de compensación”, “derecho internacional” y “medida equivalente a la expropiación”.⁸⁹ Aunque en términos generales no sea un principio del arbitraje crear certeza jurídica y haya obras dogmáticas sobre la interpretación de los términos antes mencionados en la literatura internacional,⁹⁰ en el caso del

88 Teresa Gutiérrez-Haces, “La inversión extranjera directa en el TLCAN”, *Economía UNAM*, volumen 1, número 3, p. 40, <http://www.ejournal.unam.mx/ecunam/ecunam3/ecunam0302.pdf>

89 Artículo 1110.

90 Andrée Lajoie, *Expropriation et fédéralisme au Canada*, Montréal, Les Presses de l'Université de Montréal, 1972, p. 328.

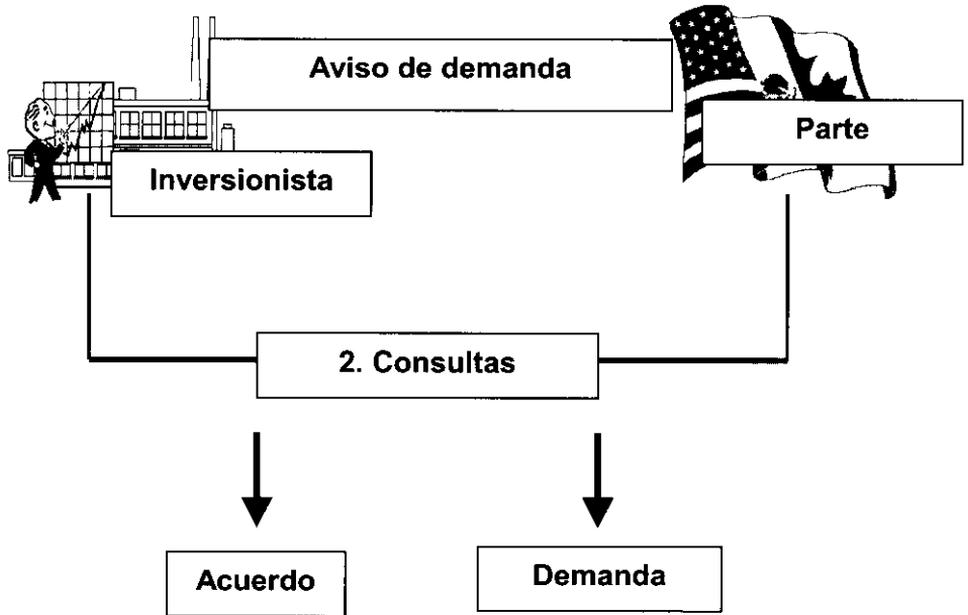
Capítulo XI este principio de la justicia gubernamental combinaría bien con el principio rector del Capítulo XI, que es la protección y el fomento de la inversión extranjera. Pero al final del día habrá prevalecido el temor de las Partes a crear una jurisprudencia y la sumisión bajo un Tribunal permanente.

Otra crítica común del mecanismo de soluciones del Capítulo XI —especialmente por organizaciones no gubernamentales—,⁹¹ es el secreto alrededor del arbitraje. La crítica se enfocó en la influencia negativa del inversionista mediante un proceso de arbitraje en la legislación nacional de una Parte (en los casos específicos en materia ambiental). Pero la protección del inversionista es y sigue siendo el principio que rige el Capítulo XI, y grupos terceros tienen la posibilidad de intervenir en el proceso como *amicus curiae*.

El incremento sustancial en la inversión extranjera y en la creación de una zona de libre comercio se debe también a la eficacia del mecanismo de solución del Capítulo XI. Se puede constatar que el mecanismo del Capítulo XI ha servido eficientemente para resolver las controversias particulares. En virtud de que el ánimo de los negociadores era la protección del inversionista y su inversión, es de interés secundario si los laudos emitidos por los Tribunales con base en el Capítulo XI sean a favor o en contra de una Parte.

91 Public Citizen, Capítulo 11 del TLCAN y los litigios de inversionistas contra Estados. Lecciones para los Tratados de Libre Comercio en las Américas, Octubre 2005, p. 32, http://www.citizen.org/documents/Lecciones_de_TLCAN.pdf

ANEXO 1
MECANISMO DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS
DEL CAPÍTULO XI
ACCESO



**PROCEDIMIENTO DEL
CAPÍTULO XI**

