

A QUINCE AÑOS DEL CAPÍTULO XI DEL TLCAN

Un análisis económico y jurídico

Alejandro Faya Rodríguez¹

Introducción

A mediados de los 80's, México adoptó un nuevo modelo económico: abandonó la industrialización sustitutiva de importaciones por un esquema de crecimiento hacia afuera, u orientado al mercado internacional. Fue en este contexto cuando el país ingresó al Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT, por sus siglas en inglés) en 1986. Este nuevo modelo incluyó una reducción general de barreras al comercio (arancelarias y no arancelarias), la adopción de tasas de cambio flexibles, la privatización de empresas públicas, nuevas leyes de naturaleza regulatoria y una mayor apertura para la inversión extranjera directa (IED). El Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), firmado en diciembre de 1992 y en vigor a partir del primero de enero de 1994, fue un paso fundamental en este proceso. Como gran distintivo, este tratado incluyó un capítulo exclusivo en materia de inversión (Capítulo XI); hoy día, algo común y en su momento, una novedad para un tratado regional de tipo comercial.

El propósito del Capítulo XI fue complementar las disciplinas comerciales y proveer una mayor profundidad al TLCAN, con miras a fomentar y atraer mayores flujos de inversión en la zona (habida cuenta que el comercio e inversión están directamente interrelacionados). Lo anterior, básicamente a través de dos formas. Primero, garantizando el acceso, ya que uno de los efectos del Capítulo XI fue consolidar o “congelar” el marco jurídico de inversión: los inversionistas, para conocer las limitaciones de entrada que les aplican en calidad de extranjeros, deben remitirse sólo al TLCAN y no a las leyes

¹ Abogado (UIA, México). Maestro en Derecho (Oxford, UK) y Maestro en Políticas Públicas (FLACSO, México). Profesor de “Derecho de la Inversión Extranjera” y “Derecho de la Regulación Económica” en la Maestría de Derecho de los Negocios Internacionales de la UIA. Fue Director de Asuntos Jurídicos (2003-04) y Director General Adjunto de Asuntos Internacionales (2004-08) de la Dirección General de Inversión Extranjera. En la última posición, negoció diversos tratados en materia de inversión con países de América Latina, Asia y Europa. Actualmente es asesor para asuntos jurídicos del “Proceso MARCO”, en la Secretaría de Economía. Esta opinión se emite exclusivamente a título personal y no representa posición alguna del Gobierno de México. El autor puede ser contactado en afaya@economia.gob.mx o alejandrofaya@yahoo.com.

locales.² Segundo, instituyendo una serie de estándares y reglas de trato una vez establecidas las inversiones. De esta forma, en la “Sección A” del Capítulo XI las partes se obligaron, *inter alia*, a otorgar trato nacional, trato de la nación más favorecida, trato acorde al derecho internacional, a expropiar únicamente bajo la concurrencia de ciertos requisitos, a permitir la libertad de transferencias y a no condicionar el establecimiento o manejo de una inversión a la imposición de requisitos de desempeño. Asimismo, la Sección B prevé un mecanismo mixto de arbitraje (inversionista-Estado) a través del cual un inversionista puede alegar una violación de la Sección A que le haya ocasionado un daño y solicitar una indemnización pecuniaria.

No es tarea de este artículo analizar el contenido del Capítulo XI; a 15 años de su operación, resulta más útil considerar los principales efectos prácticos y las tendencias más marcadas. ¿Ha sido útil? ¿Es detonante de inversión *per se*? ¿Qué ha sucedido en los casos de arbitraje? ¿Existen patrones interpretativos? ¿Qué lecciones podemos obtener? ¿Qué se vislumbra a futuro? ¿Existe un equilibrio? Es objetivo de este artículo dar respuesta a algunas de estas interrogantes.

Aspecto económico

Flujos de inversión

La IED tuvo una sinergia natural con el nuevo modelo económico, lo que se aprecia con el crecimiento tan importante que ha tenido la IED en México desde los noventa. Dichos flujos han sido complemento de la inversión nacional, detonante de la exportación y soporte de la economía mexicana. En unos cuantos años, la IED se multiplicó, pasando de poco menos de 2 billones de dólares en 1985 a casi 11 billones de dólares en 1993. Mientras que en el periodo 1971-1984 México recibió en promedio 700 millones de dólares anuales de IED, este flujo creció a 13.2 billones de dólares en 1994-2000 y a 22.4 billones de dólares en 2001-junio de 2007. En 1990, el valor de la IED (“stock”) representaba el 8.5% del PIB nacional; en 2005, un 27.3%.³ La mayor proporción de estos capitales provienen y siguen viniendo de la zona TLCAN, concretamente de los Estados Unidos, aunque parte de forma triangulada.⁴

2 Los inversionistas del TLCAN tienen derecho a establecer, expandir o adquirir inversiones de la misma forma en que pueden hacerlo los nacionales del Estado receptor o los nacionales de cualquier tercer país. Este derecho se otorga a través de trato nacional y trato de la nación más favorecida. Ver artículos 1102 y 1103 del TLCAN. Las excepciones (por ejemplo, las limitaciones establecidas en la Ley de Inversión Extranjera) se establecen en los Anexos de Reservas respectivos (principalmente los Anexos I y II).

3 Datos obtenidos del Registro Nacional de Inversiones Extranjeras de la Secretaría de Economía y del *World Investment Report* (UNCTAD) de 2007.

4 Un sinnúmero de empresas invierten a través de subsidiarias establecidas en los Estados Unidos, Holanda o paraísos fiscales como las Islas Caimán, Islas Vírgenes o Islas Bermudas. Resulta difícil especificar con exactitud los países de donde se origina la inversión, aunque se sabe que importantes inversiones provienen de la Unión Europea.

Impacto en México

En el caso de México, la IED ha traído beneficios importantes. Los datos sugieren una correlación positiva entre la IED y la producción manufacturera, el PIB, el empleo y las exportaciones. Si bien la IED, bajo ciertas circunstancias, podría conllevar ciertos riesgos o posibles costos, no existen datos ni evidencia empírica que sostengan efectos nocivos de la IED en el caso de México (sino todo lo contrario).⁵ Inclusive, en los periodos inmediatos antes y después de la crisis de 1994, los flujos de IED se mantuvieron estables, contrario a la inversión en portafolio.

Dos hechos son importantes de resaltar: durante las últimas décadas ha existido una correlación positiva entre la inversión doméstica y la extranjera; asimismo, la inversión doméstica en México es un componente más importante que la IED, en una proporción aproximada de 80-20 (de esta forma, la IED es complemento y no sustituto del capital doméstico).

IED como variable única

La IED está muy lejos de ser la panacea; es sólo un componente que debe ser sumado a un paquete integral de política económica. Aquí es donde pierden perspectiva algunas críticas que se basan en la premisa falsa de que la IED debe generar, de forma automática, desarrollo y bienestar. Para que México supere sus problemas de pobreza y desempleo requiere de un mercado competitivo que genere inversión productiva, sea cual fuere su origen, y para ello son necesarias diversas reformas de largo alcance, así como el desarrollo de recursos humanos, tecnológicos y de infraestructura. Hoy más que nunca queda claro que a través de políticas públicas inteligentes deben maximizarse los beneficios de la IED y minimizarse sus costos.⁶ La IED, armónicamente canalizada, es benéfica para prácticamente cualquier economía. Y lo mismo aplica para el capital doméstico.

Correlación entre el Capítulo XI y los flujos de inversión

¿Cuál ha sido el impacto del Capítulo XI en la atracción de la IED? Queda claro que el TLCAN establece un antes y después. Así, entre 1989 y 1993 el promedio anual de la IED fue de 3.7 billones de dólares, y entre 1994 y 2006 la cifra se elevó a 17.8 billones de dólares. No obstante, sería falso y por demás simplista atribuir esta reforzada capacidad de atracción meramente al Capítulo XI. La apertura sectorial e innumerables reformas domésticas tuvieron este efecto. En otras palabras, el real detonante fue la apertura, el nuevo modelo. Muchos flujos comenzaron a recibirse en sectores económicos donde antes no

5 Para mayores detalles, ver "Inversión Extranjera Directa en México: Desempeño y Potencial"; Enrique Dussel Peters (coordinador), Luis Miguel Galindo Paliza, Eduardo Loria y Michael Mortimore; Siglo XXI Editores, 2007.

6 "Foreign Investment for Development: Maximising Benefits, Minimising Costs"; OECD, 2002.

había cabida legal para los mismos. Asimismo, las nuevas condiciones permitieron exportar de México a otros mercados, principalmente al de los Estados Unidos, fomentándose un gran número de inversiones en busca de eficiencia (*efficiency seeking*), en lugar de buscar el mercado (*market seeking* o *in situ*).⁷ El TLCAN en su conjunto (con todas las preferencias que establece), y no solamente el Capítulo XI, contribuyó notablemente a fomentar la inversión, pero como parte de un cambio económico estructural.

No cabe duda que el Capítulo XI fue un importante catalizador de cambio y reforma doméstica. Por sólo citar un ejemplo, la ley vigente en materia de inversión extranjera, la Ley de Inversión Extranjera (emitida en diciembre de 1993, poco antes de la entrada en vigor del TLCAN), abandonó un sistema altamente restrictivo a la inversión y, por el contrario, adoptó el principio de apertura sectorial, que establece la regla general de que la IED puede participar hasta en un 100% en todos sectores económicos, a menos que la ley prevea expresamente una reserva o restricción (la apertura abarca más del 95% de las actividades económicas). También eliminó los requisitos de desempeño como condicionantes al establecimiento o manejo de una inversión, característica esencial de la normatividad anterior. La nueva ley tenía que ser compatible con el Capítulo XI. De igual manera, el TLCAN motivó o alentó otras reformas domésticas importantes, por ejemplo, en materia de comercio, servicios financieros, telecomunicaciones, competencia económica, transporte, procedimiento administrativo y órganos reguladores. Cabe recordar que los nuevos compromisos de la Organización Mundial del Comercio entraron en vigor al mismo tiempo que el TLCAN, por lo que ese esquema multilateral también contribuyó notablemente a esta sinergia de cambio.

Efecto de los tratados de inversión sobre los flujos de IED

¿Cuáles son los efectos de los tratados de inversión sobre la atracción de flujos de IED? Para no caer en críticas o alabanzas poco objetivas, hay que reconocer el papel real de estos instrumentos. Por sí mismos, a menos que impliquen o motiven una liberalización sectorial importante (como lo hizo en su momento el TLCAN), no pueden atraer inversión *per se*, o en el mejor de los casos, es imposible probarlo. Los pocos estudios al respecto que intentan comprobar una correlación positiva utilizan metodologías distintas y tienen limitantes metodológicas.⁸ La inversión se detona por una serie de factores primarios que incluyen la estabilidad y condiciones macroeconómicas y políticas, tamaño de mercado interno, marco regulatorio y andamiaje institucional, educación, infraestructura y, en general, las ventajas competitivas y comparativas del país.⁹ La seguridad

⁷ Era a través de esta última modalidad de IED la única manera de penetrar a un mercado mexicano cerrado. Sin embargo, el modelo tampoco favorecía o fomentaba grandes inversiones.

⁸ Ver por ejemplo los estudios de Tobin & Rose Ackerman, Salacuse & Sullivan y Neumayer & Spess, todos del 2005.

⁹ Según el Banco Mundial son seis los factores determinantes que detonan la IED: mercado: tamaño e ingreso per cápita, crecimiento, barreras al comercio, acceso a mercados regionales y globales, preferencias de los consumidores, consideraciones de competitividad como costos y barreras para la entrada al mercado; costos: costo, calidad, disponibilidad y productividad de la fuerza laboral; costo de materia prima y componentes; transporte, comunicaciones y servicios; impuestos, costos de

jurídica es fundamental, aunque principalmente referido a la protección de la propiedad y ejecución de contratos. Aunque la función central de los tratados de inversión es otorgar protección jurídica, no son ni deben ser sustituto del régimen doméstico, sino complemento del mismo.

No se puede criticar a un tratado de inversión por no atraer IED; económicamente, no puede hacer tal cosa por sí mismo. Es absurdo pensar que un tratado atraerá inversión cuando no existen las condiciones subyacentes para ello, lo que no quiere decir sin embargo que estos instrumentos pierden utilidad; por el contrario, juegan un papel suplementario al enviar una señal positiva en favor de la inversión y los negocios, reducir riesgos y garantizar la estabilidad sobre el trato jurídico y *de facto* que un Estado otorga a la IED. Pueden también motivar orden institucional, al someter la conducta del Estado a sanos estándares internacionales.¹⁰ Por último, un beneficio importante es la despolitización de un eventual conflicto, ya que al establecerse un mecanismo imparcial de solución de diferencias, se evita que el mismo se eleve a una disputa interestatal. Aún así, los tratados de inversión son parte de un paquete (y en ese contexto son positivos); no pueden aislarse de forma artificial todas las variables y bajo esa óptica analizar rigurosamente su eficacia.

Impacto actual

En sus inicios, el Capítulo XI constituyó un importante detonante de reforma y auxilió enormemente en la tarea de atraer flujos de capital. A sus 15 años de operación, en el aspecto económico su efecto es significativamente menor. Es meramente un complemento, así como un disuasivo (*deterrent*) de políticas regresivas.¹¹ Por ello, México ha extendido su red de tratados de inversión de forma importante; asimismo, ha intensificado su interacción con organismos económicos internacionales.¹²

financiamiento, acceso a divisas; recursos naturales: disponibilidad de recursos como gas, petróleo, minerales y tierra; infraestructura: infraestructura física como aeropuertos, caminos y telecomunicaciones; tecnología; infraestructura industrial como proveedores y *clusters*; e infraestructura educativa; marco político: estabilidad económica, política y social; orientación del sector privado y privatización de empresas públicas; reglas de entrada, garantías e incentivos; estructura y funcionamiento de los mercados; tratados internacionales sobre comercio, inversión y doble tributación; sistema legal en general; y promoción: disponibilidad de información y asistencia, promoción, servicios post-inversión y eficiencia administrativa de las agencias de promoción. *Investment Promotion Toolkit*; Multilateral Investment Guarantee Agency (MIGA); 1999.

10 En algunos casos marginales, pueden ofrecer también beneficios muy concretos. Por ejemplo, al otorgar seguros contra riesgos no comerciales, MIGA verifica que el país donde se realiza la inversión tenga condiciones legales favorables. Dicho análisis se supera si el país respectivo cuenta con tratados de inversión. Lo mismo sucede en otras aseguradoras de este tipo.

11 Bajo el Capítulo XI del TLCAN las partes se comprometieron a no hacer el régimen a la inversión más restrictivo respecto del prevaleciente a la fecha de entrada en vigor del tratado (*standstill*), o respecto del prevaleciente con fecha posterior, si es más abierto que el de la fecha de entrada en vigor (*ratchet*). Ambas obligaciones, que derivan del artículo 1108, aplican únicamente respecto de los artículos susceptibles de reserva (trato nacional, trato de nación más favorecida, requisitos de desempeño y altos ejecutivos). El TLCAN ha servido para impedir o desalentar reformas con ese efecto o propósito.

12 Al día de hoy, México tiene 11 TLC's en vigor (con Capítulo o Título de Inversión), así como 24 Acuerdos para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones (APPRI) en vigor, con una cobertura de trato preferencial a la inversión que se extiende a 51 países. Tres APPRI firmados están en proceso de entrada en vigor (China, República Eslovaca y Bielorrusia) y varios en proceso de negociación. Cabe señalar que los Títulos de Inversión de los Tratados de Libre Comercio con la Unión Europea y la Asociación Europea de Libre Comercio siguen una pauta distinta, y su protección es muy limitada. México ingresó al Mecanismo de Cooperación Económica de Asia y Pacífico (APEC, por sus siglas en inglés) en 1993, a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) en 1994. En el marco de la OCDE, exis-

Independientemente de lo anterior, no hay que olvidar que los esfuerzos de atracción de inversión, doméstica y extranjera, deben venir principalmente de políticas públicas domésticas encaminadas a incrementar la competitividad y productividad. A pesar de que México ha logrado durante los últimos años mantener condiciones macroeconómicas sanas, existen rezagos importantes en materia de infraestructura, innovación y tecnología, educación, seguridad pública, calidad de instituciones públicas y régimen regulatorio (con una situación preocupante en los rubros fiscal y laboral).¹³ Hasta que no se logren avances en esos rubros, difícilmente se alcanzará el progreso y desarrollo económico que el país requiere.

Por el lado de promoción, se necesitan políticas activas que privilegien la inversión cualitativa sobre la cuantitativa. La IED debe promoverse en aquellos sectores productivos donde el país tenga ventajas comparativas o competitivas y de forma compatible con los programas nacionales de desarrollo; en sectores donde por razones de competencia se requiera la presencia de un mayor número de actores; y en sectores de alto valor agregado, como el tecnológico, y de fuerte empleo, como la manufactura.

Aspecto jurídico

La evaluación jurídica del Capítulo XI resulta de gran interés. Contrario al pensamiento inicial, ha existido una intensa actividad en materia de arbitraje de inversión. En todo caso, se consideró que el mecanismo sería activado sólo en contra de México, pero la realidad es que tanto México como Estados Unidos y Canadá han estado involucrados en calidad de demandados. En este contexto, algunos cuestionan la utilidad o conveniencia del Capítulo XI, dado su costo (en términos de laudos adversos y litigios, actuales o contingentes) frente a sus beneficios no tan evidentes. Principalmente, se ha puesto en duda la capacidad del Estado para regular, crítica que, en caso de tener sustento, conllevaría una situación altamente preocupante. Dentro del escenario global, que también registra un activismo notable,¹⁴ es justo decir que el Capítulo XI tiene una historia aparte; a sus 15 años de operación ha generado una jurisprudencia que hasta ahora muestra un equilibrio razonable entre los derechos de protección a la inversión y el rol regulatorio del Estado.

ten algunos instrumentos vinculantes en materia de inversión, como el Instrumento de Trato Nacional y los Códigos de Liberalización. Más recientemente, México se adhirió a la Convención de MIGA (2007).

13 Según el *Doing Business* 2009 del Banco Mundial, que califica el entorno regulatorio de 181 países, México ocupa la posición 56, lo que implicó una disminución de 14 lugares respecto del reporte de 2008; los rubros peor calificados fueron el fiscal (149) y laboral (141). Por su parte, según el Índice de Competitividad Global del *World Economic Forum* (2007-8), México ocupó el lugar 52 de 131 países, siendo los rubros peor calificados la eficiencia de los mercados laborales (92), instituciones (85), educación y entrenamiento (72) e innovación (71). En materia de seguridad pública, el Secretario de Hacienda declaró recientemente que el clima de inseguridad que se vive en México ha frenado el crecimiento de la economía nacional hasta en un punto porcentual del PIB, por los costos que asumen las empresas (*Reforma*, 03/09/08); desafortunadamente, los costos indirectos son mucho mayores, en términos de pérdida de confianza y desincentivo a emprender actividades productivas. Con fecha posterior, el Presidente de México afirmó contundentemente que la violencia en América Latina es una de las mayores limitantes para su desarrollo (*Reforma*, 24/09/08).

14 Según datos de la UNCTAD, en 2006 el número cumulativo de casos conocidos fue de 250 (CIADI y no CIADI). Se aprecia un rápido y constante crecimiento entre 1995 y 2006, con una ligera baja en el 2006. A este número habría que agregar un importante número de casos de carácter confidencial.

Haré una breve referencia a las tres disciplinas más recurridas y discutidas: expropiación indirecta (artículo 1110), nivel mínimo de trato (1105) y trato nacional (artículo 1102). Asimismo, al elemento de territorialidad de la inversión como prerequisite para la legitimidad de un reclamo.

Expropiación indirecta

El primer párrafo del artículo 1110 del TLCAN dispone lo siguiente:

“Ninguna de las Partes podrá nacionalizar ni expropiar, directa o indirectamente, una inversión de un inversionista de otra Parte en su territorio, ni adoptar ninguna medida equivalente a la expropiación o nacionalización de esa inversión (expropiación), salvo que sea:

- (a) por causa de utilidad pública;
- (b) sobre bases no discriminatorias;
- (c) con apego al principio de legalidad y al Artículo 1105(1); y
- (d) mediante indemnización conforme a los párrafos 2 a 6.”

A nivel jurisprudencial (tanto en el TLCAN como a nivel global) el análisis se ha concentrado, más que en la concurrencia o ausencia de los requisitos señalados, en la materialización o no de la expropiación, para lo cual el TLCAN no provee una definición. En este orden de ideas, la expropiación y sus categorías deben entenderse conforme al derecho internacional consuetudinario en la materia.¹⁵

A nivel global, la gran mayoría de los casos han explorado poco los requisitos (a), (b) y (c), pues por razones prácticas una expropiación que haya sido justamente compensada, pero sin haber satisfecho alguno de los otros requisitos, difícilmente terminará en un tribunal cuya naturaleza esencial es compensar daños. De hecho, los tribunales bajo el Capítulo XI sólo pueden disponer condenas pecuniarias, en oposición a un tribunal doméstico, que tendría la capacidad de revertir la medida. Aunque también se prevé la restitución en especie, el Estado condenado tiene el derecho de pagar en su lugar una indemnización pecuniaria.¹⁶ No obstante, la diferencia no es trivial, pues los daños asociados a una expropiación que no satisfacen del inciso (a) al (c) (uno o todos) *versus* una que sí los cumple (faltando únicamente la compensación), pueden ser mayores.¹⁷

15 De hecho, el artículo 1110 refleja a nivel convencional las reglas ya existentes en la costumbre internacional; caso contrario de otras obligaciones (e.g. 1102 y 1103) que nacen únicamente por virtud del tratado. Sin embargo, es importante tener cuidado a efecto de utilizar los criterios adecuados. Por ejemplo, el “*Iran-United States Claims Tribunal*” (bajo los Acuerdos de Algeria), frecuentemente utilizado como referente, tenía jurisdicción para analizar tanto expropiaciones como “otras afectaciones a la propiedad”. El artículo 1110 cubre únicamente expropiación en sentido estricto y no va más allá de lo que cubre el derecho internacional consuetudinario.

16 Ver artículo 1135(1) del TLCAN.

17 El derecho internacional a veces distingue entre expropiaciones ilegales “*submodo*” y “*per se*”, con la consecuencia práctica que la primera conlleva el pago de daños directos, y la segunda, además de los directos, los indirectos (*consequential losses* o *lucrum cessans*).

Un punto no del todo resuelto es el número de categorías de expropiación que establece el artículo 1110. Una corriente, aparentemente predominante, contempla únicamente dos: la directa, entendida como una transferencia formal de título o confiscación física, y la indirecta, consistente en la aplicación de una o varias medidas del Estado, con efectos equivalentes a los de una expropiación directa y la consiguiente pérdida total o sustancial de los derechos o beneficios asociados a la inversión (sin mediar transferencia formal de título o confiscación directa).¹⁸ La denominada “*creeping expropriation*” o expropiación progresiva, es un tipo de expropiación indirecta.¹⁹

Sin embargo, derivado de la lectura literal del artículo 1110,²⁰ otra corriente afirma que existen tres tipos de expropiación: la directa, la indirecta y las “medidas equivalentes a la expropiación”. Bajo esa lógica, tanto las expropiaciones directas o indirectas implicarían una confiscación o transferencia formal (*taking*), mientras que las “medidas equivalentes” un efecto “*que haría irrelevante toda distinción formal de propiedad*”.²¹

No obstante, parece que esta discusión tiene solamente relevancia teórica, ya que ambas corrientes cubren en realidad el mismo espectro de medidas; bajo la primer óptica, únicamente se estarían fusionando en un solo concepto las expropiaciones indirectas y las “medidas de efecto equivalente”, lo primero visto como consecuencia de lo segundo (de hecho, los más recientes tratados de inversión firmados por Canadá, Estados Unidos y México así lo plantean).²² Considero que por estructura lógica y sobre todo por consistencia con el derecho internacional consuetudinario, es preferible trazar la distinción únicamente entre expropiaciones directas e indirectas, sin categorías adicionales. Asimismo, en ese sentido debe interpretarse el artículo 1110 del TLCAN.

Por razones evidentes, los casos bajo el Capítulo XI se han concentrado en expropiaciones indirectas (y/o medidas de “efectos equivalentes”). Lo anterior, debido a que normalmente son consecuencia de un acto del Estado cuya intención no era expropiar (mucho menos pagar una indemnización). Sobre este tema la jurisprudencia ha arrojado una serie de elementos que han auxiliado a clarificar el alcance del concepto.

Primero que todo, el daño debe ser total o sustancial (*cuasi* total); ello es lógico si partimos de la base de que la expropiación indirecta debe tener “efectos equivalentes” a la de

18 El tribunal de *Pope & Talbot v. Canadá* (Abril 10, 2001) consideró que los redactores del TLCAN concibieron la frase “equivalente a la expropiación” de manera tal que cubriera el concepto de “expropiación indirecta”.

19 Como lo estableció el tribunal de *Generation Ukraine v. Ucrania* (Septiembre 16, 2003), la expropiación progresiva (*creeping*) es una forma de expropiación indirecta, en la que una serie de actos atribuibles al Estado sobre un periodo determinado de tiempo culmina en una expropiación de la propiedad. La expropiación indirecta tradicional deviene de una medida única.

20 Dice el artículo 1110 del TLCAN: *Ninguna de las Partes podrá nacionalizar ni expropiar, directa* (1er categoría) *o indirectamente* (2da categoría), *una inversión de un inversionista de otra Parte en su territorio, ni adoptar ninguna medida equivalente a la expropiación o nacionalización de esa inversión* (3ra categoría) (*expropiación*), salvo que sea...

21 El tribunal de *Waste Management v. México II* (Abril 30, 2004) afirmó que el artículo 1110(1) del TLCAN “*distingue entre expropiación directa o indirecta, por una parte, y medidas equivalentes a una expropiación, por la otra*”; siendo una expropiación indirecta “*una confiscación de una propiedad*” y una medida equivalente a una expropiación cuando no se produce de manera efectiva una transferencia, pero se materializa “*una confiscación o una pérdida de propiedad en contra de una persona o entidad, con un efecto sobre la propiedad que hace irrelevante toda distinción formal de propiedad*”.

22 En general, la redacción actualmente utilizada por México es la siguiente: “*Ninguna Parte Contratante podrá expropiar o nacionalizar una inversión, directa* (1er categoría) *o indirectamente a través de medidas equivalentes a expropiación o nacionalización*” (2da categoría) (“*expropiación*”), salvo que sea...

una directa. En este sentido, daños temporales,²³ parciales²⁴ o que no privan el control de la inversión²⁵ son insuficientes. Muchos alegatos han sido desechados precisamente porque la afectación es incidental; de hecho, un gran universo de medidas regulatorias, por su propia naturaleza, tiene un efecto de ese tipo. En otros frentes ajenos al TLCAN, una serie de reclamos recientes, en lo que se refiere únicamente a la expropiación, han sido desechados precisamente por no haberse satisfecho el elemento del daño.²⁶

El problema era si una vez acreditado este daño total o sustancial el análisis terminaba. La jurisprudencia más reciente ha confirmado que como principio las medidas regulatorias de aplicación general con propósitos públicos no constituyen expropiación indirecta.²⁷ Esto es correcto, ya que bajo derecho internacional consuetudinario los Estados tienen un “poder de policía” para regular (*police power exception*) que complementa cualquier disciplina de expropiación pactada o reflejada a nivel convencional.²⁸ Aunque

23 Así, el tribunal de *SD Myers v Canadá* (Noviembre 13, 2000) expresó que: “en este caso, la orden provisional y la definitiva habían sido diseñadas para, y así lo hicieron, impedir la actividad de *SD Myers*, pero sólo por un tiempo... Canadá no reportó beneficio alguno... la evidencia no apoyaba una transferencia de propiedad o beneficio a otros... una oportunidad fue atrasada...”. Bajo este tenor, el tribunal finalmente determinó que el caso en cuestión no era el de una expropiación.

24 En *Pope & Talbot v Canadá* el tribunal determinó que “el examen era si la interferencia era lo suficientemente restrictiva como para concluir que la propiedad había sido tomada de su dueño... una mera interferencia no era expropiación... en cambio, se requería de un grado significativo de privación de la propiedad”. En el laudo provisional de Junio 26, 2000, el mismo tribunal ya había emitido una lista de lo que podría constituir una expropiación indirecta en una compañía: privación sustancial que elimine el control de la inversión o del manejo diario de las operaciones de la compañía, el arresto y detención de los directores o empleados, la supervisión del trabajo de los directores, interferencia en la administración, impedimento en la distribución de dividendos, interferencia en el nombramiento de directivos o privación total de la compañía.

25 En *Martin Roy Feldman Karpa v México* (Diciembre 16, 2002) el tribunal concluyó que: “...los actos regulatorios no habían privado al demandante del control sobre su compañía... ni habían desplazado al demandante de su posición como accionista controlante”.

26 El tribunal de *Lauder v República Checa* (Septiembre 3, 2001) consideró que el demandante “no había presentado evidencia suficiente de que cualquier medida o acción de la República Checa había tenido el efecto de transferir la propiedad o privar de sus derechos de uso, o inclusive de interferir con los derechos de propiedad”. Agregó que “inclusive asumiendo que las acciones tomadas por el Consejo de Medios... hubieran tenido el efecto de privar al demandante de sus derechos de propiedad, dichas acciones no habrían sido una apropiación o su equivalente por el Estado, pues no beneficiaron a la República Checa ni a cualquier persona o entidad relacionada con ella...”. Por su parte, en *CMS v Argentina* (Mayo 12, 2005), *LG&E v Argentina* (Septiembre 26, 2006), *Enron v Argentina* (Mayo 22, 2007) y *Sempra v Argentina* (Septiembre 28, 2007) los reclamos de expropiación indirecta fueron rechazados porque Argentina probó que los inversionistas tenían plena propiedad, control y manejo de sus inversiones. En *LG&E v Argentina* el tribunal recordó que “en numerosas decisiones arbitrales, se había negado compensación cuando no se haya afectado todo o casi todo el valor económico de la inversión” y que “...en general, la expropiación debía ser permanente”. Asimismo, expresó que “...debía haber un equilibrio en el análisis, es decir, había de tratarse de un análisis que alcanzara tanto a las causas como los efectos de una medida, a los fines de calificarla como expropiatoria”. Que “era importante distinguir el derecho del estado de adoptar ciertas políticas con su facultad de dictar medidas expropiatorias”. En *Sempra v Argentina* el tribunal aseveró que muchas de las medidas discutidas en el caso efectivamente tuvieron un serio efecto adverso en el manejo del negocio del demandante, pero que sin embargo eso era cuestión de otros estándares, pues “una determinación de expropiación requería más que efectos adversos”. Por sólo citar otros ejemplos, el reclamo de expropiación también fue rechazado en *MTD Equity v Chile* (Mayo 25, 2004), *Noble Ventures v Rumania* (Octubre 5, 2005) y *Saluka v República Checa* (Marzo 17, 2006).

27 Así, en *Methanex v USA* (Agosto 3, 2005) el tribunal confirmó que: “como principio de derecho internacional, una regulación no discriminatoria para un propósito público que se emite bajo debido proceso y que afecta, inter alia, a inversionistas extranjeros o sus inversiones, no se considera expropiatoria y compensable...”. Un enfoque similar se adoptó en *Saluka v República Checa* (Marzo 17, 2006).

28 Es fácil confirmar este principio también en la literatura. Ver por ejemplo Ian Bronlie, “Public International Law”, Oxford University Press, 2003 (“...las medidas estatales, prima facie un ejercicio legal de los poderes de los gobiernos, pueden afectar intereses extranjeros de forma considerable sin que exista expropiación.”) y M. Sornarajah, “The International Law on Foreign Investment”, Cambridge University Press, 1994 (“Las medidas no discriminatorias relacionadas con competencia, protección al consumidor, instrumentos financieros, planeación urbana, protección del medio ambiente son medidas no compensables, pues son consideradas como esenciales para el funcionamiento efectivo del Estado.”)

una expropiación derivada de una medida regulatoria no se excluye expresamente del artículo 1110 (ya que podría haber formas encubiertas a través de actos regulatorios) difícilmente son penalizados, al caer en esta excepción.²⁹ Ello aleja las preocupaciones que en su momento dejó el “*criterio único de impacto económico*”.³⁰

Hoy en día, dentro y fuera de TLCAN, el criterio apunta a que el impacto económico es tan sólo el primer paso del análisis relevante; por lo tanto, si existe un impacto total o sustancial, sigue analizar la naturaleza y propósito de la medida a fin de establecer si la misma es de naturaleza expropiatoria o si cae bajo un ejercicio legítimo del poder regulatorio estatal.

Es importante no confundir el análisis, ya que algunas medidas podrán ser legítimas y seguir un propósito público, pero al mismo tiempo ser expropiatorias y ameritar pago de compensación (finalmente, el propósito público es uno de cuatro requisitos). Otras, podrán ser también legítimas y seguir un propósito público, pero derivadas de un ejercicio regulatorio que no constituye expropiación. La línea entre una medida expropiatoria y una medida regulatoria legítima no sujeta a compensación no siempre es fácil de trazar. El único consenso es que se requiere un análisis casuístico y contextual. Dado que bajo el derecho internacional consuetudinario se presume que el Estado actúa de buena fe, *prima facie* las medidas estatales de carácter general que son ejercidas con fines públicos no constituyen expropiación. Pero si la medida tiene propósitos encubiertos, se efectúa de mala fe o cae en lo arbitrario, podría ser expropiatoria. Algunos criterios utilizados recientemente, dentro y fuera del TLCAN, han sido las legítimas y/o razonables expectativas,³¹ el carácter *bona fide* de la medida,³² la conformidad con el principio del debido proceso,³³ la discriminación³⁴ y la proporcionalidad.³⁵

29 Por ejemplo, en *SD Myers v Canadá* el tribunal estableció que “se debía analizar el interés real involucrado y el propósito y efecto de la medida gubernamental” y que “era poco probable que la actividad regulatoria fuese materia de un reclamo legítimo”.

30 En *Metalclad v México* (Agosto 30, 2000), el tribunal adoptó una posición algo expansionista del artículo 1110, al aseverar que la expropiación bajo el TLCAN incluía “no sólo la confiscación de la propiedad de manera abierta, deliberada y con conocimiento de causa, tal como una confiscación directa o una transferencia formal u obligatoria de títulos en favor del Estado receptor, pero también una interferencia disimulada o incidental del uso de la propiedad que tuviera el efecto de privar, totalmente o en parte significativa, al propietario del uso o del beneficio económico que razonablemente se esperaría de la propiedad, aunque no necesariamente en beneficio obvio del Estado receptor”. Con ello, se daba primacía al impacto económico sobre la naturaleza y propósito de la medida. Este criterio, con razón, fue muy cuestionado. Cabe señalar que este caso es el único que ha determinado una expropiación indirecta en la historia del TLCAN.

31 En *Waste Management v México II* el tribunal expresó que “...no era función del derecho internacional en materia de expropiación, tal como lo refleja el artículo 1110, eliminar los riesgos comerciales normales que asume un inversionista extranjero”, y que “los acuerdos bilaterales de inversiones no eran pólizas contra malas decisiones de negocios”. Por su parte, el tribunal de *Roy Marvin Feldman Karpa v México* estableció que “no toda la actividad reglamentaria del gobierno que le imposibilitara o dificultara a un inversionista llevar a cabo determinado negocio, ni todo cambio en la legislación o en la aplicación de las leyes existentes que tornara antieconómico continuar un negocio constituían expropiación conforme al artículo 1110...”. Finalmente, en *International Thunderbird Gaming v México* (Enero 26, 2006) el tribunal consideró que “Thunderbird conocía el riesgo potencial de clausura de sus propios establecimientos de juegos de azar y apuesta y debió haber sido especialmente prudente en la realización de sus negocios en México”. Habiendo considerado que la compañía no había operado en México sobre la base de una expectativa legítima, desechó el reclamo de expropiación.

32 *SD Myers v Canadá*.

33 *Methanex v USA*.

34 *Methanex v USA y Eureko v Polonia* (Agosto 19, 2005).

35 En *Tecmed v México* (disputa bajo el APPRI México-España) se afirmó que “...además del impacto económico negativo causado por tales actos o medidas, el tribunal Arbitral estimaba apropiado considerar, para determinar si dicho encuadramiento procede, la proporcionalidad de dichos actos o medidas con las exigencias del interés público presuntamente

De dichos criterios ha cobrado particular importancia la noción de legítimas expectativas; para su análisis, deben tomarse en consideración una serie de factores relevantes, entre otros, el riesgo natural que asume el inversionista, cualquier promesa o compromiso específico y expreso efectuado por el Estado a favor del inversionista, la complejidad regulatoria del sector correspondiente y las condiciones y circunstancias regulatorias al momento de efectuar la inversión, conjuntamente con el nivel de conocimiento que tenía o debía haber tenido el inversionista. Sin embargo, el concepto (como los otros) debe ser parte del análisis y no determinante único de conclusiones.

El estándar de una expropiación indirecta es alto, lo cual obedece a la naturaleza propia del estándar. Si llegase a incluir cualquier medida con efecto adverso sobre una inversión, los Estados no podrían regular, lo cual es absurdo y contrario a los principios más elementales del derecho internacional. Al principio fue una disciplina altamente cuestionada por su posible choque con el rol regulatorio de los Estados. Actualmente es, sin duda, una de las disciplinas más difíciles de acreditar en un arbitraje de inversión. En toda la historia del TLCAN, sólo una resolución arbitral ha determinado una expropiación indirecta:³⁶ a nivel global, han existido varias, aunque no en un número significativo.³⁷

Nivel mínimo de trato

El primer párrafo del artículo 1105 del TLCAN dispone lo siguiente:

“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”.

La estructura del artículo establece un género y dos especies. El género es el “trato acorde con el derecho internacional”, y la especie el “trato justo y equitativo” y la “protección y seguridad plenas”. Al decirse “incluido”, se entiende que puede haber otros conceptos no mencionados que también forman parte del “trato acorde con derecho internacional”. Lo fundamental, entonces, es determinar qué se entiende por ese género.

*tutelado a través de los mismos y la protección legalmente debida al inversor en relación con su inversión, sin olvidar que la magnitud de dicho impacto jugaba un rol de peso al juzgar acerca de dicha proporcionalidad”. Por su parte, en LG&F v Argentina el tribunal estableció que “en este caso, las medidas debían aceptarse sin que fuera procedente un reclamo alguno por responsabilidad, salvo que se tratara de una actuación del estado **manifiestamente desproporcionada** con respecto a la necesidad que se trataba de abordar”. Este concepto resulta cuestionable, pues fue importado de la Corte Europea de Derechos Humanos. No queda claro que la extrapolación sea válida.*

36 Metalclad v México.

37 Precedentes relevantes fuera de TLCAN (bajo tratados de inversión y descontando los precedentes del tribunal mixto Estados Unidos-Irán) son: Tecmed v México (2003), Middle East Cement v Egipto (2002), CME v República Checa (2001), Wena Hotels v Egipto (2000), Goetz v Burundi (1998), Biloune v Ghana (1989), Benvenuti & Bonfant v Congo (1980) y Revere Copper v OPIIC (1978).

A primera vista, el artículo referido contiene una serie de elementos equívocos. ¿Qué se entiende por *trato acorde al derecho internacional*? Más difícil aún: ¿qué es justo?, ¿qué es equitativo? Una lectura literal del precepto puede llevar a interpretaciones simplistas, genéricas, débilmente sustentadas en el derecho internacional y contrarias a una razonable y mínima certeza jurídica. Por ello, el camino jurisprudencial fue complicado en sus inicios. De hecho, una “primera generación” de casos resultó en interpretaciones erróneas del estándar.³⁸

Por ello, la Comisión de Libre Comercio del TLCAN emitió en mayo del 2001 una interpretación conjunta, obligatoria para los paneles, a través de la cual las partes confirmaron que el estándar del artículo 1105 es “absoluto” y referenciado al derecho internacional consuetudinario.³⁹ Es decir, tiene un contenido *a priori*, y su cumplimiento es analizado independientemente de otras obligaciones, del propio TLCAN u otros tratados. La diferencia entre derecho internacional y derecho internacional *consuetudinario* no es trivial, pues el segundo es una fuente específica que contiene una serie de principios en la materia sólidamente establecidos a lo largo del tiempo.

A través del ejercicio mencionado las partes preservaron la intención original.⁴⁰ Si bien se llegó a cuestionar esta interpretación, en el sentido de que “reformaba” el Capítulo XI en lugar de “interpretarlo”, la discusión jamás tuvo relevancia práctica, dado que una interpretación que formule la Comisión sobre una disposición del TLCAN es obligatoria para un tribunal establecido de conformidad con el mismo.⁴¹

38 En *Metalclad v México* el tribunal determinó que: “la 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 traducía en la falta de cumplimiento por parte de México para asegurar la transparencia requerida por el TLCAN”. Posteriormente, en mayo de 2001, la Corte Suprema de British Columbia anuló parcialmente el laudo y rechazó el argumento anterior, al establecer que el Capítulo XI no contenía obligaciones en materia de transparencia y por ende el tribunal arbitral se había extralimitado en sus funciones. Por su parte, en *SD Myers v Canadá* el tribunal concluyó que “...el hecho de que la Parte receptora hubiese incumplido una regla de derecho internacional específicamente diseñada para proteger a los inversionistas tendería a favorecer una determinación de encontrar una violación del artículo 1105” y que “en el caso concreto, la violación del artículo 1102 (trato nacional) en esencia establecía también una violación del artículo 1105 (nivel mínimo de trato)”. El razonamiento falló, pues las obligaciones de mérito son distintas entre sí, y la violación de una de ellas no implica *per se* la violación de la otra; trato nacional es un estándar relativo, pues requiere forzosamente una comparativa, y el nivel de mínimo es absoluto, pues tiene un contenido definido *a priori* por la costumbre internacional. De hecho, en la mayoría de los casos las violaciones a trato nacional son insuficientes para acreditar una violación al estándar mínimo. Por último, en *Pope & Talbot v Canadá* el tribunal aseveró que: “los inversionistas bajo el TLCAN tenían derecho al estándar mínimo de derecho internacional, más el elemento de justicia”. Esa última interpretación no solamente era contraria a la propia redacción del artículo 1105, sino que agregaba a las normas del derecho consuetudinario un concepto subjetivo de equidad y justicia de aplicación incierta.

39 La redacción de la interpretación conjunta es la siguiente: 1.- El artículo 1105(1) establece el nivel mínimo de trato a los extranjeros propio del derecho internacional consuetudinario, como el nivel mínimo de trato que debe otorgarse a las inversiones de los inversionistas de otra Parte. 2.- Los conceptos de “trato justo y equitativo” y “protección y seguridad plenas” no requieren un trato adicional al requerido por el nivel mínimo de trato a los extranjeros propio del derecho internacional consuetudinario, o que vaya más allá de éste. 3.- Una resolución en el sentido de que se ha violado otra disposición del TLCAN o de un acuerdo internacional distinto no establece que se ha violado el artículo 1105(1).

40 Hay pruebas de ello. Por ejemplo, el “*State of Implementation*” de Canadá, publicado el mismo día de la entrada en vigor del TLCAN, explicó que el artículo 1105(1) establecía un “estándar absoluto mínimo de trato basado en principios establecidos de derecho internacional consuetudinario”.

41 Artículo 1131.2 del TLCAN.

Si bien el estándar consuetudinario difícilmente arroja reglas concretas, sino conceptos genéricos asociados con los principios de “denegación de justicia”, “debido proceso” y “arbitrariedad”,⁴² una serie de casos de “segunda generación” han establecido claramente ciertas características mínimas para acreditar una violación.

Entre otros, se requiere:

1. Acreditar algo más de una simple ilegalidad a nivel doméstico;⁴³
2. Satisfacer el elemento probatorio;⁴⁴
3. Solicitar una revisión de la legalidad internacional y no interna;⁴⁵
4. Acreditar una conducta manifiestamente arbitraria o altamente injusta,⁴⁶ o una repudiación absoluta e injustificada.⁴⁷

Asimismo, hay áreas donde simplemente la costumbre internacional no establece reglas al respecto.⁴⁸

Cabe señalar que la noción de “*protección y seguridad plenas*” (escasamente discutida en el TLCAN), sí tiene una connotación mucho más definida y acotada en el derecho internacional.⁴⁹

42 La denegación de justicia está relacionada con el acceso a las cortes y órganos de justicia, el debido proceso a normas mínimas que garantizan la integridad de un proceso judicial (*lato sensu*) o decisión administrativa (*strictu sensu*), y la arbitrariedad a una desviación de proporciones mayores por parte del Estado.

43 En *ADF v USA* (Enero 9, 2003) el tribunal determinó que se requería “algo más que una simple ilegalidad o falta de autoridad bajo la ley doméstica para determinar que una medida o acto era inconsistente con el requisito de derecho internacional consuetudinario del artículo 1105”.

44 En *Mondev v USA* (Octubre 11, 2002), el tribunal expresó que “el artículo 1105 no daba a los tribunales de TLCAN una discreción absoluta para decidir, por ellos mismos, sobre una base subjetiva, que era justo o equitativo en las circunstancias de cada caso particular...”, que en cambio “el tribunal estaba atado al estándar mínimo según la práctica de los Estados y la jurisprudencia de los tribunales arbitrales” y no podía “simplemente adoptar su propia visión idiosincrática del estándar de lo que es justo o equitativo sin referencia a fuentes establecidas del derecho”.

45 En *Loewen v USA* (Junio 26, 2003) el tribunal afirmó que “no era para ellos determinar si la conducta del juicio violaba la ley doméstica” pues “un reclamo de TLCAN no podía ser convertido en un recurso de apelación en contra de las decisiones de cortes domésticas”.

46 En *Waste Management v México II* se estableció que “el nivel mínimo de trato justo y equitativo era quebrantado por una conducta atribuible al estado y perjudicial para la demandante si dicha conducta era arbitraria, notoriamente injusta, antijurídica, o idiosincrática, y discriminatoria si la demandante era objeto de prejuicios raciales o regionales o si involucraba ausencia de debido proceso que llevara a un resultado que ofendía la discrecionalidad judicial...”. Por su parte, en *International Thunderbird Gaming v México* el tribunal estableció que “son actos que darían lugar a una violación del nivel mínimo de trato preceptuado por el TLCAN y el derecho consuetudinario internacional aquellos que, sopesados en relación con el contexto de los hechos de qué se trataba, representan una repugnante denegación de justicia o una arbitrariedad manifiesta, que caigan por debajo de los niveles internacionalmente aceptables”.

47 En *Gami Investments v México* (Noviembre 15, 2004), ante los alegatos del inversionista de que México había fallado en implementar el programa azucarero, el tribunal aseveró que “nadie había sugerido que el TLCAN facultara a un inversionista para actuar en base a que el régimen regulatorio constituiría una garantía de éxito”, que “una acción por mala administración probablemente violaría el artículo 1105 si alcanzara el nivel de repudiación directa e injustificada”.

48 En *UPS v Canadá* (decisión de jurisdicción, Noviembre 22, 2002) se estableció que “el estándar mínimo de trato bajo el derecho consuetudinario no estaba implicado por prácticas anticompetitivas”.

49 Se refiere a una obligación de vigilancia y protección vinculada a la seguridad física. Tiene dos vertientes: que las fuerzas del Estado no se utilicen para dañar al inversionista, y que el Estado proteja al inversionista contra la violencia, si la misma puede razonablemente ser evitada. No implica una responsabilidad estricta (*strict liability*) y aplica según las circunstancias. Ver *APPL v Sri Lanka* (1990), *AMT v Zaire* (1997), *Lauder v República Checa* (2001), *Tecmed v México* (2003) y *Saluka v República Checa* (2006). Sin embargo, en algunos otros casos se ha expresado (erróneamente en mi opinión) que este concepto se extiende más allá de la protección física a la inversión. Ver *Occidental v Ecuador* (2004), *CME v República Checa* (2003), *Azurix v Argentina* (2006) y *Vivendi v Argentina* (2007).

El nivel de violación normalmente exige fallas sistémicas; así, por ejemplo, el estándar de denegación de justicia deriva de una negligencia grave de todo el sistema de justicia y no sólo proviene de una entidad. El estándar es también evolutivo y no está congelado en los tiempos de *Neer*;⁵⁰ no obstante, cualquier nueva regla invocada (al ser presuntamente parte del derecho consuetudinario) deberá acreditar por los medios de prueba apropiados los elementos de “*inveterata consuetudo*” y “*opinio juris*”.⁵¹ Después de la interpretación del 2001 no ha vuelto a determinarse violación alguna.

Este es un lado de la moneda; el que aplica sin lugar a dudas al artículo 1105 del TLCAN. En el otro, han prevalecido interpretaciones mucho más amplias del estándar, vinculado principalmente a nociones de “legítimas expectativas” y “estabilidad regulatoria”⁵² (ver último párrafo de la sección de expropiación). Aunque algunas interpretaciones alternas podrán ser cuestionables, hay que reconocer que no existen fórmulas únicas y que cada tratado debe ser interpretado en su unicidad (utilizando adecuadamente las reglas de interpretación que establecen la tanto la Convención de Viena como la costum-

50 En *Neer v Mexico* (1929), el tribunal dio la definición clásica del estándar consuetudinario, al afirmar que el mismo era quebrantado “...si la conducta es abusiva, flagrantemente errónea o de mala fe, o tan inferior a los niveles internacionales que cualquier persona razonable e imparcial la reconocería fácilmente como tal”. En *Alex Genin v Estonia* (2001) el tribunal utilizó una fórmula similar. Aunque el requisito de mala fe hoy día no es un requisito *sine qua non* (pues el camino al infierno está plagado de buenas intenciones), el nivel de gravedad del acto, bajo el estándar consuetudinario, sigue siendo muy alto.

51 Al respecto, es importante señalar que los casos son meramente guía, no fuente del derecho internacional.

52 Fuera de TLCAN, casos recientes han extraído una obligación positiva de “legítimas expectativas” o conceptos similares de diferentes tratados de inversión. El primer precedente importante fue *Tecmed v Mexico* (Mayo 29, 2003, arbitraje bajo el APPRI México-España), donde en una interpretación algo expansionista de “buen gobierno”, el tribunal opinó que “...esa disposición del Acuerdo (trato justo y equitativo), a la luz de los imperativos de buena fe requeridos por el derecho internacional, exigía de las Partes Contratantes del Acuerdo brindar un tratamiento a la inversión extranjera que no desvirtuara las expectativas básicas en razón de las cuales el inversor extranjero decidió realizar su inversión”. Que como parte de lo anterior, se “contaba con que el Estado receptor de la inversión se conduciría de manera coherente, desprovista de ambigüedades y transparente en sus relaciones con el inversor extranjero, de manera que éste pudiera conocer de manera anticipada, para planificar sus actividades y ajustar su conducta, no sólo las normas o regulaciones que regirían tales actividades, sino también las políticas perseguidas por tal normativa y las prácticas o directivas administrativas que les eran relevantes”. Esta frase ha sido citada en varios casos, pero (erróneamente) como una especie de declaración legal o de principio, y aislada de los hechos concretos del caso *Tecmed*. Por su parte, en *Occidental v Ecuador* (Julio 1, 2004), *CMS v Argentina* (mayo 12, 2005), *Enron v Argentina* (Mayo 22, 2007) y *Sempra v Argentina* (Septiembre 28, 2007) se afirmó que la “estabilidad del marco jurídico y de negocios era un elemento esencial del trato justo y equitativo”. En *MTD Equity v Chile* (Mayo 25, 2004), se utilizó el término “trato justo e igualitario, conducente a la promoción y protección de la inversión extranjera”; en *Eureko v Polonia* “expectativas básicas” y, aunque el tribunal determinó que las conductas en análisis eran en sí oprobiosas, aseguró que no se requería tal nivel de extremidad para determinar una violación; en *Saluka v República Checa* “expectativas legítimas y razonables”, esta vez con menciones a la facultad regulatoria estatal; en *Azurix v Argentina* (Julio 14, 2006) “expectativas legítimas”; en *LG&E v Argentina* (septiembre 26, 2006) “justas expectativas” y “conducta sólida, transparente y libre de ambigüedades”, si bien señalando que las expectativas, para ser exigibles, debían tener ciertas características; y en *Siemens v Argentina* (Febrero 6, 2007) “trato justo e igualitario, conducente a promover y proteger la inversión extranjera”. Esta “tendencia” está demasiado lejos de constituir costumbre internacional, ni tampoco debería sentar una autoridad para casos ulteriores; cabe señalar que sólo 2 árbitros fueron presidentes de siete tribunales en los casos mencionados en esta nota (Francisco Orrego Vicuña en *CMS, Occidental, Enron, Sempra*; y Andrés Rigo Sureda en *MTD Equity, Azurix y Siemens*). El sustento para llegar a algunas de estas conclusiones fue pobre (algunos argumentos fueron replicados para casos totalmente distintos). Inclusive, se ha llegado a sugerir o afirmar, sin prueba de ello, que el estándar mínimo conforme la costumbre al día de hoy cubre algunos de los conceptos mencionados de “estabilidad” o “legítimas expectativas”. Para que lo anterior fuese cierto, los países, de forma generalizada, deberían asumir dichos conceptos como “normas obligatorias”. Salvo que la intención de las partes sea clara, considero que cualquier noción de legítima expectativa debería ligarse al concepto consuetudinario de “arbitrariedad” o, en todo caso, ser parte del análisis, más no el único determinante. Otros principios utilizados para interpretar el estándar han sido la buena fe (*Tecmed v Mexico*) y transparencia regulatoria (*Metalclad v México*; *Maffezzini v España* y *CME v República Checa*).

bre internacional). Aun así, no se debe concluir *ex ante* que derivado de la ausencia de una referencia expresa al derecho internacional consuetudinario, fue intención de las partes establecer un estándar más amplio. Tampoco caer en el simplismo de afirmar, como algunos lo han hecho, que el derecho internacional consuetudinario hoy en día cubre ciertos elementos que en realidad no han adquirido una aceptación general y de *opinio juris*.

Trato nacional

El artículo 1102 del TLCAN dispone lo siguiente:

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

2. Cada una de las Partes otorgará a las inversiones de inversionistas de otra Parte, trato no menos favorable que el que otorga, en circunstancias similares, a las inversiones de sus propios inversionistas en el establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación, venta u otra disposición de las inversiones.

....
....

A diferencia del estándar consignado en el artículo 1105, el trato nacional (al igual que el trato de la nación más favorecida) es un estándar relativo, pues carece de un contenido definido *a priori*. Requiere necesariamente de un análisis caso a caso, entre un inversionista nacional y uno extranjero (de un país parte del TLCAN), que arroje un trato más favorable al primero respecto del segundo. Tiene además las siguientes características:

- Aplica tanto a los inversionistas (primer párrafo), como a las inversiones (segundo párrafo).
- Aplica tanto al pre-establecimiento (*establecimiento, adquisición, expansión*), como al post-establecimiento (*administración, conducción, operación, venta u otra disposición*) y sólo a las actividades mencionadas expresamente. La primera fase confiere esencialmente un derecho de entrada o acceso, en los mismos términos que los nacionales; dicho en otras palabras, los inversionistas cubiertos pueden invertir en actividades económicas y comprar compañías en la misma medida que los nacionales puedan hacerlo.⁵³ La segunda fase, por su parte, se refiere al trato otorgado a lo largo del ciclo de una inversión una vez establecida.

⁵³ No obstante, trato nacional es susceptible de reserva (no así expropiación y trato justo y equitativo). Las limitaciones al capital extranjero establecidas en la Ley de Inversión Extranjera para ciertas actividades, así como otras medidas discriminatorias, están reflejadas en los anexos de medidas disconformes. El TLCAN ofrece un régimen autocontenido en materia

- Incluye medidas *de iure* y *de facto*.
- Aplica en “*circunstancias similares*”.
- La diferencia de trato debe ocasionar un daño o merma real, no hipotético.

Casi todos los casos públicos que han analizado esta disciplina (para el caso de inversión) han provenido del Capítulo XI, lo que magnifica la importancia de esta fuente. En este orden de ideas, la jurisprudencia ha establecido de forma recurrente que como punto de partida se deben seguir tres pasos: (i) identificar los sujetos relevantes de comparación; (ii) considerar el trato que recibe cada sujeto; y (iii) considerar cualquier factor que justifique una desviación en el trato. En otras palabras, se debe establecer una comparativa válida y reconocer circunstancias en las que un trato diferenciado entre nacionales y extranjeros no necesariamente violenta el artículo 1102.

El estándar requiere para su correcta aplicación la comparación de dos inversionistas en “*circunstancias similares*”.⁵⁴ Aunque el término no está definido, su propósito elemental es claro: comparar lo realmente comparable. Es pertinente señalar que no debe traslaparse ni aplicarse por analogía la fórmula de “*productos similares*” del GATT.⁵⁵

En la jurisprudencia del TLCAN, se han comparado:

- A) inversionistas que se encuentran en el mismo sector económico;⁵⁶
- B) inversionistas que además de ubicarse en el mismo sector tienen las mismas características;⁵⁷
- C) un inversionista con el inversionista similar más cercano o disponible;⁵⁸ e
- D) inversionistas que compiten en el mismo mercado.⁵⁹

La falta de un comparativo válido hace inaplicable el estándar, pues no podría probarse un trato menos favorable. El ejercicio es flexible y pueden utilizarse uno o varios criterios según el caso y tipo de inversión, pero bajo la premisa irrestricta de realizar una comparativa razonable que tome en cuenta todos los factores relevantes. Es importante

de acceso a la inversión; el inversionista puede invertir de la misma forma que los mexicanos, a excepción de lo reservado. Las limitantes están sólo en el TLCAN.

54 Esta fórmula se incluye expresamente en el artículo 1102, pero aunque no fuera el caso, es una herramienta lógica para aplicar el estándar.

55 El Tribunal de Methanex v USA estableció que la intención del texto era muy clara, en el sentido de no yuxtaponer comercio con inversión. Es importante no utilizar la jurisprudencia de comercio en casos de inversión, pues dichos ámbitos y sus respectivas regulaciones son completamente diferentes.

56 En SD Myers v Canadá, el tribunal estableció que el artículo 1102 “*invita a un examen de si un inversionista no nacional que se queja de un trato menos favorable se encuentra en el mismo sector económico o de negocios que el inversionista local*”.

57 En Feldman v México, se hizo la distinción entre “productores” y “revendedores”, aunque se tratara del mismo sector (buen punto de partida, aunque el posterior análisis fue deficiente). En un caso fuera de TLCAN, Champion Trading v Egipto, el tribunal desestimó comparar dos compañías algodonerías, pues aunque pertenecían al mismo sector económico y estaban sujetas a las mismas reglas, una compraba el algodón de centros de acopio a precios fijos, y la otra en el mercado libre. En estos dos casos, el “mismo sector económico” no era suficiente.

58 En Methanex v USA, el tribunal opinó que dado el objeto del artículo 1102 y la flexibilidad para aplicarlo en circunstancias similares, “*sería igual de perverso ignorar comparadores idénticos de estar disponibles, y usar en su lugar comparadores menos parecidos, que rechazar el encontrar y aplicar comparadores menos parecidos cuando no existen comparadores idénticos*”.

59 En Archer Daniels Midland Co. v México (Noviembre 21, 2007), el tribunal estimó que las empresas con las que podían compararse los inversionistas de fructuosa eran las empresas productoras de azúcar, pues al momento del impuesto (medida impugnada) “*compartían el mercado y competían en forma directa del suministro de edulcorantes a las empresas embotelladoras de refrescos y de alimentos procesados*”.

no perder de vista lo anterior, pues podrán existir distintos casos donde sería tan válido como absurdo aplicar el mismo criterio.

Asimismo, la diferencia de trato debe obedecer, o estar conectada, única y exclusivamente a razones de nacionalidad. El propósito fundamental del trato nacional es procurar equidad de oportunidades competitivas entre extranjeros y nacionales, y por ende, está relacionado necesariamente con un elemento de extranjería. En esencia, pretende evitar “favorecimientos” o “privilegios” a nacionales en detrimento de extranjeros. En consecuencia, pueden existir tratos diferenciados basados en políticas públicas legítimas (por causas distintas a la nacionalidad), independientemente de que esa diferencia de trato perjudique a un inversionista extranjero y no así a uno nacional.⁶⁰ En los hechos, algunos casos ejemplifican de forma clara esta situación.⁶¹

En principio, las medidas de aplicación general no son violatorias de trato nacional, pues su ámbito de aplicación no distingue entre nacionales y extranjeros; sin embargo, cuando dichas medidas (a pesar de su generalidad) sólo afectan a extranjeros o sociedades nacionales con participación extranjera, amerita un análisis ulterior para determinar una posible inconsistencia *de facto*.

Inversión “transfronteriza”

Vale la pena también exponer un tema de discusión jurisprudencial más reciente, donde parece haber una tendencia clara. En diferentes ocasiones se han canalizado al mecanismo de diferencias de inversión disputas relacionadas con temas de indole comercial. En algunos casos, ni siquiera existe una inversión transfronteriza;⁶² en otros, se han mezclado

60 En *SD Myers v. Canadá*, el tribunal estimó que “...se debe tomar en cuenta el contexto legal de (1) la preocupación del TLCAN por el medio ambiente y la distorsión del comercio, así como de (2) circunstancias que justifiquen regulaciones en aras del interés público”. Por su parte, en *Pope & Talbot v. Canadá*, se afirmó que “las diferencias de trato presuntamente violarían el artículo 1102, a menos que tengan un nexo razonable con políticas gubernamentales racionales que: (i) no distingan, de iure o de facto, entre compañías de propiedad extranjera o nacional, y (2) no nulifiquen los objetivos de liberalización de la inversión del TLCAN”. En *Feldman v. México*, el tribunal expresó que “quedaba claro que el concepto de trato nacional del TLCAN y acuerdos similares está diseñado para prevenir discriminación sobre la base de, o por razón de, la nacionalidad”.

61 En *Pope & Talbot v. Canadá*, la medida objetada, un sistema de cuotas de exportación, se basaba en el historial y tendencias de exportación de cada provincia canadiense; el inversionista demandante señalaba un trato más favorable otorgado a un inversionista nacional, pero ubicado en otra provincia. Esa diferencia de trato obedecía no a la nacionalidad del demandante, sino a su ubicación en una provincia determinada (y era con inversionistas de esa provincia con quien debía compararse). Por su parte, en *Gami v. México*, los demandantes alegaban que otros ingenios azucareros no habían sido expropiados; en este caso, el criterio para la expropiación no era la participación extranjera en los ingenios, sino su situación de insolvencia.

62 *Bayview et al. v. Mexico* (Junio 19, 2007). En este caso, diversos granjeros, distritos de riego y sociedades agrícolas establecidas en el Estado de Texas reclamaron que México afectó ciertos derechos de agua de la zona del Río Bravo que “les correspondían” bajo un Tratado celebrado entre Estados Unidos y México en 1944, y que habían sido desviados para su uso en México. Reclamaron violación a Trato Nacional, Nivel Mínimo y Expropiación, y una reparación de 554 millones de dólares. Por unanimidad, el tribunal resolvió no tener competencia, al considerar que el Capítulo XI cubre únicamente la “inversión extranjera”, lo que exige que un “inversionista” efectúe una “inversión” en un Estado del TLCAN que no sea el propio. Por otra parte, en septiembre de 2005, un tribunal de consolidación determinó la consolidación de tres casos en contra de los Estados Unidos, presentados por igual número de compañías canadienses del ramo forestal: *Canfor Corp., Terminal Forest Products Ltd. y Tembec Inc.* (el caso de *Softwood Lumber v. Estados Unidos*). Las disputas vinieron después de la imposición en el 2002 de diversas cuotas compensatorias a la importación de ciertos productos de madera. Los reclamantes alegaron violación a Trato Nacional, Trato de Nación Más Favorecida, Nivel Mínimo y Expropiación. Sumando las

daños asociados a operaciones comerciales con los derivados de una presencia comercial efectiva en el territorio del Estado receptor de la inversión.⁶³

Las interpretaciones vertidas van en el camino correcto, en el sentido de exigir la existencia de una inversión transfronteriza, o cuando menos la intención de hacerla. Es evidente que el Capítulo XI se aplica únicamente para dirimir controversias en materia de inversión, siempre que un “*inversionista de una parte busca efectuar, efectúe o haya efectuado una inversión*” en el territorio de otra parte.⁶⁴ Los Estados del TLCAN jamás dieron su consentimiento para que un tribunal tenga jurisdicción para resolver afectaciones a inversiones “nacionales”, aunque éstas dependan para su marcha del mercado de otro país parte del TLCAN.

Arbitrajes: balance en término de laudos y condenas pecuniarias

En términos generales, existe un balance respecto de condenas pecuniarias. México ha estado involucrado en 12 procedimientos arbitrales del Capítulo XI; de ellos, 3 resultaron en victorias parciales para los inversionistas,⁶⁵ mientras que 7 casos fueron resueltos en favor del Estado.⁶⁶ Dos procesos están pendientes de resolución.⁶⁷ Tomando como referencia únicamente los casos concluidos, se han otorgado en daños aproximadamente 51.1 millones de dólares más intereses, contra un total reclamado de 1,208 millones de dólares; es decir, el inversionista ha recuperado (sin incluir intereses) poco más de 4 centavos por cada dólar reclamado (un porcentaje de 4.2%).

Sumando todos los arbitrajes del Capítulo XI, cinco han resultado en victorias parciales para los inversionistas.⁶⁸ Y son victorias parciales porque en ninguno de estos procedimientos fueron acreditadas todas las violaciones presuntamente incumplidas, y

tres reclamaciones, se solicitan aproximadamente 235 millones de dólares de reparación. El 19 de julio de 2007 se dio por terminado el proceso. Lo anterior derivó de común acuerdo entre *Canfor* y *Terminal* y el Gobierno de los Estados Unidos; la tercer empresa, *Tembec*, ya había detenido el proceso ante la orden de consolidación. En una decisión preliminar el tribunal había declinado jurisdicción sobre algunas cuestiones, mientras que la retuvo para otras. En *BSE v Estados Unidos* un número importante de personas físicas y empresas canadienses en el ramo del ganado sometieron una reclamación en contra de los Estados Unidos por medidas relativas al cierre de la frontera a la importación de ganado canadiense después del descubrimiento en 2003 de un caso de BSE (*bovine spongiform encephalopathy*), mejor conocido como “enfermedad de la vaca loca”. Los reclamantes alegan violación a Tratado Nacional. Sumando todas las reclamaciones, se solicitan no menos de 540 millones de dólares de reparación.

63 En *Archer Daniels Midland Co. v México* el inversionista argumentó que la indemnización debía incluir daños derivados de su inversión en México, así como también de la merma en exportaciones hacia México. El Tribunal determinó que únicamente tenía competencia para indemnizar por el perjuicio causado en el territorio de México (a la subsidiaria del inversionista), pues el otro daño era de naturaleza distinta y no era cubierto por el Capítulo XI.

64 Artículo 1139 del TLCAN (Capítulo XI).

65 *Metalclad v México* (16.685 millones de dólares otorgados versus 90 millones reclamados), *Roy Marvin Feldman v México* (927,814 dólares otorgados versus 30 millones reclamados) y *Archer Daniels Midland Co. v México* (33.5 millones de dólares otorgados versus 226 millones reclamados).

66 *Robert Azinian et al v Mexico*, *Waste Management v Mexico* (I y II), *International Thunderbird Gaming v Mexico*, *GAMI Investments v Mexico*, *Fireman's Fund Insurance v Mexico* y *Bayview et al. v Mexico*.

67 *Corn Products International Inc. v Mexico* y *Cargill Inc. v Mexico*.

68 *Metalclad v Mexico*, *Roy Marvin Feldman v Mexico*, *SD Myers v Canada* y *Pope & Talbot v Canada*.

mucho menos fueron otorgados todos los daños solicitados por los reclamantes, los cuales, por táctica, suelen ser exagerados. Por su parte, los Estados han salido avante en 12 casos. Las reclamaciones totales respecto de casos concluidos han superado los 3.42 billones de dólares,⁶⁹ mientras que han sido otorgados en daños poco más de 57.5 millones. El contraste a nivel global es todavía mucho más evidente (1.68%).

Un número importante de reclamaciones quedaron en sólo un aviso de intención, requisito procesal previo al sometimiento de una reclamación al arbitraje. Exitosamente se han logrado detener algunas disputas por parte de los tres países del TLCAN; otras simplemente carecían de viabilidad y jamás fueron presentadas a arbitraje.

Balance general y prospectiva

Afortunadamente, el TLCAN tiende a un equilibrio gracias a que todos los involucrados participan tanto en calidad de inversionistas como receptores de inversión (nótese el caso de los Estados Unidos, quien normalmente ocupa el primer lugar mundial para cada rubro), y adicionalmente, existe un trabajo importante de cooperación y análisis conjunto de las partes para dar seguimiento a los casos. Los Estados no contendientes también participan a través de la presentación de escritos,⁷⁰ opinando sobre cuestiones de derecho. Es claro que un precedente ajeno puede afectar un caso propio, actual o eventual.

La actividad litigiosa ha sido muy dinámica, una de las más activas en el mundo. ¿Es negativo? ¿Es sintomático de una región conflictiva? ¿O de un deficiente régimen interno de las partes que orilla al litigio? Sinceramente no lo creo. El Capítulo XI ha sido visto como una alternativa viable para la solución de cierto tipo de controversias con características muy especiales, en circunstancias también muy excepcionales. El Capítulo XI no es ni debería ser un recurso de revisión para las decisiones internas; su rol se circunscribe a revisar la legalidad de una medida a la luz de ciertos estándares internacionales (los pactados en el propio Capítulo XI). Los tribunales internacionales y los tratados de inversión no son ni deben ser un sustituto de las autoridades jurisdiccionales locales y el marco jurídico doméstico.

Los litigios a la fecha son prueba y parte de un sistema que funciona, así como también lo es el pago de los laudos correspondientes. ¿Este activismo puede inhibir a inversionistas a invertir en la zona? Negativo. Primero que nada, los datos no apoyan tal aseveración; los flujos recíprocos de inversión en la región, lejos de disminuir, siguen aumentando. Segundo, esa circunstancia no puede ser una mala señal, al contrario, es la implementación y respeto a compromisos internacionales adquiridos. México, en particular,

69 Datos tomados de los portales de internet de la Secretaría de Economía de México (www.economia.gob.mx), del Buró de Asuntos Exteriores y Comercio Internacional de Canadá (www.international.gc.ca) y del Departamento de Estado de los Estados Unidos (www.state.gov/s/l/c3439.htm). Las reclamaciones varían de acuerdo a diferentes fases procesales; por ello, el cálculo es aproximado.

70 Artículo 1128 del TLCAN (Capítulo XI).

ha honrado todos los laudos que le han sido adversos, lo cual es una señal positiva que reafirma el estado de derecho.

¿En qué ha ayudado el Capítulo XI? Independientemente de lo que comenté en la parte del comentario económico, el Capítulo XI, y en particular los casos que México ha perdido, han concientizado a las autoridades domésticas a tener un mayor cuidado a la hora de aplicar medidas, ya que no habrán de ser únicamente satisfechos los requisitos de legalidad internos, sino también un conjunto de estándares internacionales. Sin embargo, mucho falta para que lo anterior permee al poder legislativo y autoridades sub-federales. Estos límites son positivos, siempre y cuando sean razonables y no impongan cargas onerosas sobre los Estados. En este sentido, ciertas autolimitaciones son benéficas (el caso del TLCAN), al inducir y presionar a un mejor desempeño institucional; otras (el caso de tratados mal diseñados) efectivamente pueden conducir a un miedo regulatorio (*regulatory chill*). Lo primero no va en detrimento de la soberanía, al contrario, es un mero ejercicio de ésta; lo segundo, por el contrario, sí la reduce.

Desafortunadamente, una mayoría de los instrumentos de inversión a nivel mundial se caracterizan por un pobre contenido que puede resultar en demandas frívolas e interpretaciones expansionistas. Podemos encontrar ejemplos de algunas interpretaciones que no pudieron haber sido la intención razonable de las partes. Por ejemplo, la elevación de reclamos locales a internacionales (e.g. derivado de incumplimiento de contratos) o la extracción, algunas veces de forma cuestionable, de obligaciones positivas de “legítimas expectativas”, “transparencia” o “buen gobierno” de cláusulas genéricas de “trato justo y equitativo”.⁷¹ Asimismo, los inversionistas han alegado crecientemente que la cláusula de *trato de la nación más favorecida* puede derogar o importar de forma indiscriminada disposiciones de otros tratados.⁷² En otras ocasiones, el Estado ha sido correctamente condenado por conductas arbitrarias y alejadas de los estándares del derecho internacional; es sano castigar esas conductas que perjudican no únicamente al inversionista, sino al Estado como unidad.

Al inicio, jamás se pensó que los tratados de inversión harían ruido. Ahora, vemos un auge de arbitrajes que a muchos preocupa. Ello no es malo en sí mismo, ni debe ser sorpresa, ya que es sólo parte de un sistema que fue pactado en esos instrumentos. Pese a ello, lo que sí debe preocupar es que el sistema mantenga siempre un equilibrio: protección adecuada a la inversión pero sin menoscabo del rol regulatorio del Estado; complemento y no sustituto a las jurisdicciones locales, protección extraordinaria, no primaria.

En la actualidad, a nivel global, el péndulo se balancea hacia uno u otro lado; existen referentes de todo tipo, malos y buenos, pro-Estado, pro-inversionista y otros que guardan un sano equilibrio. En general, existe mayor información, que los países deben utilizar con responsabilidad para negociar mejores tratados y administrar mejor los litigios; asimismo, para identificar problemas, riesgos y oportunidades para mejorar. Si no se consolida un equilibrio, el sistema no podría sobrevivir. En la actualidad, prácticamente

71 Ver nota 33.

72 Ver The Most-Favored-Nation Clause in International Investment Agreements: A Tool for Treaty Shopping? Alejandro Faya-Rodríguez; *Journal of International Arbitration*, Volume 18, Issue 1, 2008.

todos los laudos de inversión han sido honrados por los Estados, pues el no hacerlo podría traer consigo costos mayores, en términos del descrédito internacional. Si el sistema pierde legitimidad y credibilidad, el detrimento sería muy alto.

El Capítulo XI mantiene hasta ahora un equilibrio; en 15 años de experiencia se ha sentado una jurisprudencia que es referente a nivel mundial. Con el paso del tiempo y la experiencia ganada seguramente la jurisprudencia se irá perfeccionando, y con ello, los límites tanto para los inversionistas como para el Estado serán más claros. Adicionalmente, las partes podrán, dentro de los límites del propio tratado, seguir haciendo aportaciones importantes. El Capítulo XI ha sido pionero en ciertos temas, por ejemplo, la transparencia, que tanto ha auxiliado a legitimar el sistema, y a crear mecanismos informales de control, más efectivos a veces que los formales.⁷³ La transparencia fomentará el análisis jurisprudencial, así como la calidad de los laudos. Seguramente habrá más aportaciones en otros temas.

El Capítulo XI seguirá activo por mucho tiempo, seguramente con una actividad similar a la de hoy en día. En el caso de México hay una franca disminución de casos; de hecho, muy próximo a que no exista ninguno de ellos. Desde luego, eventualmente surgirán otros. En un futuro, probablemente habrán de desarrollarse a través de la jurisprudencia otras disciplinas hasta hoy poco exploradas, tales como *trato de la nación más favorecida* y *requisitos de desempeño*. Considero que para otras obligaciones, como el régimen de transferencias y altos ejecutivos, difícilmente habrá un tratamiento jurisprudencial.

Mientras que la tendencia de los instrumentos de inversión ha sido y sigue siendo la generalidad de obligaciones, falta de precisión y una pobre regulación del proceso arbitral, el TLCAN fue y sigue siendo un referente válido y útil, dado que establece reglas mínimas que garantizan niveles razonables de certeza y previsibilidad, tanto en la parte sustantiva como procedimental, mismas que en muchos otros tratados simplemente no existen. Lo fundamental de un tratado de inversión es lograr un balance adecuado. Cualquier trabajo y desarrollo por venir debe basarse necesariamente en esa premisa.

Conclusiones generales

En el aspecto económico:

- En su momento, el Capítulo XI, y el TLCAN en su conjunto, fueron un detonante notable de inversión y catalizador de reforma doméstica. Propiamente, la nueva era de atracción de IED en México después de 1994 no derivó del TLCAN *per se*, sino más bien del nuevo modelo de crecimiento hacia afuera que el propio TLCAN ayudó a potencializar y consolidar.

⁷³ La jurisprudencia del TLCAN desarrolló conceptos de confidencialidad, la participación de *amicus curiae* y la celebración de audiencias públicas. Aunado a lo anterior, las partes del TLCAN emitieron el 7 de octubre de 2003 una recomendación que norma la participación de partes no contendientes en un proceso arbitral.

- El nuevo esquema de apertura sectorial y la facilidad de exportación a los Estados Unidos propiciaron que, a partir de 1994 a la fecha, México sea uno de los principales receptores de IED a nivel mundial.
- Actualmente, el rol económico del Capítulo XI es mucho menor. Ha dejado de ser catalizador de reforma, apertura y liberalización, para convertirse en un instrumento de protección a la IED.
- En este sentido, el Capítulo XI juega un rol útil, aunque subsidiario y complementario. Lo mismo aplica para otros tratados de inversión firmados por México, habida cuenta que los principales detonantes de IED son de tipo económico. Por ello, los principales esfuerzos para atraer y fomentar inversión, extranjera o doméstica, deben provenir de reformas domésticas, enfocadas a elevar la calidad, eficacia y eficiencia de las instituciones públicas y la regulación, desarrollar infraestructura, innovación y tecnología, educar a la gente y garantizar la seguridad pública.
- No hay duda de que la IED tiene un gran potencial benéfico, y por ello debe ser bienvenida. Pero no reporta beneficios automáticos ni garantiza desarrollo económico. Es una variable, parte de un paquete. Al igual que el capital doméstico, debe canalizarse armónicamente, y depende del país receptor maximizar sus beneficios y minimizar sus costos a través de buenas políticas públicas.

En el aspecto jurídico:

- La actividad litigiosa ha sido notable. A la fecha, existen un buen número de laudos arbitrales de los cuales se deprenenden elementos importantes. Puede afirmarse que, a diferencia del resto del mundo, existe una jurisprudencia propia del Capítulo XI. Esta jurisprudencia tiene un grado alto de aplicabilidad, *mutatis mutandis*, en otras regiones.
- Aunque a los inicios fue difícil, vemos ahora ciertos patrones interpretativos, sobre todo en las disciplinas de *expropiación indirecta*, *nivel mínimo de trato* y *trato nacional*. Asimismo, se ha reafirmado la necesidad de que exista un elemento transfronterizo de la inversión, ya previsto en el propio Capítulo XI. Todo lo anterior es sumamente positivo, pues auxilia a establecer límites y alcances claros para todos los actores involucrados.
- Es previsible que a futuro se exploren algunas disciplinas hasta hoy poco recurridas y exploradas. Otras quedaran sólo en la letra del Capítulo XI.
- Se han desarrollado temas importantes fuera de los estándares de protección, como la transparencia en los procedimientos. Asimismo, las partes han hecho aportaciones conjuntas importantes; es previsible que se den otros avances de esta naturaleza.
- En términos generales, la jurisprudencia es equilibrada: se ha aplicado el Capítulo XI de una forma razonable, lo que no ha puesto en peligro el poder de los

Estados para regular en aras del interés o bien público. Esa tendencia debe continuar pues, de lo contrario, el sistema perdería legitimidad y credibilidad.

- Aunque el costo de la mayor parte ha sido asumido por México, observamos un equilibrio en términos de reclamaciones e indemnizaciones pecuniarias otorgadas, visto a 15 años.
- El sistema es perfectible y hay mucho por mejorar y avanzar. La jurisprudencia y transparencia harán su trabajo. Las partes del TLCAN, interesadas tanto en calidad de inversionistas como receptores de inversiones, también estarán vigilantes.