

# Balance y perspectivas del Tratado de Libre Comercio de América del Norte: el caso del tratamiento jurídico de la inversión extranjera

---

Natalia Sandoval Peña

## 1. Introducción

El 1.º de enero de 2004 marcó el décimo aniversario de la entrada en vigencia del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), firmado entre Canadá, Estados Unidos y México con el propósito de constituir la zona de libre comercio norteamericana y fortalecer, de este modo, las relaciones económicas y comerciales entre los tres Estados partes. Gracias a los mecanismos adoptados por los tres Estados partes, el TLCAN se ha convertido en la zona de libre comercio más grande del mundo, con cerca de la tercera parte del PIB mundial.

Luego de diez años de vigencia, el balance de los resultados obtenidos ha sido positivo, ya que el TLCAN ha brindado una eficaz protección al comercio de bienes y servicios en diferentes sectores de producción, una mayor movilidad de los factores de producción, un incremento del número de transacciones y negocios realizados y una mayor seguridad de la propiedad intelectual, de las inversiones, de los servicios financieros, etc.

La progresiva liberalización del comercio de bienes, de la inversión y del empleo ha dado un gran dinamismo a la región. Las cifras hablan por sí solas. Según el Fondo Monetario Internacional, el comercio total entre los tres países se ha quintuplicado desde la firma del

TLCAN: ha pasado de 306 millones de dólares americanos, en 1993, a cerca de 621 millones de dólares americanos en el año 2002. De esta manera, gracias al TLCAN, las exportaciones canadienses se han incrementado en un 87% mientras que las de los Estados Unidos y México han alcanzado U.S.\$ 213,9 mil millones y U.S.\$ 1,6 mil millones de dólares,<sup>1</sup> respectivamente.

Estos resultados positivos han sido posibles gracias a la aplicación de una reglamentación clara que ha dado certidumbre y transparencia a los actores económicos,<sup>2</sup> sobre todo en lo que se refiere, específicamente, a la inversión extranjera directa y al comercio de bienes y servicios. En efecto, la importancia que los países miembros han acordado dar al comercio y a la inversión constituye el eje central del proceso de integración económica de la región. Esta importancia se refleja en la estructura misma del texto del TLCAN, cuyo capítulo 11, materia de análisis del presente artículo, se encuentra en el centro del tratado.<sup>3</sup>

El régimen de protección y promoción de la inversión establecido por el capítulo 11 del TLCAN regula la inversión extranjera basándose en los principios del trato nacional, del trato de la nación más favorecida y de la norma mínima de trato en favor del inversionista, así como en un mecanismo de solución de controversias entre un Estado parte y un inversionista de otro Estado parte. Los mecanismos de promoción y de protección de la inversión se encuentran establecidos en la primera sección del capítulo 11 del TLCAN (sección A), mientras que los procedimientos aplicables en materia de solución de controversias se encuentran previstos en la segunda sección (sección B) del mencionado capítulo. Debido a la inclusión de estos mecanismos de solución de controversias, el TLCAN se ha erigido en el modelo a seguir para una promoción y protección eficaz de la inversión extranjera tanto en el nivel regional<sup>4</sup> como hemisférico.<sup>5</sup> Cabe, no obstante, indicar que dichos mecanismos, incluidos en dicho capítulo para otorgar una mejor protección a las inversiones canadienses y estadounidenses en el territorio de México, son de carácter facultativo y, por ende, los inversionistas pueden optar igualmente por solu-

---

<sup>1</sup> NAFTA. *A ten report*, documento en línea: <<http://www.ustr.gov/regions/whemisphere/nafta.shtml>> (documento consultado el 12 de enero de 2004).

<sup>2</sup> Ídem.

<sup>3</sup> APPLETON, B. *Navigating NAFTA. A counsile user's to the NAFTA*. Toronto: Lawyers Cooperative Publishing & Carswell Thomson Professional Publishing, 1994, p. 79.

<sup>4</sup> Cabe en este sentido mencionar, por ejemplo, que los tratados de libre comercio suscritos entre el Canadá y Chile, Canadá e Israel y Canadá y Costa Rica retoman igualmente, en su esencia, los mecanismos establecidos en el TLCAN.

<sup>5</sup> En efecto, si consultamos el borrador del futuro acuerdo del ALCA, observaremos que, en su esencia, la estructura del régimen de protección y promoción de la inversión extranjera es casi idéntica a la del TLCAN. Se puede consultar, en ese sentido, el texto del acuerdo en: <[http://www.ftaa-alca.org/FTAADraft03/Worddocs03/ChapterXVII\\_s.doc](http://www.ftaa-alca.org/FTAADraft03/Worddocs03/ChapterXVII_s.doc)> (documento consultado el 4 de marzo de 2004).

cionar sus diferencias utilizando la vía procedimental interna que cada país miembro posee. Conviene igualmente mencionar que, en lo que se refiere a la protección y la promoción de las inversiones, el TLCAN cuenta igualmente con disposiciones relativas a la expropiación y a la compensación consecuente en caso de considerarse la expropiación pertinente.

Aun cuando los flujos de inversión y de comercio entre los tres países han alcanzado niveles récord —pues el TLCAN ha permitido el incremento del comercio y de la inversión provenientes de los países miembros y de terceros países—,<sup>6</sup> en estos diez años de vigencia del tratado se han presentado una serie de controversias que han enardecido el discurso de los grupos opositores al libre comercio, los sindicatos y los grupos de defensa de los derechos de los trabajadores, así como de diversos representantes de la sociedad civil en los tres países miembros. Del mismo modo, tras diez años de vigencia, el TLCAN ha favorecido la elaboración de estudios críticos sobre los verdaderos efectos del libre comercio en las economías de los tres socios.

El estudio de los casos suscitados como consecuencia de la aplicación de las reglas del capítulo 11 del TLCAN resulta interesante, ya que ello nos permitirá de determinar cuáles han sido los verdaderos beneficios que el mecanismo de protección y de promoción de la inversión del TLCAN ha aportado a los Estados Unidos, Canadá y México. Del mismo modo, el estudio de los mencionados casos nos permitirá determinar la eficacia de los mecanismos adoptados para una efectiva protección de la inversión extranjera en la zona de libre comercio norteamericana y las verdaderas implicancias que el libre comercio ha tenido en los tres países miembros.

A efectos de brindar a nuestro lector una idea de cuáles han sido los puntos que han suscitado la crítica de los grupos de presión que manifiestan su descontento contra el proceso de integración norteamericano, hemos decidido dividir el presente trabajo en dos grandes partes. En la primera parte, se abordarán los mecanismos jurídicos de protección y de promoción de la inversión; luego, en la segunda parte, se analizarán los casos originados en virtud de la aplicación de dichos mecanismos. Al final del presente estudio, hemos considerado útil incluir un cuadro sinóptico que resume, grosso modo, los casos o demandas presentados contra los tres países miembros.

Esperamos que nuestra contribución brinde a nuestros colegas, juristas latinoamericanos implicados de una manera u otra en la negociación y en la firma de tratados internacionales relacionados con el tema de la inversión y del libre comercio, una breve evaluación de los resultados obtenidos hasta la fecha por este tratado de libre comercio acordado entre

---

<sup>6</sup> Según los Estados Unidos, América del Norte ha recibido alrededor de 23,9% del IED global y es la fuente del 25% del IED mundial. Véase, en este sentido, NAFTA. *A ten report*, documento en línea: <<http://www.ustr.gov/regions/whemisphere/nafta.shtml>> (documento consultado el 12 de enero de 2004).

países de grado de desarrollo distinto. El presente artículo está dirigido especialmente a nuestros colegas peruanos que tendrán la importante misión de negociar un tratado de libre comercio con los Estados Unidos, el mismo que establecerá, si las negociaciones llegan a buen término, un importante grado de compromiso del Perú tras su ratificación y puesta en vigor.

## **2. El régimen jurídico de la inversión establecido en virtud del capítulo 11 del TLCAN<sup>7</sup>**

En el presente apartado, se analizará cada uno de los principios básicos que sustentan el mecanismo de protección y promoción de la inversión del TLCAN. A efectos de permitir una mejor comprensión de los mecanismos implementados, hemos decidido respetar el orden previsto en el capítulo 11 del TLCAN.

### **2.1. Campo de aplicación del capítulo 11 del TLCAN**

La estrategia adoptada por los Estados Unidos, Canadá y México para incrementar el volumen de las inversiones dentro de la zona de libre comercio creada en virtud del TLCAN se encuentra precisada en las disposiciones de los artículos 1101 y 1139. Antes de analizar cada uno de los antes mencionados artículos, consideramos necesario precisar que el capítulo 11 del TLCAN no rige la inversión en el sector eléctrico y de los productos químicos, que se encuentra regulado por el artículo 602 del TLCAN.

50

El artículo 1101 estipula que las reglas y principios establecidos en el capítulo 11 del TLCAN son aplicables «[...]a las medidas que adopte o mantenga una Parte relativas a: a) las inversiones de inversionistas de otra Parte realizadas en el territorio de la Parte; y b) en lo relativo a los artículos 1106 y 1114, todas las inversiones en el territorio de la Parte».<sup>8</sup> Esta disposición nos permite constatar que las reglas del capítulo 11 del TLCAN son aplicables a todos los inversionistas nacionales de los Estados partes, sean estas sociedades o personas naturales de origen norteamericano, canadiense o mexicano, filiales o activos establecidos en el territorio de uno de las tres Estados partes.

Cabe, sin embargo, anotar que este principio presenta una serie de excepciones y reservas. Así, por ejemplo, el artículo 1101(2) indica que «[...]una Parte tiene el derecho de desempeñar exclusivamente las actividades económicas señaladas en el Anexo III, y de

---

<sup>7</sup> Ciertos aspectos de este apartado han sido tratados en un artículo anterior que publicáramos en la revista *Agenda Internacional* de la Pontificia Universidad Católica del Perú: SANDOVAL, Natalia. «Análisis comparativo de los sistemas de protección y promoción de las inversiones en los acuerdos de integración regional: el caso del Tratado de Libre Comercio y del MERCOSUR». *Agenda Internacional*, año V, n.º 11, julio-diciembre de 1998, Lima, pp. 129-164.

<sup>8</sup> SECOFI. Tratado de Libre Comercio de América del Norte, texto oficial, México, 1994, Capítulo 11, artículo 1101.

negarse a autorizar el establecimiento de inversiones en tales actividades». <sup>9</sup> Esta disposición es aplicable al caso de México, que ha establecido una serie de reservas en los siguientes sectores: petróleo, hidrocarburos, productos petroquímicos básicos, electricidad, energía nuclear y tratamiento de minerales radioactivos, comunicación por satélite, servicios telegráficos, servicios radiotelegráficos, servicios postales, ferrocarriles, emisión del papel moneda y de moneda, control, inspección y vigilancia de los puertos marítimos y terrestres, inspección y vigilancia de aeropuertos y helipuertos. <sup>10</sup> Estos sectores han sido reservados por México por tratarse de servicios públicos según lo establecido por la Constitución mexicana. No obstante, es conveniente precisar que la inversión en ciertos sectores se encuentra autorizada por las autoridades mexicanas. A modo ejemplo conviene citar el caso de las compras públicas y de los *joint-ventures*.

Otras excepciones a la aplicación de las reglas previstas por el capítulo 11 se encuentran precisadas en los artículos 1101(3) y 1101(4).

El artículo 1101(3) señala, en este sentido, que «[...] este capítulo no se aplica a las medidas que adopte o mantenga una Parte en la medida en que estén comprendidas en el Capítulo XIV, “Servicios financieros”». <sup>11</sup>

Por su parte, el artículo 1101(4) estipula que:

Ninguna disposición de este capítulo se interpretará en el sentido de impedir a una Parte prestar servicios o llevar a cabo funciones tales como la ejecución y aplicación de las leyes, servicios de readaptación social, pensión o seguro de desempleo o servicios de seguridad social, bienestar social, educación pública, capacitación pública, salud y protección a la infancia cuando se desempeñen de manera que no sea incompatible con este capítulo. <sup>12</sup>

Las disposiciones antes mencionadas nos permiten de observar que las partes han reservado ciertos sectores considerados de exclusiva competencia de los Estados.

Otro de los mecanismos utilizados por los Estados partes en aras de incrementar la inversión en la región se infiere de la definición de la inversión en el TLCAN que se encuentra establecida en el artículo 1139 de dicho tratado. El TLCAN define la inversión en los siguientes términos:

**Inversión** significa:

- (a) una empresa;
- (b) acciones de una empresa;
- (c) instrumentos de deuda de una empresa:

<sup>9</sup> TLCAN, Capítulo 11, artículo 1101 (2). documento en línea <[http://www.nafta-sec-alena.org/DefaultSite/legal/index\\_s.aspx?articleid=678#A1139](http://www.nafta-sec-alena.org/DefaultSite/legal/index_s.aspx?articleid=678#A1139)> (documento consultado el 12 de enero de 2004).

<sup>10</sup> TLCAN, Anexo III. Actividades reservadas al Estado de México, Lista de México, III-M-1.

<sup>11</sup> TLCAN, Capítulo 11 artículo 1101 (3), ob. cit., nota 10

<sup>12</sup> TLCAN, Capítulo 11, artículo 1101 (4), ob.cit., nota 10.

- (i) cuando la empresa es una filial del inversionista, o
- (ii) cuando la fecha de vencimiento original del instrumento de deuda sea por lo menos de tres años, pero no incluye una obligación de una empresa del Estado, independientemente de la fecha original del vencimiento;
- (d) un préstamo a una empresa,
  - (i) cuando la empresa es una filial del inversionista, o
  - (ii) cuando la fecha de vencimiento original del préstamo sea por lo menos de tres años, pero no incluye un préstamo a una empresa del Estado, independientemente de la fecha original del vencimiento;
- (e) una participación en una empresa, que le permita al propietario participar en los ingresos o en las utilidades de la empresa;
- (f) una participación en una empresa que otorgue derecho al propietario para participar del haber social de esa empresa en una liquidación, siempre que este no derive de una obligación o un préstamo excluidos conforme al incisos (c) o (d);
- (g) bienes raíces u otra propiedad, tangibles o intangibles, adquiridos o utilizados con el propósito de obtener un beneficio económico o para otros fines empresariales; y
- (h) la participación que resulte del capital u otros recursos destinados para el desarrollo de una actividad económica en territorio de otra Parte, entre otros, conforme a:
  - (i) contratos que involucran la presencia de la propiedad de un inversionista en territorio de otra Parte, incluidos, las concesiones, los contratos de construcción y de llave en mano, o
  - (ii) contratos donde la remuneración depende sustancialmente de la producción, ingresos o ganancias de una empresa;pero inversión no significa:
  - (i) reclamaciones pecuniarias derivadas exclusivamente de:
    - (i) contratos comerciales para la venta de bienes o servicios por un nacional o empresa en territorio de una Parte a una empresa en territorio de otra Parte; o
    - (ii) el otorgamiento de crédito en relación con una transacción comercial, como el financiamiento al comercio, salvo un préstamo cubierto por las disposiciones del inciso (d); o
  - (j) cualquier otra reclamación pecuniaria; que no conlleve los tipos de interés dispuestos en los párrafos (a) a (h).<sup>13</sup>

A partir de la lectura del texto del artículo 1139, podemos observar que la inversión<sup>14</sup> ha sido identificada como toda forma de capital invertido en un Estado parte del TLCAN, ya sea mediante una participación en una empresa, un derecho de propiedad, un interés en una sociedad comercial, etc. Esta definición amplia de la inversión permite que las reglas de juego sean aplicadas tanto a los inversionistas ciudadanos o residentes en uno de los

---

<sup>13</sup> TLCAN, Capítulo 11, artículo 1139, documento en línea <[http://www.nafta-sec-alena.org/DefaultSite/legal/index\\_s.aspx?articleid=678#A1139](http://www.nafta-sec-alena.org/DefaultSite/legal/index_s.aspx?articleid=678#A1139)> (documento consultado el 12 de enero de 2004).

<sup>14</sup> Sobre este punto, conviene precisar que la definición de la inversión prevista en el artículo 1139 del TLC hace referencia a las participaciones minoritarias, a las inversiones monetarias, a los bienes inmuebles y a los fondos que otorgan un interés mayoritario ya sea de origen canadiense, norteamericano o mexicano. Consultar, en este sentido, el texto del TLCAN.

Estados partes como a los inversionistas originarios de terceros Estados<sup>15</sup> que han invertido en uno de los Estados partes.

Finalmente, conviene mencionar que el artículo 1139 define igualmente a la inversión efectuada por un inversionista de una Parte de una manera tan amplia que, según Carvajal, protege «[...] prácticamente cualquier recurso humano o material que un inversionista de una Parte destine al desarrollo de una actividad económica en el territorio de otra Parte».<sup>16</sup> En efecto, dicha inversión es definida en los términos siguientes: «[...] inversión propiedad o bajo control directo o indirecto de un inversionista de dicha Parte».<sup>17</sup>

Como podemos constatar, los Estados partes del TLCAN han optado por una definición económica de la inversión; ello les ha permitido brindar a los inversionistas de la región una protección eficaz de sus inversiones.

## 2.2. Las obligaciones de base

Los artículos 1102 (trato nacional), 1103 (tratamiento de la nación más favorecida), 1104 (norma de tratamiento), 1105 (norma mínima de trato), 1106 (requisitos de desempeño), 1107 (altos ejecutivos y consejos de administración), 1109 (transferencias) y 1110 (expropiación e indemnización) constituyen las reglas básicas que los países miembros deben respetar a efectos de proteger y promover las inversiones en la zona de libre comercio norteamericana. Los principios establecidos en los artículos 1102 a 1105 del TLCAN se caracterizan, como veremos líneas más adelante, por ser estándares relativos, es decir, por estar sujetos a una comparación entre el trato dado a los inversionistas extranjeros y el otorgado a los inversionistas nacionales o los inversionistas de un tercer país, y por ser el fundamento sobre el que descansa el régimen de protección y promoción de la inversión en la región. A continuación pasaremos a analizar uno a uno los principios establecidos en virtud de dicho tratado.

### 2.2.1. El trato nacional

Siguiendo la lógica de numerosos acuerdos internacionales, el TLCAN basa su sistema de protección y promoción de las inversiones sobre el principio del trato nacional. Este

---

<sup>15</sup> Lipsey, Schwanen y Wonnacott subrayan el hecho de que la protección otorgada a la inversión en el capítulo 11 se extiende a las inversiones realizadas por inversionistas extranjeros a la zona de libre comercio en la medida que la lógica establecida por el TLC y sus capítulos lo permitan. Véase, en ese sentido, el estudio de LIPSEY, R., D. SCHWANEN y R. WONNACOTT. «Services, investment and related matters». En LIPSEY, R., SCHWANEN D. y R. WONNACOTT (eds.). *The NAFTA : what's in, what's out, what 's it*. Policy studies 21, Toronto, CD Howe Institute, 1994, pp. 73-75.

<sup>16</sup> CARVAJAL ISUNZA, Gustavo. «El concepto de expropiación y el equilibrio de intereses públicos y privados». <[www.itam.mx/daedc/derecho/htm/seminarios/Materiales/AMDE/concepto%20de%20expropiacion%20y%20el%20equilibrio.pdf](http://www.itam.mx/daedc/derecho/htm/seminarios/Materiales/AMDE/concepto%20de%20expropiacion%20y%20el%20equilibrio.pdf)>, octubre de 2003 (documentado consultado el 1.º de enero de 2004).

<sup>17</sup> TLCAN, Capítulo 11, artículo 1139.

principio puede resumirse, según los especialistas, bajo la siguiente expresión «mi casa es su casa» o «my house is your house». La aplicación del trato nacional supone que las actividades extranjeras efectuadas por los inversionistas extranjeros en el territorio de una de los Estados partes recibirán el mismo tratamiento que aquel otorgado a las inversiones realizadas por los inversionistas locales.

Gracias a este principio, establecido en su artículo 1102,<sup>18</sup> el TLCAN garantiza un trato no discriminatorio a la inversión extranjera dentro del mercado interno de cada una de los Estados partes; de este modo, garantiza a las empresas multinacionales establecidas en el área de libre comercio norteamericana que recibirán el mismo trato que las empresas locales.

De conformidad con la lógica del capítulo 11, que distingue al inversionista de la inversión que este detenta, el artículo 1102 precisa, en sus párrafos (1), (2) y (3), las diversas situaciones en las que el principio de trato nacional será aplicable.

El párrafo (1) del mencionado artículo regula el supuesto de las inversiones efectuadas conforme el artículo 1139, ya sea por uno de los Estados partes o por una empresa de uno de los Estados partes. El párrafo (2) de este mismo artículo regula, por su parte, el supuesto de las inversiones efectuadas por un inversionista de uno de los Estados partes. Esta hipótesis hace referencia al caso del control directo o indirecto de una inversión realizada por un inversionista originario de uno de los países miembros del TLCAN. Estos dos párrafos antes mencionados hacen referencia a la aplicación del trato nacional en el nivel federal, mientras que el tercer párrafo del artículo 1102 regula el supuesto de la aplicación del trato nacional en el nivel provincial.

### ***2.2.2. Trato de la nación más favorecida***

La cláusula de la nación más favorecida se encuentra prevista en el artículo 1103 del TLCAN. En virtud de este artículo, cada uno de los Estados partes se obliga a hacer extensivo aquellos beneficios que se otorguen a otros inversionistas de otros países ajenos al TLCAN en lo referente a la adquisición, expansión, administración, conducción, operación, venta u otra disposición de inversión a aquellos inversionistas originarios de cualquiera de los otros Estados partes. Esto significa, en otros términos, que los Estados partes se comprometen a acordar, en circunstancias análogas, un trato no menos favorable que el que otorguen a los inversionistas<sup>19</sup> e inversiones<sup>20</sup> de cualquier otra Parte o de un país que no sea parte del TLCAN, en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación, venta u otra disposición de inversiones. Este artículo, siguiendo la misma estructura del artículo 1102, distingue claramente

---

<sup>18</sup> El artículo 1102 del TLC establece el trato nacional en cuanto al establecimiento, adquisición, expansión, dirección, gestión, explotación y venta u otro tipo de alienación de la inversión.

<sup>19</sup> TLCAN, C. 11, artículo 1103 (1).

<sup>20</sup> TLCAN, C. 11, artículo 1103 (2).

en sus dos párrafos la aplicación de la cláusula de la nación más favorecida a las inversiones e inversionistas de los Estados miembros del TLCAN.

### 2.2.3. Nivel de trato

En cuanto al nivel de trato aplicable a una situación concreta, el artículo 1104 precisa que las Partes deberán aplicar el tratamiento más favorable entre el trato nacional y la cláusula de la nación más favorecida<sup>21</sup> a los inversionistas e inversiones de la otra Parte. Esta disposición refleja el gran interés de los países miembros del TLCAN de promover las inversiones en la zona de libre comercio creada, garantizando, de esta manera, una auténtica protección a los inversionistas y a sus inversiones.

### 2.2.4. Nivel mínimo de trato

En cuanto al nivel mínimo de tratamiento,<sup>22</sup> el TLCAN garantiza un trato justo y equitativo de las inversiones al precisar, en el primer párrafo de su artículo 1105, que: «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 la protección y seguridad plenas».<sup>23</sup> Este mismo artículo precisa igualmente que «Sin perjuicio de lo dispuesto por el párrafo 1 y [no obstante lo dispuesto en el artículo 1108 (7) (b)],<sup>24</sup> cada Parte otorgará a los inversionistas de otra Parte y a las inversiones de inversionistas de otra Parte, cuyas inversiones sufran pérdidas en su territorio debido a conflictos armados o contiendas civiles, trato no discriminatorio respecto de cualquier medida que adopte o mantenga en relación con esas pérdidas».<sup>25</sup>

---

<sup>21</sup> El trato nacional es otorgado algunas veces de manera conjunta con el tratamiento de la nación más favorecida. En este caso, según Sauvignon, la tendencia es que sea el tratamiento más favorable entre los dos el que se aplique. Según dicho autor, la mayoría de veces se tiende a aplicar el trato nacional como regla y el tratamiento de la nación más favorecida como segunda opción. En el caso del TLCAN, el principio que se aplica en primer término es el de la nación más favorecida en la medida que dicho principio brinda más ventajas a las Estados partes. Consúltese, en este sentido, la obra de SAUVIGNON, E. *La clause de la nation la plus favorisée*. Grenoble: Presses Universitaires de Grenoble, 1972.

<sup>22</sup> Consúltese para mayor información sobre este tema la obra de SCHWARZENBERGER, G. *Foreign Investment and International Law*. Londres: Stevens, 1996, p. 114.

<sup>23</sup> TLCAN, C. 11, artículo 1105 (1).

<sup>24</sup> La precisión que se encuentra entre corchetes es nuestra. Consideramos necesario incluir dicha precisión porque la versión inglesa del tratado precisa lo siguiente: «Without prejudice to paragraph 1 and notwithstanding Article 1108(7)(b), each Party shall accord to investors of another Party, and to investments of investors of another Party, non-discriminatory treatment with respect to measures it adopts or maintains relating to losses suffered by investments in its territory owing to armed conflict or civil strife». Véase North American Free Trade Agreement, Minister of Supply and Services Canada, Ottawa, 1993.

<sup>25</sup> TLCAN, C. 11, artículo 1105 (2).

La idea de incluir una norma mínima de protección encuentra su fuente en el Derecho Internacional consuetudinario. Dicho principio posee un origen convencional reciente y supone la aplicación de ciertas normas en materia de protección de la inversión, así como una determinada conducta por parte del Estado receptor de la inversión. El artículo 1105 del TLCAN ha erigido dicho principio como fundamental para una efectiva protección de la inversión y del inversionista extranjero.

El primer párrafo del artículo 1105 del TLCAN precisa, asimismo, que las medidas previstas en el segundo párrafo no serán aplicables a las medidas existentes relacionadas a los subsidios o ventajas que pudieran ser incompatibles con el artículo 1102, salvo por lo dispuesto en el artículo 1108(7)(b)—que regula el caso de las subvenciones y contribuciones otorgadas por una parte o por una empresa de un Estado parte, entre las que se incluyen las garantías y los seguros que gozan de una subvención gubernamental—. <sup>26</sup>

Cabe mencionar que la Comisión de Libre Comercio establecida en virtud del capítulo 20 del TLCAN ha precisado, en una nota interpretativa de ciertas disposiciones del TLCAN, que los conceptos de «trato justo y equitativo» y de «protección y seguridad integrales» no suponen un trato suplementario o superior al exigido por la norma mínima de trato conforme lo establece el Derecho Internacional consuetudinario en lo que respecta al tratamiento acordado a los extranjeros.

56

Del mismo modo, la Comisión de Libre Comercio del TLCAN ha precisado, en dicha nota interpretativa, que el hecho de constatar una violación de otra disposición del TLCAN o de un acuerdo internacional distinto no demuestra necesariamente que haya habido una violación de lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 1105 del TLCAN.

### **2.2.5. Requisitos de desempeño**

En lo que se refiere a los requisitos de desempeño, el artículo 1106 del TLCAN establece que ningún Estado parte podrá imponer ni hacer cumplir requisitos de desempeño en lo que se refiere al establecimiento, adquisición, expansión, gestión, dirección o explotación de una inversión de un inversionista oriundo de uno de los Estados partes. Los requisitos de desempeño prohibidos por este artículo se encuentran enumerados en el primer párrafo del mismo que prohíbe la imposición de requisitos de desempeño para:

- a) exportar un determinado nivel o porcentaje de bienes o servicios;
- b) alcanzar un determinado grado o porcentaje de contenido nacional;
- c) adquirir o utilizar u otorgar preferencia a bienes producidos o a servicios prestados en su territorio, o adquirir bienes de productores o servicios de prestadores de servicios en su territorio;
- d) relacionar en cualquier forma el volumen o valor de las importaciones con el volumen o valor de las exportaciones, o con el monto de las entradas de divisas asociadas con dicha inversión;

---

<sup>26</sup> TLCAN, C. 11, artículo 1105 (3).

- e) restringir las ventas en su territorio de los bienes o servicios que tal inversión produce o presta, relacionando de cualquier manera dichas ventas al volumen o valor de sus exportaciones o a ganancias que generen en divisas;
- f) transferir a una persona en su territorio, tecnología, un proceso productivo u otro conocimiento reservado, salvo cuando el requisito se imponga o el compromiso o iniciativa se hagan cumplir por un tribunal judicial o administrativo o autoridad competente para reparar una supuesta violación a las leyes en materia de competencia o para actuar de una manera que no sea incompatible con otras disposiciones de este Tratado; o
- g) actuar como el proveedor exclusivo de los bienes que produce o servicios que presta para un mercado específico, regional o mundial.<sup>27</sup>

Este mismo artículo prevé, asimismo, que ninguna de las partes podrá condicionar la recepción de una ventaja o que se continúe recibiendo la misma —en relación con una inversión en su territorio por parte de un inversionista de un país parte o no del TLCAN— al cumplimiento de los siguientes requisitos de desempeño:

- a) alcanzar un determinado grado o porcentaje de contenido nacional;
- b) comprar, utilizar u otorgar preferencia de bienes producidos en su territorio, o comprar bienes de productores en su territorio;
- c) relacionar, en cualquier forma, el volumen o valor de las importaciones con el volumen o valor de las exportaciones, o con el monto de las entradas de divisas asociadas a dicha inversión; o
- d) restringir las ventas en su territorio de los bienes o servicios que tal inversión produce o presta, relacionando de cualquier manera dichas ventas al volumen o valor de sus exportaciones o a las ganancias que generen en divisas.<sup>28</sup>

Estas prohibiciones de no subordinar el otorgamiento o mantenimiento de ventajas a estos requisitos de desempeño cuentan con excepciones precisas<sup>29</sup> relacionadas, por ejemplo, con la protección de la vida y la salud de las personas y animales, y la preservación de los vegetales y plantas.

Sobre este punto, creemos conveniente traer a colación la opinión de Daniel M. Price y Bryan Christy, quienes indican que las disposiciones del artículo 1106 han tenido un doble impacto ya que:

First it eliminates trade distortions that arise from the imposition of performance requirements. Hence, a Party is prohibited from imposing such requirement on its own investors and even on investors of non-NAFTA parties, an advance over the CFTA. Second, it ensures a degree of entrepreneurial autonomy; sourcing and sales decisions are based on the investor's judgment, not by the dictates of the host government. In addition, with respect to performance requirements, there is a prohibition on certain requirements, there is a prohibition on certain requirements linked to incentives.<sup>30</sup>

---

<sup>27</sup> TLCAN, C. 11, artículo 1106 (1).

<sup>28</sup> TLCAN, C. 11, artículo 1106 (3)

<sup>29</sup> TLCAN, C. 11, artículo 1106 (4).

<sup>30</sup> PRICE, D. M. y P.B. CHRISTY III. *An overview of the NAFTA Investment Chapter Substantive*

Sobre la base de lo mencionado líneas antes, podemos concluir que el artículo 1106 del TLCAN constituye una auténtica prohibición de condicionar las inversiones a cualquier requisito de desempeño. Esta prohibición supone, en cierta medida, una renuncia voluntaria por parte de los Estados partes de ejercer su poder reglamentario en la esfera económica, ya que ello es contrario a la liberalización del comercio y de la inversión en la zona integrada.

Gracias a esta prohibición, los Estados Partes del TLCAN han logrado erigir la región como la más propicia para la inversión extranjera y han hecho del tratado el mecanismo más eficaz para la creación de un sistema de recursos de derechos económicos internacionales para las empresas privadas.

### **2.2.6. Altos ejecutivos y consejos de administración**

En lo que se refiere a este tema, los Estados partes del TLCAN acordaron prohibir toda posible discriminación al momento de nombrar a los dirigentes de las empresas inversionistas en sus territorios.

En efecto, el artículo 1107 del TLCAN establece que ninguno de los Estados partes podrá obligar a una empresa de un Estado parte establecida en su territorio a nombrar como dirigente de dicha empresa a una persona de una nacionalidad determinada. En otros términos, los inversionistas de los Estados partes no están sujetos a ninguna obligación de esta naturaleza y, por ende, son libres de contratar las personas que ellos consideren aptas para dirigir sus empresas.

Cabe, sin embargo, anotar que, en lo que se refiere al caso de los miembros del Consejo de Administración, el artículo 1107 autoriza a los Estados partes a exigir que la mayoría del Consejo de Administración o de los Comités de dicho Consejo sea compuesta por nacionales o residentes en su territorio,<sup>31</sup> en la medida que dicha medida no comprometa de manera importante la capacidad del inversionista de controlar su inversión. La lógica de este artículo se basa en la confianza que el inversionista tiene en la persona que ha nombrado como responsable de la gestión y administración de su empresa.<sup>32</sup>

---

*rules and investor-state dispute settlement.* En BELLO, J.H., A.F. HOLMER y J. J. NORTON. *The North American Free Trade Agreement. A new Frontier in International Trade and Investment in the Americas.* Section of International Law and Practice. Washington D.C.: The American Bar Association and the International Lawyer, 1994, p. 175.

<sup>31</sup> TLCAN, C. 11, artículo 1107.

<sup>32</sup> Para un análisis sobre este tema, sugerimos consultar el texto de OGARRIO, A. *The impact of NAFTA on Foreign Investment in Mexico.* En KOZOLCHYK, B. y THE NATIONAL LAW CENTER FOR INTER-AMERICAN TRADE. *Making free trade work in the Americas.* «Toward seamless borders» Vol. 1. Tucson-Arizona: National Law Center for Inter-American Trade, 1993, p.158.

## 2.2.7. La libre transferencia de las inversiones

La transferencia de dinero constituye el flujo vital de la inversión. Por ello, los Estados partes decidieron acordar una gran libertad para transferir la inversión y las ganancias derivadas de esta fuera del territorio integrado. Este principio se encuentra establecido en el artículo 1109. Este artículo establece las reglas que los países deben de tener en consideración al momento de legislar en materia de inversión.

El artículo 1109 del TLCAN prevé que cada una de las partes deberá permitir que las inversiones sean transferidas libremente y sin demora. De este modo, conforme lo establece el texto del mencionado artículo, queda terminantemente prohibido que los gobiernos obliguen a repatriar el capital invertido. La única excepción a esta regla se encuentra precisada tanto en el párrafo 4) del mismo artículo<sup>33</sup> como en las disposiciones del artículo 2104 que hacen referencia a la posibilidad de establecer dichas medidas en caso de problemas relacionados a la balanza de pagos.<sup>34</sup>

De este modo, según Hope H. Camp y Andrius R. Kontrimas, el artículo 1109 garantiza que: «[...] that investors can obtain currency at a market rate of exchange for the purpose of making payments associated with their investments [...]».<sup>35</sup>

---

<sup>33</sup> Las excepciones a la libre transferencia de capitales previstas en este artículo se refieren al caso de la quiebra, la insolvencia o la protección del derecho de los acreedores, la emisión, el negocio o el comercio de valores inmobiliarios, las infracciones criminales o penales, las transferencias relacionadas a la transferencia de divisas u otros instrumentos monetarios, así como a la ejecución de decisiones resultantes de un procedimiento judicial.

<sup>34</sup> Sobre este punto, conviene precisar que el impacto de la inversión sobre la balanza de pagos es bastante importante. En efecto, si el flujo de inversiones directas es considerable, ello puede requerir el pago de beneficios exorbitantes como resultado de una transferencia de tecnología costosa. Asimismo, si la inversión ha sido efectuada para evitar la aplicación de una serie de políticas proteccionistas en uno de los países miembros sin que ello suponga la realización de un aporte efectivo. En este último caso, la exportación de capitales se traducirá de manera negativa en el resultado de la balanza de pagos. Consúltese, en este sentido, SCHAUFELBERGER, P. «Le protection juridique des investissements internationaux dans les pays en développement». En *Étude de la garantie contre les risques de l'investissement en particulier de l'Agence Multilatéral de Garantie des investissements*. Études Suisses de Droit international, vol. 83, Zurich, p. 133.

Para un análisis de la *ratio iuris* de cada una de las disposiciones del TLCAN, sugerimos consultar el documento siguiente: «Accord de libre-échange nord-américain». 128 *Gaz. Can.* I, 1994, pp. 147-159.

<sup>35</sup> CAMP, H.H. Jr. y A.R. KONTRIMAS. «Direct investments issues (including competition and US/Mexico taxation treaty)». En NORTON, J.J. y T.L. BLOODWORTH. *NAFTA and beyond. A new framework for doing business in the Americas*. Londres: International Economic Development Law Series, Center for Commercial Law, 1995, p. 93.

### 2.2.8. Reglas aplicables en caso de expropiación

En lo que se refiere al supuesto de la expropiación, el artículo 1110 del TLCAN<sup>36</sup> señala que cualquiera de los Estados partes podrá expropiar o nacionalizar una inversión extranjera únicamente por razones de interés público, sobre una base no discriminatoria y previo pago de una compensación económica justa. Según los párrafos 2) a 6) del mencionado artículo, esta compensación deberá hacerse al valor del mercado tal y como lo establece el Derecho Internacional clásico que hace referencia a una compensación rápida, justa y eficaz.

La inclusión de esta regla en el texto del TLCAN supuso, según Taly Levy, que:

Mexico has finally accepted what is essentially the «prompt, adequate and effective» standard of compensation for expropriated foreign properties. Although NAFTA does not specially mention the words «prompt», «adequate» or «effective», NAFTA's expropriation provision requires compensation on the terms traditionally demanded by United States. This standard has been asserted by the United States and refuted [sic] by Mexico, since 1938 exchange of diplomatic notes in response to mexican expropriation of US-owned property [...].<sup>37</sup>

El artículo 1110 del TLCAN establece, así, reglas claras sobre este tema, ya que indica que la expropiación tendrá lugar únicamente en caso de necesidad pública comprobada y que la compensación consecuente deberá efectuarse siguiendo las reglas previstas por el TLCAN.<sup>38</sup>

60

Las disposiciones previstas en los artículos 1102 (trato nacional), 1103 (trato de la nación más favorecida), 1106 (requisitos de desempeño) y 1107 (altos ejecutivos y consejos de administración) que hemos analizado previamente cuentan, también, con una serie de reservas y excepciones establecidas en los artículos y anexos del TLCAN que pasaremos a analizar a continuación.

### 2.3. Reservas y excepciones previstas

El artículo 1108 enumera en su primer párrafo las reservas y excepciones admitidas en torno de las obligaciones relativas al trato nacional, a la cláusula de la nación más favore-

---

<sup>36</sup> Las disposiciones establecidas en torno de las inversiones y la protección frente a los posibles riesgos políticos pueden adoptar cuatro diferentes formas: 1) ya sea mediante el establecimiento de reglas que prevén el caso de la expropiación, 2) la aplicación de la cláusula de la nación más favorecida, 3) la libre transferencia de capitales y sus ganancias y, finalmente, 4) el establecimiento de reglas en materia de solución de controversias Véase, en este sentido, CAMEAUX, P.E. y N.S. KINSELLA. *Protection Foreign Investment under International Law. Legal Aspects of Political Risk*. Londres: Oceana Publication Inc., 1997, p. 117.

<sup>37</sup> LÉVY, T. «NAFTA's Provision for Compensation in the Event of Expropriation: a Reassessment of the «Prompt, adequate and effective»». 31 *Stanford Journal of International Law*, 423, 1995. Véase, en este mismo sentido, también el análisis de OGARRIO, Alejandro. Ob. cit., p. 159.

<sup>38</sup> La indemnización debe hacerse en una de las divisas del Grupo de los 7 y debe ser establecida entre la fecha de la expropiación y el pago de la indemnización.

cida, los requisitos de desempeño y el nombramiento de los altos ejecutivos y miembros del consejo de administración.<sup>39</sup>

Las reservas y excepciones en cuestión se encuentran establecidas esencialmente en los anexos I, II, III y IV del TLCAN.

El anexo I establece una lista de sectores y medidas a las cuales no se les aplicará los principios establecidos en los artículos 1102 (trato nacional), 1103 (trato de la nación más favorecida), 1106 (requisitos de desempeño) y 1107 (altos ejecutivos y consejos de administración) a partir de la entrada en vigencia del TLCAN, es decir, a partir del 1.º de enero de 1994. Este anexo hace referencia a aquellos sectores y medidas que los Estados partes han identificado al momento de negociar el TLCAN. Dichas medidas y sectores son en su gran mayoría de competencia del gobierno federal de cada uno de los Estados partes. Cabe mencionar, asimismo, que el anexo I prevé, igualmente, la no aplicación durante un plazo de dos años de los principios antes mencionados a una serie de medidas de carácter provincial.

Por su parte, el anexo II establece cuáles son los sectores y actividades a los que no se les aplicará las medidas establecidas en los artículos 1102, 1103, 1106 y 1107,<sup>40</sup> ya que los Estados partes han adoptado medidas restrictivas a las que podrán añadirse nuevas medidas igualmente restrictivas o incluso más restrictivas a las ya existentes.

El anexo III establece la lista de aquellas actividades reservadas al Estado de México en virtud de lo dispuesto por la Constitución mexicana. Toda vez que hemos hecho mención a dichas disposiciones líneas arriba, pasaremos a precisar cuáles son las disposiciones establecidas en el anexo IV. Sobre dicho punto, debe precisarse que las partes han establecido que el trato nacional no será aplicado en determinados supuestos, sobre todo, en los siguientes sectores de la actividad económica: la pesca, la aviación, las telecomunicaciones y los asuntos marítimos.

Un último aspecto que merece la pena resaltar en torno de las excepciones y reservas que el capítulo 11 del TLCAN prevé es el concerniente a las disposiciones establecidas en virtud del artículo 1108 (8). Este artículo establece ciertas excepciones a las disposiciones previstas en el artículo 1106 de modo tal que se podrán aplicar ciertos requisitos de desempeño en lo que concierne a la calificación de los bienes y servicios respecto de los programas de promoción de las exportaciones y de ayuda externa,<sup>41</sup> las compras públicas<sup>42</sup> y las contingencias y preferencias arancelarias.<sup>43</sup>

En este orden de ideas, podemos señalar que el criterio utilizado por los Estados partes en el artículo 1108 ha sido de reservar ciertos sectores y actividades estatales por razones

<sup>39</sup> TLCAN, C. 11, artículo 1108 (1).

<sup>40</sup> TLCAN, C. 11, artículo 1108 (3).

<sup>41</sup> TLCAN, C. 11, artículo 1108 (8) a).

<sup>42</sup> TLCAN, C. 11, artículo 1108 (8) b).

<sup>43</sup> TLCAN, C. 11, artículo 1108 (8) c).

de orden público como la protección de ciertas industrias nacionales. De esta manera, las partes han preferido hacer prevalecer la defensa de bienes públicos como la cultura, los programas sociales y la protección del medio ambiente.

El sistema de protección y promoción de las inversiones establecido en el TLCAN es completado por las disposiciones de la sección B del capítulo 11. Esta sección establece las reglas aplicables para la solución de controversias, reglas que pasaremos a analizar a continuación.

#### **2.4. La solución de controversias en materia de inversiones**

El texto del TLCAN establece un procedimiento claro y transparente en materia de solución de controversias con el fin de garantizar una eficaz protección a las inversiones a realizarse dentro de la zona de libre comercio norteamericana. La adopción de este nuevo régimen, previsto en las disposiciones de la sección B del capítulo 11 del TLCAN, fue posible gracias a la renuncia por parte de México de aplicar uno de los principios de la doctrina Calvo.<sup>44</sup> Según uno de los principios fundamentales de esta doctrina, un extranjero debe renunciar a la protección diplomática de su Estado de origen y a sus derechos conforme al Derecho Internacional, y recurrir exclusivamente a los tribunales del Estado receptor y a la legislación de este; en caso contrario, el extranjero perderá sus bienes en favor del Estado receptor de la inversión.

62

Antes de pasar a analizar las disposiciones del TLCAN en materia de solución de controversias, hemos considerado pertinente examinar previamente los principios de la doctrina Calvo relativos a este punto. Según Doral Shea, la doctrina Calvo puede definirse en los siguientes términos:

Firth, that sovereign states, being free and independent, enjoy the right, on the basis of equality, to freedom from interference of any sort [...] by others states, whether it be by force or diplomacy, and second that aliens are not entitled to rights and privileges not accorded to nacionales, and that therefore they may seek redress for grievances only before the local authorities [...].<sup>45</sup>

Como mencionáramos líneas antes, la aplicación de la doctrina Calvo en el ámbito de la solución de conflictos exigía que las diferencias o conflictos que surgieran en materia de inversiones entre el Estado receptor de la inversión y el inversionista extranjero sean resueltos únicamente ante los tribunales locales del país receptor de la inversión y no mediante la utilización de mecanismos jurídicos e institucionales de carácter internacio-

---

<sup>44</sup> MANNING-CABROL, D. «The Imminent Death of the Calvo Clause and the Rebirth of the Calvo Principle: Equality of Foreign and National Investors ». Symposium the United States and transition economies: legal and business strategies for public and private success, *Law and Police in International Business*, 1995, p. 9.

<sup>45</sup> *Ibíd.*, p. 1.

nal. La aplicación de dicho principio impedía a los inversionistas contar con un mecanismo seguro y eficaz que protegiera convenientemente sus intereses.

Según la profesora Denise Manning Cabrol, la aplicación de la doctrina Calvo fue dejada de lado por el TLCAN debido a que esta era «[...] ineffective and will eventually become obsolete in a new order based on international organizations and individuals, but paradoxically, one of the primary principles of the Calvo doctrine will be vindicated: equality of foreign and national investors [...]».<sup>46</sup>

El nuevo mecanismo de solución de controversias introducida por el TLCAN en materia de inversiones ha tenido una fuerte influencia no solamente en la legislación mexicana, sino en la de otros países de América Latina que han establecido el mecanismo arbitral como medio eficaz y seguro para la solución de conflictos entre los inversionistas extranjeros y los países receptores de la inversión.

El mantenimiento del principio de igualdad de trato reconocida por la doctrina Calvo en el texto del TLCAN, según el cual los extranjeros se beneficiarían del mismo trato reconocido a un nacional pero no de un mayor trato, ha permitido brindar una mayor seguridad a los inversionistas, por cuanto este mecanismo impide que el Estado receptor de la inversión sea juez y parte al momento de establecer una solución a la controversia existente entre este y el inversionista extranjero.

Las disposiciones introducidas por los Estados partes del TLCAN en la sección B del capítulo 11 del mencionado tratado constituyen, sin lugar a dudas, una de las más importantes reformas introducidas en la reglamentación de la inversión extranjera en el nivel hemisférico.<sup>47</sup> Es sin duda esta la razón por la cual el borrador del futuro acuerdo que creará la zona de libre comercio de las Américas en el 2005 se ha inspirado en el texto del TLCAN.<sup>48</sup>

Analizando las reglas aplicables en materia de solución de controversias, observamos que estas presentan una serie de excepciones como la existencia de razones de seguridad nacional o la presencia de los supuestos del anexo 1138.2. Este anexo establece en qué casos Canadá y México no aplicarán las disposiciones de la sección B del capítulo 11

---

<sup>46</sup> Ídem. Véase, igualmente, el trabajo de L. MORGAN SUMMERS. «The Calvo Clause». *Virginia Law Review* 19, 1982, p. 461.

<sup>47</sup> Sobre este punto cabe mencionar que la introducción del artículo 1110 en el TLCAN y las disposiciones concernientes al arbitraje supusieron que México reformase su sistema jurídico a efectos de volverlo compatible con las disposiciones del TLCAN, ya que dichos dispositivos eran contrarios al principio Calvo vigente dentro del sistema jurídico mexicano y en casi todas las leyes y constituciones de América Latina. Un estudio interesante sobre el tema puede ser consultado en el artículo de AUERBACH, S. «U.S Canada and Mexico Agree to Form Trade Bloc». *Washington Post*, 13 de agosto de 1992.

<sup>48</sup> Consúltese, en ese sentido, el borrador del acuerdo del ALCA que se encuentra disponible en el sitio web siguiente [http://www.ftaa-alca.org/FTAADraft03/Index\\_s.asp](http://www.ftaa-alca.org/FTAADraft03/Index_s.asp). Documento consultado el 1.º de febrero de 2004.

del TLCAN. En el caso de Canadá, la exclusión de las reglas del capítulo 11 de esta sección es posible en el caso de que sean aplicables las disposiciones de la Ley de Inversiones de Canadá. En el caso de México, dichas reglas no serán aplicables cuando la Comisión Nacional sobre Inversiones Extranjeras se encuentre realizando una evaluación en virtud de lo dispuesto por el anexo I (I-M-4) a fin de determinar si tal inversión estará sujeta a un examen.

La lógica aplicada por el TLCAN en lo que se refiere a materia arbitral se basa en el supuesto de que el inversionista considera que un Estado parte ha lesionado sus derechos mediante el incumplimiento de las obligaciones establecidas por el acuerdo. En tal sentido, el inversionista puede reclamar la compensación de una pérdida financiera y de los daños económicos sufridos. Así, según la lógica de la sección B del capítulo 11, debe existir un prejuicio como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones adquiridas en virtud de la sección A del capítulo 11.

La aplicación del arbitraje busca evitar, de este modo, que el Estado receptor de la inversión sea juez y parte en las causas interpuestas por los inversionistas. Otorga, así, a dichos inversionistas, la posibilidad de contar con un mecanismo neutral de solución de sus diferencias.<sup>49</sup> La solución de las diferencias mediante arbitraje supone, igualmente, que estas diferencias no han podido ser resueltas mediante negociaciones.

Considerando la lógica sobre la cual subyace la sección B de este capítulo, analizaremos las disposiciones relativas al derecho del inversionista de someter una controversia a arbitraje a efectos de solucionar diferencias con el Estado anfitrión de la inversión.

En este orden de ideas, el artículo 1116 establece, en primer término, los supuestos en los que el inversionista puede hacer uso del arbitraje.<sup>50</sup> Según esta disposición, únicamente los naturales de cualquiera de los países miembros del TLCAN<sup>51</sup> podrán hacer uso del mecanismo arbitral previsto en la sección B del TLCAN. Según este mismo artículo, este derecho prescribe al cabo de los tres años de haber sido el inversionista víctima de un daño.

---

<sup>49</sup> FOLSOM, R., W. GORDON, J. SPAGNOLE y P. MINN. *International Trade and investment*. West Publishing Co., 1996, p.410.

<sup>50</sup> Este mismo artículo prescribe igualmente que las disposiciones de la sección B serán aplicadas igualmente en el caso de monopolio de empresas previsto en los párrafos (2) y (3.a) del artículo 1502, cuando dicho monopolio haya transgredido lo dispuesto por la sección A del capítulo 11 del TLCAN.

<sup>51</sup> Sobre este tema, debemos considerar las definiciones de los artículos 1139 y 201 del TLCAN. El artículo 1139 define qué es lo que debemos entender por inversionista de un Estado parte e indica que se trata de un Estado parte, de una empresa de dicho Estado, un nacional o una empresa de dicho Estado que ha invertido, invierte o busca invertir en la zona de libre comercio. Por su parte, el artículo 201 define al nacional como la persona física ciudadana o residente permanente de uno de los Estados partes y cualquier otra persona física a que se refiera el Anexo 201.1

Por otro lado, el artículo 1117 señala que el inversionista de un Estado parte, en representación de una empresa de otro Estado parte que sea una persona moral propiedad del inversionista o que esté bajo su control directo o indirecto, podrá someter a arbitraje una reclamación, de conformidad con esta sección, siempre y cuando la otra Parte haya violado una obligación establecida ya sea en la Sección A del capítulo 11 del TLCAN, en el artículo 1503(2) titulado «Empresas del Estado» o en el artículo 1502(3)(a) titulado «Monopolios y empresas del Estado» —siempre y cuando dicho monopolio haya actuado de manera incompatible con las obligaciones impuestas al Estado parte en virtud de lo dispuesto en la sección A—.

Desde un punto de vista jurídico, la incorporación del artículo 1117 del TLCAN dentro de las reglas en materia arbitral supuso que los problemas surgidos —en torno al derecho de un inversionista (persona natural) de someter a arbitraje el conflicto surgido a causa de un daño que le ha sido causado, en tanto accionista, por uno de los Estados partes— sean solucionados, igualmente, mediante el procedimiento arbitral.

Este artículo supuso, por lo tanto, que los problemas surgidos en el ámbito del Derecho Internacional por el caso Barcelona Traction<sup>52</sup> fueran solucionados definitivamente. En el caso Barcelona Traction, el conflicto surgió tras la decisión adoptada por el Gobierno español de expropiar unas empresas eléctricas, lo que ocasionó un grave perjuicio económico a los accionistas belgas de la compañía Barcelona Traction Light and Power Company Ltd. Los accionistas belgas decidieron someter a arbitraje dicha controversia y solicitaron al país de donde eran originarios que los representara en virtud del principio de protección diplomática. En este caso, la Corte Internacional de Justicia decidió negar el derecho al Gobierno belga de actuar en defensa de los intereses de los accionistas mayoritarios de la compañía Barcelona Traction Light and Power Company Ltd. porque dicha compañía había sido constituida sobre la base del Derecho canadiense,<sup>53</sup> y era, por consiguiente, Canadá el único Estado autorizado a presentar una demanda contra el Gobierno de España ante la Corte Internacional. El razonamiento del tribunal se basó en el hecho de que el daño había sido causado a la compañía de origen canadiense y no a sus accionistas.

Como muy bien señalan los autores Daniel M. Price y Bryan Christy III, el artículo 117 del TLCAN constituyó la mejor solución frente al problema surgido en dicho caso. Al decir de estos autores, «[...] Article 1117 is intended to resolve the Barcelona Traction problem by permitting the investor to assert a claim for injury to its investment even

---

<sup>52</sup> BARCELONA TRACTION CASE (Belgium v. Spain) (1970). I.C.J. Rep. 3 (Preliminary Objections).

<sup>53</sup> Para un resumen y análisis de dicho caso se puede consultar la obra de EISEMANN, P.M., V. COUSSIRAT-COUSTERE y P. HUR. *Petit Manuel de la Jurisprudence de la Cour Internationale de Justice*. Tercera edición. París: Éditions A. Pedone, 1980, pp. 95-105.

where the investor itself does not suffer loss or damage independent from that of the injury to its investment [...]».<sup>54</sup>

Por otro lado, siguiendo con nuestro análisis, observamos que el artículo 1117 del TLCAN prevé, entre otras disposiciones, el cúmulo de acciones, lo que supone otorgar una mayor protección a los inversionistas, ya que se aplica el principio de celeridad procesal en la solución de los conflictos sometidos a arbitraje.<sup>55</sup> La única excepción al cúmulo de acciones es el caso de que dichas acciones supongan intereses afectados de distinto carácter. En dicho supuesto, las causas deberán ser solucionadas individualmente por el tribunal arbitral.

Por su parte, el artículo 1118 del TLCAN establece que las partes deberán esforzarse en solucionar sus diferencias mediante la consulta y negociación. Solamente en el caso de que dichas negociaciones no arribaran a buen término, las partes adoptarán el arbitraje como medio para solucionar sus controversias. Según el artículo 1119 del TLCAN, el inversionista que ha sufrido el daño deberá comunicar al Estado parte que considere que ha lesionado su derecho su intención de someter la causa ante el tribunal arbitral.

Siguiendo este orden de ideas, el esquema establecido por la sección B del capítulo 11 del TLC se erige como un esquema exhaustivo y complejo en la medida en que la sección B prevé un mecanismo arbitral para solucionar las controversias surgidas, procedimiento con reglas claramente definidas.<sup>56</sup>

66

El mecanismo de solución de controversias previsto por este capítulo del TLCAN puede hacerse efectivo mediante la utilización de los siguientes de procedimientos arbitrales: el del Centro Internacional para la Solución de Diferencias relativas a Inversiones del Banco Mundial —institución internacional autónoma creada gracias a la Convención de Washington firmada en el año 1965 y puesta en vigor al año siguiente—<sup>57</sup> y el de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.

Según las exigencias del TLCAN,<sup>58</sup> las partes podrán aplicar el primer procedimiento en el caso de que ambas partes integren dicha convención. En el caso de que una de las partes no sea parte de dicho convenio, se podrá recurrir al Reglamento Suplementario establecido por el Banco Mundial. En la actualidad, únicamente los Estados Unidos forman parte de la Convención de Washington, así que solamente los inversionistas norte-

---

<sup>54</sup> PRICE, D. M. y P.B. CHRISTY III. Ob. cit., p. 177.

<sup>55</sup> TLCAN, C. 11, artículo 1117 (3).

<sup>56</sup> SCHAUFELBERGER, P. Ob. cit., p. 131.

<sup>57</sup> El Centro Internacional para la Solución de Diferencias relativas a Inversiones es una institución que busca favorecer la expansión de las inversiones mediante el otorgamiento de medios de conciliación y de arbitraje en caso de sobrevenir diferencias entre los Estados y los inversionistas extranjeros. Para un análisis de la estructura y funcionamiento de dicha institución consúltese la obra de SCHAUFELBERGER, P. Ob. cit., pp. 111-118.

<sup>58</sup> TLCAN, C. 11, artículo 1120.

americanos pueden recurrir a esta vía procedimental para la solución de sus controversias. México y Canadá pueden utilizar los otros dos procedimientos.

El sometimiento de la causa a arbitraje deberá realizarse luego de los seis meses de haberse producido el hecho o los hechos que generaron el daño. La aplicación de tal plazo refleja el interés de las partes de solucionar sus diferencias mediante negociación. Únicamente en el caso de no hallarse una solución mediante negociación, las partes podrán someter dicho conflicto ante un tribunal arbitral. La intención de dar solución al conflicto mediante arbitraje deberá ser expresada por escrito<sup>59</sup> de manera que la voluntad de las partes sea respetada al momento de proceder a resolverse la causa.

Las disposiciones del artículo 1120 del TLCAN presentan una excepción para el caso de México. En tal sentido, las disposiciones del anexo 1120.1 señalan que un inversionista no puede someter a arbitraje la solución de un conflicto sobrevenido en el caso de que haya previamente optado por seguir el mismo por vía judicial ante un tribunal mexicano. Este anexo prevé, igualmente, que una persona moral de origen mexicano bajo control de un inversionista originario de uno de los Estados partes no podrá alegar el incumplimiento de las obligaciones previstas en la sección A del capítulo 11 si dicho procedimiento ha sido presentado ante un tribunal mexicano.

Una vez solucionado el conflicto por la vía arbitral, el tribunal podrá acordar el pago de intereses pecuniarios como consecuencia de los daños sufridos, así como la restitución de los bienes materia de conflicto. Dicha posibilidad se encuentra prevista en el artículo 1135 que describe de manera detallada cuáles son los tipos de reparación a los que tiene acceso la parte demandante. La sentencia arbitral tendrá fuerza obligatoria únicamente entre las partes demandante y demandada, y respecto de la especie materia de conflicto.<sup>60</sup> Ello supone que las causas sometidas a arbitraje no crearán un precedente jurisprudencial.

Bajo reserva de los casos previstos en el párrafo tercer de este artículo, la parte demandada deberá resarcir el daño causado y conformarse a la sentencia final. Un inversionista podrá solicitar la ejecución de la sentencia final únicamente en el supuesto previsto por dicho artículo.

En el supuesto de que la sentencia final haya sido dictada de conformidad con las reglas de la Convención de Washington, el inversionista demandante deberá esperar que transcurra un plazo de 120 días luego de la sentencia final para solicitar la revisión o la anulación de la misma. Si se tratase del supuesto de una sentencia final dictada conforme a los procedimientos establecidos por el Reglamento Suplementario de la Convención de Washington o bien por aquellos de la Comisión de las Naciones Unidas, la parte demandante deberá esperar un lapso de tres meses luego de la adopción de la sentencia final, de la revocación o revisión de la misma, y que todos los recursos existentes hayan sido agotados.

<sup>59</sup> TLCAN, C. 11, artículo 1122 (a).

<sup>60</sup> TLCAN, C. 11, artículo 1136.

Conforme a lo estipulado por el TLCAN, cada Estado parte deberá, al mismo tiempo, asegurar la ejecución de la sentencia dentro de su territorio. Si la sentencia final no es respetada por las partes o si la parte demandada no respeta la decisión arbitral, dicha cuestión podrá ser sometida ante la Comisión del TLCAN, que analizará si dicha conducta constituye o no un incumplimiento de las obligaciones adquiridas por los Estados partes tras la firma y ratificación del TLCAN.

Cabe finalmente mencionar que la sección B del capítulo 11 del TLCAN no impone a ninguno de los Estados partes un deber de confidencialidad respecto de la documentación relativa a la controversia sometida al procedimiento arbitral, salvo algunas excepciones precisas. En efecto, conforme lo establece la nota interpretativa de ciertas disposiciones del capítulo 11 del TLCAN adoptada el 31 de julio de 2001, las partes podrán suprimir en los documentos presentados ante el tribunal arbitral aquellas informaciones de naturaleza comercial o confidencial, de naturaleza privilegiada o prohibidas de difundir en virtud de la legislación nacional de los Estados partes, aquellas relacionadas con la defensa de la parte demandada ante el tribunal arbitral, etc.<sup>61</sup>

Una vez analizadas las características existentes dentro del modelo del TLCAN respecto de la promoción y protección de las inversiones, pasaremos a examinar los casos que se han presentado bajo las reglas previstas en el capítulo 11 del TLCAN desde su entrada en vigor hasta la fecha.

68

El análisis de estos casos nos permitirá establecer los aspectos positivos y negativos de la aplicación de las reglas de carácter sustantivo y procedimental previstas en este tratado que ha servido de modelo para la elaboración del proyecto de borrador del ALCA y que ha inspirado a muchos países al momento de reformar su legislación en materia de inversiones extranjeras.

### **3. Controversias suscitadas entre los países miembros y las soluciones adoptadas en virtud de las disposiciones del capítulo 11 del TLCAN<sup>62</sup>**

Desde la entrada en vigencia del TLCAN, el mecanismo arbitral previsto en la sección B del capítulo 11 ha sido utilizado por los inversionistas extranjeros que han invertido en la región en varias oportunidades. La mayoría de dichas demandas han puesto en evidencia que el proceso de liberalización del comercio y de la inversión en la región no se ha desarrollado sin suscitar controversia y que los mecanismos de protección y de promo-

---

<sup>61</sup> Véase, en este sentido, *Notes d'interprétation de certaines dispositions du chapitre 11* (Commission du libre-échange de l'ALENA), 31 de julio. Documento en línea: <<http://www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/NAFTA-Interpr-fr.asp>>. Documento consultado el 15 de marzo de 2004.

<sup>62</sup> Para aquellos interesados en profundizar ciertos aspectos vinculados al régimen de inversión del TLCAN, les sugerimos consultar WEILER, Todd (ed.). *NAFTA Investment Law and Arbitration: Past Issues, Current Practice, Future Prospects*. Nueva York: Transnational Publisher, 2004.

ción establecidos en virtud del TLCAN han sido objeto de diversas interpretaciones por parte de los agentes económicos que han invertido en esta zona de libre comercio.

A efectos de poder brindar, a nuestros colegas juristas y a los especialistas en relaciones internacionales, aquellos elementos necesarios para evaluar el costo-beneficio de la aplicación de dichos mecanismos, hemos decidido analizar brevemente cada uno de los casos presentados contra los Gobiernos de Canadá, Estados Unidos y México durante estos diez años de vigencia del TLCAN.

### **3.1. Los casos contra el Gobierno canadiense**

Desde la entrada en vigencia del TLCAN, Canadá ha debido hacer frente a una serie de demandas en contra de la política adoptada por su Gobierno en diferentes áreas de importancia para el país. Los casos contra el Gobierno de Canadá interpuestos por empresas americanas y mexicanas hasta la fecha han sido diez en total.

A efectos de brindar al lector una idea de cuáles han sido los temas objeto de controversia, hemos decidido resumir brevemente cada uno de dichos casos.

#### ***3.1.1. El caso de la compañía Signa S.A. de C.V. contra el Gobierno de Canadá***

En marzo de 1996, Signa S.A. de C.V., una corporación mexicana con intereses en el sector de la industria farmacéutica, manifestó su intención de someter una reclamación a arbitraje conforme lo establece el artículo 1118 del TLCAN. La reclamación no se hizo, sin embargo, jamás pública y aparentemente el arbitraje nunca tuvo lugar y la reclamación fue abandonada.

#### ***3.1.2. El caso de la compañía Ethyl Corp. contra el Gobierno de Canadá***

En el mes de abril de 1995, la compañía Ethyl Corporation, constituida en Virginia (Estados Unidos) con una subsidiaria en Canadá, presentó una reclamación contra el Gobierno del Canadá conforme a las Reglas de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI). La compañía subsidiaria de Ethyl era el único importador del aditivo MMT, reconocido neurotóxico utilizado en la fabricación de petróleo.

El Gobierno de Canadá había prohibido la importación y el transporte interprovincial del MMT por motivos relacionados a la salud pública. La compañía Ethyl Corporation estimaba, en este caso, que la medida adoptada por el Gobierno canadiense era contraria a las disposiciones del capítulo 11 del TLCAN relacionadas con el trato nacional (artículo 1102), la expropiación (artículo 1110) y la prohibición de establecer requisitos de desempeño (artículo 1106). Ethyl Corporation reclamó, de esta manera, al Gobierno canadiense una indemnización de 201 millones de dólares americanos.

El 24 de junio de 1998, el Gobierno de Canadá y la compañía Ethyl Corporation solucionaron dicha controversia. El laudo arbitral otorgó a Ethyl Corporation una compensación de 19,3 millones de dólares canadienses por los gastos y pérdida de ganancias sufridos por la compañía debidos a la aplicación de la política del Gobierno canadiense en materia de salud. La compañía Ethyl Corporation obtuvo, asimismo, un compromiso por parte del Gobierno de Canadá de eliminar dicha prohibición y de emitir una declaración precisando que no existía ninguna prueba de que el MMT utilizado en pequeñas dosis pudiera afectar la salud de la población.

Este caso ilustra que la amenaza de una demanda por expropiación indirecta de utilidades esperadas constituye causal suficiente para que un Gobierno revoque una disposición de protección de la salud.

### ***3.1.3. El caso de la compañía S.D. Myers Inc. contra el Gobierno de Canadá***

El 30 de octubre de 1998, la compañía S.D. Myers Inc de Ohio (Estados Unidos), procesadora de transformadores que contienen PCB tóxicos, presentó una reclamación contra el Gobierno de Canadá utilizando las reglas del CNUDMI.

El Gobierno de Canadá prohibía la exportación de PCB hacia los Estados Unidos en noviembre de 1995. Posteriormente, el Gobierno canadiense cambió su política exportadora y la exportación de dicho producto fue nuevamente autorizada a comienzos del mes de febrero de 1997. Los Estados Unidos, por su parte, prohibieron la importación de dicho producto en julio de 1997. La compañía S.D. Myers basó su reclamación sobre el hecho de que la prohibición temporal impuesta por el Gobierno de Canadá a la exportación de dicho producto era contraria a las disposiciones relativas al trato nacional,<sup>63</sup> al nivel mínimo de trato,<sup>64</sup> a las reglas en materia de expropiación<sup>65</sup> y a la prohibición de establecer requisitos de desempeño<sup>66</sup> previstas en el capítulo 11 del TLCAN. Por todo ello, dicha compañía reclamó al Gobierno canadiense una indemnización de veinte millones de dólares americanos.

Entre los días 14 y 16 de febrero de 2000, tuvo lugar una audiencia bajo apercibimiento de rebeldía en la ciudad de Toronto. Finalmente, el 13 de noviembre de 2000, el tribunal declaró que la prohibición contravenía, en efecto, lo dispuesto en el capítulo de inversiones del TLCAN en lo que se refiere al trato de nacionales y a las normas mínimas del trato de inversionistas extranjeros y dio razón a dicha compañía en los otros puntos. En una opinión dirimente, el árbitro, señor Schwartz, precisó que, si bien estaba de acuerdo con los otros miembros del panel respecto del hecho de que existía violación de las mencionadas disposiciones del capítulo 11, debía igualmente considerarse que había habi-

---

<sup>63</sup> TLCAN, Capítulo 11, artículo 1102.

<sup>64</sup> TLCAN, Capítulo 11, artículo 1105.

<sup>65</sup> TLCAN, Capítulo 11, artículo 1110.

<sup>66</sup> TLCAN, Capítulo 11, artículo 1106.

do violación del artículo 1106 del TLCAN igualmente. En septiembre de 2001, una audiencia tuvo lugar a efectos de determinar si S.D. Myers sufrió daños y perjuicios, y de evaluar los mismos.

En febrero de 2001, el Gobierno de Canadá interpuso un recurso de anulación de la sentencia ante la Corte Federal de Ottawa en el que argumentaba, entre otras razones, que el tribunal arbitral había excedido su competencia y que la medida provisional adoptada era contraria a la política pública aplicada por el Gobierno canadiense en materia de desechos tóxicos. El 22 de enero de 2002, la Corte Federal de Canadá se pronunció denegando la apelación interpuesta por la S.D. Myers y la condenó al pago de los costos judiciales.

El 21 de octubre de 2002, el tribunal arbitral estableció el monto de la indemnización que debía pagar el Gobierno de Canadá a la compañía en aproximadamente 8,5 millones de dólares americanos.

### ***3.1.4. El caso de la compañía Sun Belt Water Inc. contra el Gobierno de Canadá***

El 12 de octubre de 1999, la compañía Sun Belt Water Inc., con sede en California, presentó una reclamación contra el Gobierno de Canadá sobre la base de las reglas del CNUDMI. La compañía Sun Belt había firmado un acuerdo de *joint venture* con una compañía canadiense autorizada mediante licencia a exportar agua en tanques en la provincia de Columbia Británica. En 1995, la provincia de Columbia Británica impuso primero un moratorio a dicha exportación mediante una Orden del Consejo y, luego, adoptó una ley que prohibía la exportación de dicho recurso natural.

El Gobierno de la provincia de Columbia Británica negoció un arreglo en efectivo con la compañía asociada a la Sun Belt, pero no con la Sun Belt misma, que decidió presentar ante los tribunales de la provincia un recurso para obtener una indemnización por daños y perjuicios.

En su reclamación ante el tribunal arbitral, Sun Belt estimó que Canadá había transgredido las disposiciones del capítulo 11 del TLCAN relativas al trato nacional, a la norma mínima de trato y a la expropiación, así como los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena en materia de tratados. Asimismo, la compañía estimó que los Ministros y empleados del Gobierno y de la provincia de Columbia Británica, y los jueces de dicha provincia, habían incurrido en responsabilidad extracontractual.

Sunbelt reclamó de este modo que se restaure la licencia de exportación de agua fresca y que el moratorio impuesto a la exportación de agua fresca en tanques sea considerado ilegal y contrario al Derecho Internacional. Reclamó, además, una indemnización de 3,6 millones de dólares americanos más intereses a partir del 18 de marzo de 1991, una indemnización por pérdida de oportunidades de alrededor de 1,5 mil millones de dólares americanos o, en su defecto, una indemnización por daño permanente debido a la pérdida de oportunidad estimada en 10,5 millones de dólares americanos.

### ***3.1.5. El caso Pope and Talbot Inc. contra el Gobierno de Canadá***

El 29 de marzo de 1999, Pope and Talbot —una empresa estadounidense con intereses en una subsidiaria canadiense cuya principal actividad es la extracción de madera— presentó ante el tribunal arbitral una reclamación contra el Gobierno de Canadá a efectos de que la misma sea solucionada bajo las reglas del CNUDMI.

Con el propósito de aplicar las disposiciones adoptadas en virtud del Acuerdo sobre Madera de Coníferos establecido con los Estados Unidos, el Gobierno de Canadá había establecido un sistema de cuotas que era aplicado a las compañías madereras que obraban en cuatro provincias. Bajo este modelo, el Gobierno canadiense otorgó a cada productor en dichas provincias una cuota de producción y los autorizó a exportar dicho producto libre del pago de derechos de exportación. El monto total de dichas cuotas estaba evaluado en \$14,7 mil millones de metros cúbicos. Otras cuotas fueron igualmente previstas para las exportaciones superiores a dicho monto, cuotas que sí estarían sujetas al pago de derechos de exportación. Según este sistema, los detentores de estas últimas cuotas podían exportar una cantidad ilimitada de madera proveniente de los coníferos.

La compañía Pope & Talbot estimó, entonces, que la adopción por parte del Gobierno de Canadá de las medidas necesarias para implementar el Acuerdo sobre Madera de Coníferos era contraria a los principios establecidos en el capítulo 11 del TLCAN relacionados al trato nacional (artículo 1102), la norma mínima de trato (artículo 1105), a la expropiación (artículo 1110) y a la prohibición de establecer requisitos de desempeño (artículo 1106). La empresa reclamó, al mismo tiempo, al Gobierno canadiense, una indemnización de 507,5 millones de dólares americanos.

72

El 26 de junio de 2000, el tribunal se pronunció al respecto declarando que las medidas adoptadas en virtud del Acuerdo sobre Madera de Coníferos eran conformes a los artículos 1106 y 1110 del TLCAN y estimó que las cuestiones relacionadas a la norma mínima de trato y de trato nacional serían evaluadas posteriormente. El 10 de abril de 2001, el tribunal arbitral rindió su decisión en torno a la reclamación concerniente a la violación del artículo 1102 del TLCAN declarándola infundada, mientras que estimó que Canadá había efectivamente transgredido lo establecido en el artículo 1105, dado que lo dispuesto en el Acuerdo sobre Madera de Coníferos respecto de la información que el inversionista debía indicar para poder beneficiarse de dicha cuota suponía un trato injusto y no equitativo.

Posteriormente, el 31 de mayo de 2002, el tribunal arbitral se pronunció sobre la existencia o no de un daño contra los intereses de la empresa Pope & Talbot como consecuencia de la aplicación de ciertas medidas administrativas en vigencia para permitir la aplicación del Acuerdo sobre Madera de Coníferos. Sobre este último punto, aun cuando el tribunal arbitral había determinado que el mencionado acuerdo no era contrario a las disposiciones previstas en el TLCAN, consideró que el Gobierno de Canadá había ocasionado un daño a la mencionada compañía al momento de exigir que remitiera, dentro

del marco de una verificación interna, ciertos documentos. De este modo, el tribunal estimó que el Gobierno de Canadá debía indemnizar a la mencionada compañía por un monto de 461 566 millones de dólares americanos, en lugar de los 510 millones de dólares americanos que dicha empresa exigía al Gobierno canadiense.

### ***3.1.6. El caso de la compañía United Parcel Service of America contra el Gobierno de Canadá***

La compañía United Parcel Services of America Inc. (UPS), proveedor estadounidense de servicios de transporte de paquetes, presentó en abril de 2000 una reclamación contra el Gobierno de Canadá para que sea resuelta utilizando las reglas de la CNUDMI. La compañía UPS alega que la Sociedad Canadiense de Correos compite de manera desleal con ella al ofrecer los servicios de *Xpresspost*, *Messageries prioritaires* y *Purolator* mediante la utilización de una serie de ventajas que no son otorgadas a las inversiones de la compañía UPS en Canadá. Asimismo, la compañía UPS mantiene que la Agencia de Aduanas y de Impuestos de Canadá aplica un trato menos favorable a los servicios ofrecidos por la compañía UPS que a aquellos ofrecidos por la Sociedad Canadiense de Correos.

La compañía UPS considera, de este modo, que el Gobierno de Canadá ha transgredido las disposiciones del artículo 1502(2) y (3) a), del artículo 1102 (trato nacional) y del artículo 1105 (trato conforme al Derecho Internacional). La compañía UPS evalúa el daño que dichas prácticas le ha ocasionado en 160 millones de dólares americanos.

Desde el depósito de su reclamación, la compañía UPS ha presentado dos reclamaciones modificatorias respecto del tema de la competencia del Canadá y de la decisión del tribunal arbitral en materia de competencia. El presente caso se encuentra aún en curso hasta la fecha.

### ***3.1.7. El caso de Ketcham Investment Inc. y Tysa Investments Inc. contra el Gobierno de Canadá***

El 22 de diciembre de 2000, las compañías Ketcham Investments Inc. y Tysa Investments Inc., ambas incorporadas en el Estado de Washington con sede central en la ciudad de Seattle, manifestaron su voluntad de presentar una reclamación contra el Gobierno de Canadá. Ambos inversionistas controlaban indirectamente la compañía West Fraser Ltd., corporación canadiense.

En este caso, el objeto materia de controversia era la aplicación por parte del Gobierno de Canadá de una serie de cuotas implementadas en cumplimiento de las disposiciones previstas en el Acuerdo sobre Madera de Coníferos. Los inversionistas alegaban que dicha cuota para exportar madera resinosa acordada a la West Faser era contraria a los artículos 1102 (trato nacional), 1103 (cláusula de la nación más favorecida), 1105 (norma mínima de trato), 1110 (expropiación) y 1106 (requisitos de desempeño) del TLCAN.

Ambas compañías evaluaron el daño que la aplicación de dicho mecanismo les ocasionaba en treinta millones de dólares canadienses. Posteriormente, ambas compañías optaron por retirar su reclamación e informaron de ello al Gobierno de Canadá.

### ***3.1.8. El caso de Trammell Crow Company contra el Gobierno de Canadá***

La Trammel Crow Company, compañía incorporada en el Estado de Delaware y dedicada a proveer servicios de administración de bienes raíces y con subsidiaria en Canadá —denominada Trammel Crow Corporate Services Canada Ltd.—, se asoció en un proyecto de *joint-venture* denominado FM One Alliance Corp., con el objetivo de ofrecer el servicio de bienes raíces a la compañía Canada Post Corporation, una empresa estatal. En el mes de septiembre de 1994, la Canada Post Corporation firmó un contrato de cinco años para la gestión de bienes raíces con dos compañías canadienses que ofrecían dichos servicios.

El 12 de febrero de 2001, la FM One entabló una demanda ante el Tribunal Canadiense de Comercio Exterior en la que alegaba que el acuerdo suscrito en el mes de septiembre de 1994 era contrario a lo establecido en el capítulo 10 del TLCAN. El Tribunal Canadiense de Comercio Exterior estimó procedente la demanda de FM One y sugirió a la Canadian Post Corporation establecer una licitación pública de dicho rubro en conformidad con las reglas previstas en el mencionada capítulo del TLCAN.

74

El 30 de julio de 2001, la Canadian Post Corporation informó al Tribunal Canadiense de Comercio Exterior que no aplicará la sugerencia que este le había dado respecto de la licitación pública para el ofrecimiento de dicho servicio.

La demandante estimó, entonces, que el rechazo de la Canadian Post Corporation de cambiar su política en materia de licitación pública de dicho servicio era contrario a lo establecido en el artículo 1105 del TLCAN; por ello, decidió notificar su intención de someter la solución de dicha controversia ante un tribunal arbitral conforme lo establece el TLCAN en su capítulo 11. La compañía estimó, asimismo, que el daño que le ocasionaba la Canadian Post Corporation estaba evaluado en 32 millones de dólares americanos.

Tras una serie de negociaciones, en abril de 2002, la compañía demandante decidió retirar su reclamación e informó de su decisión al Gobierno de Canadá.

### ***3.1.9. El caso de Crompton Corp. contra el Gobierno de Canadá***

El 6 de noviembre de 2001, la compañía Crompton Corp., incorporada en el Estado de Nueva Jersey y con sede en la ciudad de Greenwich (Connecticut), notificó al Gobierno de Canadá su intención de presentar una reclamación y someterla a arbitraje. La compañía es una manufacturera de gran importancia en Canadá dedicada a la fabricación de recipientes de lindano —utilizados para el tratamiento de las semillas de canola—. El

lindano es un componente químico utilizado principalmente para el tratamiento de las semillas de canola. Conforme a lo establecido en la ley de control de pesticidas, de 1978, la Crompton Corp. registró los productos de lindano que fabricaba, y estos fueron autorizados para el uso en el tratamiento de las semillas de canola y otros productos.

La Agencia de Reglamentación de la Lucha contra los Parásitos del Canadá, sin embargo, decidió prohibir el uso del lindano en el tratamiento de las semillas de canola, así como su venta y plantación a partir del 1.º de julio de 2001. La compañía estimó que dicha medida era contraria al principio establecido en el artículo 1110 (expropiación) del TLCAN y que la aplicación de dicha prohibición le había ocasionado un daño económico evaluado en aproximadamente cien millones de dólares. La compañía estimó, asimismo, que debía renovarse el registro de sus productos fabricados con lindano. Sin embargo, hasta la fecha, ninguna reclamación válida ha sido depositada efectivamente en virtud del capítulo 11 del TLCAN, por lo que la solución de este caso se encuentra aún pendiente.

### ***3.1.10. El caso de Albert Connolly contra el Gobierno de Canadá***

El 19 de febrero de 2004, Albert Connolly, ciudadano estadounidense domiciliado en el Estado de Georgia, notificó al Gobierno de Canadá su intención de presentar una reclamación y someterla a arbitraje alegando que la decisión de la provincia de Ontario, por intermedio de su Ministerio de Desarrollo del Norte y de Minas, que deniega la concesión de un crédito para un proyecto minero a realizarse sobre la base de un estudio elaborado por el demandante, en representación de la compañía Brownfields Holding Inc., es contraria a las disposiciones establecidas en el artículo 1110 (expropiación) del TLCAN.

75

A la fecha de elaboración del presente artículo, respecto de este caso ninguna reclamación válida ha sido sometida ante un tribunal arbitral.

## **3.2. Los casos contra el Gobierno de México**

Desde la entrada en vigencia del TLCAN, el Gobierno de México ha debido hacer frente a una serie de demandas en contra de la política que ha adoptado en diferentes áreas de importancia para los intereses de este país. Las demandas contra el Gobierno de México interpuestas por empresas americanas y canadienses hasta la fecha han sido trece en total, algunas de las cuales ya han sido resueltas.

### ***3.2.1. La compañía Halchette Services contra el Gobierno de México***

En el mes de agosto de 1995, Halchette Distribution Services, una compañía que operaba diversas concesiones aeroportuarias, presentó una reclamación contra el Gobierno de México utilizando la vía arbitral prevista en el capítulo 11 del TLCAN. Dicha reclamación, sin embargo, no se hizo pública y el procedimiento arbitral nunca fue utilizado efectivamente.

### **3.2.2. Azinian contra el Gobierno de México**

Roberto Azinian y otros accionistas de la compañía norteamericana Desechos Sólidos de Naucalpan S.A. de C.V (Desona), que operaba en México, presentaron en el mes de marzo de 1997 una reclamación contra el Gobierno de México para que sea solucionada mediante la aplicación de las reglas arbitrales del Banco Mundial en materia de inversiones. La empresa Desona alegaba que la ciudad de Naucalpan había resuelto sin motivo válido un contrato de concesión otorgado a dicha empresa para la explotación de un basurero y un sistema de tratamiento de desechos, y había contravenido, de este modo, las obligaciones previstas en el capítulo 11 del TLCAN relativas a la norma mínima de trato (artículo 1105) y a la expropiación (artículo 1110). Los inversionistas reclamaban, asimismo, una indemnización de catorce millones de dólares americanos.

La validez de la resolución de dicho contrato fue examinada por tres instancias judiciales mexicanas antes de ser finalmente resuelta por el tribunal arbitral.

El 1.º de noviembre de 1999, el tribunal arbitral establecido en virtud del capítulo 11 del TLCAN rindió una decisión favorable al Gobierno de México indicando que la resolución no infringía las disposiciones del TLCAN antes mencionadas.

### **3.2.3. La empresa Metalclad contra el Gobierno de México**

El 2 de enero de 1997, la empresa estadounidense Metalclad, una compañía dedicada al tratamiento de desechos, presentó una reclamación contra el Gobierno de México con el propósito de que sea resuelta de conformidad con las reglas del Banco Mundial en materia de arbitraje. El Estado de San Luis Potosí le había denegado a dicha compañía una licencia de explotación de las instalaciones donde se encontraba situada la planta de tratamiento de desechos peligrosos; la compañía alegaba que dicha medida contravenía lo dispuesto en el TLCAN. Según las autoridades del Estado, la compañía había contravenido la ley de Guadalupe y contaminado el suministro de aguas de la localidad. Al mismo tiempo, la compañía alegaba que la municipalidad, al declarar el cierre de la planta y decretar el sitio como parte de una zona ecológica de 600 mil acres, había actuado de forma contraria a lo estipulado en el capítulo 11 del TLCAN relativo a la norma mínima de trato (artículo 11105) y expropiación (artículo 1110). La compañía solicitó, asimismo, que el Gobierno de México le indemnizara por el daño económico que dichos actos le habían ocasionado. La compañía evaluó el daño en un total de noventa millones de dólares americanos.

El 30 de agosto de 2000, el tribunal arbitral rindió una primera decisión en favor de la compañía e indicó que la negativa del Gobierno mexicano de acordarle el permiso de explotación de la instalación para el tratamiento de desechos era contraria al artículo 1105 del TLCAN. Asimismo, el tribunal estimó la reparación por el daño causado en 16,7 millones de dólares americanos, monto total que la compañía había desembolsado en

dicho proyecto. Del mismo modo, dicho tribunal estimó que el decreto adoptado por el Gobierno de México que declaraba el lugar como zona ecológica debía ser considerado como una expropiación injusta y contraria a lo dispuesto en el artículo 1110 del TLCAN.

Tras recibir notificación de dicho fallo, el Gobierno de México lo apeló ante la Corte Suprema de la provincia de Columbia Británica, ya que las averiguaciones del caso se habían realizado en dicha provincia. El Gobierno de México alegó ante la Corte Suprema que el tribunal arbitral había excedido su competencia y que la decisión no podía ser respetada por ser contraria a una política pública. La Corte Suprema de Columbia Británica determinó, en mayo de 2001, que el tribunal arbitral había utilizado en la interpretación de lo dispuesto en el artículo 1105 otros criterios y declaró la nulidad de dicha parte del fallo. Sin embargo, mantuvo el fallo en lo concerniente al tema de la expropiación y a la correspondiente indemnización que debía de ser pagada en favor de la compañía Metalcald.

### ***3.2.4. La compañía Waste Management Inc. contra el Gobierno de México***

El 29 de septiembre de 1998, la empresa estadounidense Waste Services Inc. (actualmente denominada Waste Management Inc.), con una filial en México, presentó una reclamación contra el Gobierno mexicano con el propósito de que sea resuelta mediante la utilización de los mecanismos arbitrales establecidos por la Convención de Washington. La Waste Management Inc. reclama al Gobierno mexicano y pide una indemnización de sesenta millones de dólares americanos respecto de su concesión exclusiva del manejo de desechos sólidos en Acapulco por un período de 15 años. La empresa alegó que los artículos 1105 y 1110 del TLCAN fueron transgredidos por el Gobierno del Estado de Guerrero y la municipalidad de Acapulco en su detrimento.

77

El fondo del asunto materia de controversia no fue estudiado tras el depósito de dicha reclamación, ya que el panel se declaró, el 5 de junio de 2000, incompetente por falta de jurisdicción. En efecto, la compañía Waste Management había omitido presentar su renuncia de someter el fallo ante otro tribunal conforme lo dispone la sección B del capítulo 11 del TLCAN. Este fallo fue en favor del Gobierno mexicano —que alegaba la incompetencia de dicho panel—.

El 27 de septiembre de 2000, la Waste Management empezó otro procedimiento arbitral utilizando el mismo mecanismo de solución de controversias. Tras la audiencia relativa a la competencia del tribunal arbitral, el tribunal rindió su decisión el 26 de junio de 2002 y autorizó dicho procedimiento.

### ***3.2.5. Marvin Roy Feldman Karpa (CEMSA) contra el Gobierno de México***

El 30 de abril de 1999, el ciudadano estadounidense Marvin Feldman Karpa presentó, en nombre de la compañía CEMSA, empresa registrada de comercio exterior y exportadora de cigarrillos de México, una reclamación contra el Gobierno de México en la que indicaba que la negativa del Gobierno de otorgarle los beneficios previstos en una disposición

legislativa que autorizaba ciertos desembolsos fiscales en favor de los exportadores, contravenía las obligaciones adoptadas por el Gobierno de México al momento de firmar y ratificar el TLCAN. Según el demandante, dicha negativa le ha ocasionado un daño económico importante que evalúa en cincuenta millones de dólares americanos. El demandante solicita que un tribunal arbitral constituido resuelva dicha controversia conforme lo establecen las reglas del CIADI.

El 12 de diciembre de 2002, el tribunal arbitral rindió una primera decisión en donde declaró que México había contravenido las obligaciones del TLCAN relativas al trato nacional. México decidió presentar ante la Corte Superior de Justicia de la provincia canadiense de Ontario una revisión reglamentaria de la decisión con el propósito de declarar la nulidad de una parte del fallo arbitral. Las audiencias de dicha revisión reglamentaria tuvieron lugar en noviembre de 2003 y, el 3 de diciembre de 2003, la Corte rindió su decisión rechazando la demanda presentada por el Gobierno mexicano. México ha apelado dicha decisión ante la Corte de Apelación de la misma provincia.

### ***3.2.6. Billy Joe Adams et al. contra el Gobierno de México***

El 16 de febrero de 2001, el ciudadano estadounidense Billy Joe Adams y un grupo de sus conciudadanos presentaron una reclamación contra el Gobierno de México con el propósito de que sea resuelta conforme a las reglas de la CNUDMI. Los inversionistas estadounidenses alegaban que la decisión de un juzgado mexicano que declaraba que el promotor inmobiliario que les vendió una extensión de tierras en la región de Baja California, cerca de la ciudad de la Ensenada, no era propietario de las mismas y, por ende, no podía traspasarlas en compraventa<sup>67</sup> contravenía los principios establecidos en los artículos 1102 (trato nacional), 1105 (norma mínima de trato) y 1110 (expropiación) del TLCAN. Los inversionistas exigían, asimismo, una indemnización de 75 millones de dólares americanos al Gobierno de México por el daño económico sufrido.

### ***3.2.7. Lomas Santa Fe Investment LL.P contra el Gobierno de México***

La compañía estadounidense Lomas Santa Fe Investments LL.P, propietaria de un porcentaje superior al 99% de las acciones de la empresa Promotora Internacional Santa Fé S.A. de C.V., que, a su vez, es propietaria de un predio denominado «El Encino», presentó, el 28 de agosto de 2001, una notificación por la que daba a conocer su intención de someter una reclamación a arbitraje. En dicha notificación, la parte demandante alega que el Gobierno de México ha incumplido las obligaciones previstas en los artículos 1102, 1103, 1105 y 1110 del TLCAN al haber expropiado, mediante decreto publicado en la

---

<sup>67</sup> Para mayor información del presente caso, consultar la *Notice of Arbitration* (notificación de arbitraje) en el sitio web siguiente: <<http://www.naftaclaims.com>> (documento en línea consultado el 19 de marzo de 2004).

Gaceta Oficial del Distrito Federal,<sup>68</sup> una porción sustancial del terreno sobre el cual la parte demandante tenía planeado desarrollar un proyecto comercial.

La compañía alega que los artículos 1102 (trato nacional) y 1103 (trato de la nación más favorecida) del TLCAN no han sido respetados, ya que el Gobierno del Distrito Federal no ha acordado el mismo trato que ofrece a los inversionistas nacionales y extranjeros que han desarrollado o vienen desarrollando proyectos en la misma zona. Al proceder a una expropiación ilegal no fundada en un interés público, el demandante sostiene que el Gobierno del Distrito Federal ha transgredido igualmente el artículo 1110 del TLCAN. Como consecuencia del daño económico que dichos actos han ocasionado a la parte demandante, esta reclama al Gobierno de México la restitución de dicha propiedad, así como una indemnización de treinta millones de dólares americanos por el daño económico sufrido por la expropiación ilegal de la porción sustancial del área de terreno en la que la parte demandante iba a efectuar una inversión. De manera alternativa, la parte demandante indica que la indemnización podrá consistir, igualmente, en el pago de un total de 200 millones de dólares americanos.

Aun cuando el mencionado caso sigue su curso, desde la presentación de la notificación ha habido un fallo favorable al inversionista tras el juicio de amparo que este iniciase contra el Gobierno de México. Asimismo, cabe mencionar, igualmente, que, el 12 de agosto de 2002, la administración pública del Distrito Federal decretó que se dejaba sin efecto el decreto que expropiaba el terreno del predio «El Encino» en favor del Gobierno del Distrito Federal<sup>69</sup> sin precisar, sin embargo, si el predio sería devuelto a sus propietarios.

79

Toda vez que, según nuestro conocimiento, el daño económico ocasionado a la parte demandante no ha sido reparado, suponemos que el proceso de negociación entre las partes sigue su curso normal.

### ***3.2.8. La compañía Calmark Commercial Development Inc. contra el Gobierno de México***

El 21 de diciembre de 2001, la compañía Calmark Commercial Department Inc., corporación constituida en virtud de las leyes del Estado de Delaware, notificó al Gobierno de México su intención de presentar una reclamación en su contra en donde alega que la conducción de ciertos procedimientos penales presentados contra dicha compañía ante el Séptimo Juzgado Criminal y el Tercer Juzgado Civil de la ciudad de Tijuana, la Segunda y Tercera Cámaras de la Corte Superior de Justicia de Baja California y el Segundo y Décimo Quinto Tribunales Federales presentaban ciertas irregularidades y, por ende, eran contrarios a los principios de justicia y equidad.

<sup>68</sup> Consúltese, en ese sentido, el decreto en <[http://www.paot.org.mx/centro/gaceta/2000/noviembre\\_14\\_195.pdf](http://www.paot.org.mx/centro/gaceta/2000/noviembre_14_195.pdf)> (documento consultado el 14 de abril de 2004).

<sup>69</sup> Consúltese al respecto el texto del decreto publicado en la Gazeta Oficial del Distrito Federal en la siguiente dirección electrónica: <[www.consejeria.df.gob.mx/gaceta/pdf/agosto\\_20\\_113.pdf](http://www.consejeria.df.gob.mx/gaceta/pdf/agosto_20_113.pdf)> (documento consultado el 14 de abril de 2004).

La compañía alegaba que dichas acciones eran contrarias a las obligaciones establecidas en los artículos 1105 (norma mínima de trato), 1109 (libre transferencia de la inversión) y 1110 (expropiación). Asimismo, dicha compañía exigía una indemnización evaluada en 400 mil dólares americanos.

### **3.2.9. La compañía Fireman's Fund contra el Gobierno de México<sup>70</sup>**

El 15 de enero de 2002, la compañía de seguros Fireman, corporación estadounidense encargada de la venta de seguros personales y corporativos, incluidos los seguros contra accidentes e incendio, notificó al Gobierno de México su intención de presentar una reclamación ante un tribunal arbitral a efectos de que la misma sea solucionada según las reglas establecidas por la Convención de Washington.

La compañía Fireman alegaba que México facilitaba la compra de *debentures* en pesos mexicanos y de propiedad de inversionistas mexicanos, pero no la compra de *debentures* en dólares americanos y de propiedad de la compañía Fireman's Fund. Ambas series de *debentures* eran emitidos al mismo tiempo por la misma compañía financiera mexicana y cada serie fue emitida por un monto total de cincuenta millones de dólares americanos

La Fireman alega que dichas acciones son contrarias a las obligaciones establecidas según lo dispuesto en el capítulo 11 del TLCAN relativas al trato nacional (artículo 1102), norma mínima de trato (artículo 1105) y expropiación (artículo 1110), así como las previstas en el artículo 1405 del TLCAN en materia de instituciones financieras.

### **3.2.10. Robert J. Frank contra el Gobierno de México**

El ciudadano estadounidense Robert J. Frank presentó una reclamación contra el Gobierno de México, el 5 de agosto de 2002, en donde alega que la expropiación de una propiedad al borde del mar que le pertenecía era contraria a las obligaciones adquiridas por México tras la firma del TLCAN. El demandante solicita que dicha controversia sea resuelta bajo las reglas del CNUDMI en materia arbitral. Según el demandante, dicha expropiación es contraria a los artículos 1102 (trato nacional), 1103 (nación más favorecida), 1105 (norma mínima de trato) y 1110 (expropiación). Del mismo modo, el demandante estimó que el daño generado por dicho acto estaba evaluado en un millón 500 mil dólares americanos.

### **3.2.11. Gami Investments Inc. contra el Gobierno de México**

La sociedad estadounidense Gami Investments Inc., detentora de un interés en una empresa mexicana de producción de azúcar, presentó, el 9 de abril de 2002, una reclamación

---

<sup>70</sup> La notificación de dicha intención no se hizo pública, pero una copia de la misma puede ser consultada en el sitio web del Departamento de Estado del Gobierno los Estados Unidos: <<http://www.state.gov/s/l/c5817.htm>>, documento consultado el 19 de marzo de 2004.

contra el Gobierno de México con el propósito de que sea solucionada conforme a las reglas de la CNUDMI en materia de arbitraje. Dicha sociedad alegaba que el Gobierno de México había contravenido las disposiciones del capítulo 11 del TLCAN relativas a la norma mínima de trato (artículo 1105), trato nacional (artículo 1102) y expropiación (artículo 1110) al momento de expropiar cinco ingenios azucareros pertenecientes a las cinco filiales de su sociedad de inversión en México en el mes de septiembre de 2001 y de reglamentar la industria azucarera de manera discriminatoria y arbitral. Gami Investments Inc. estimó que el Gobierno de México le había ocasionado de esta manera un daño económico que evaluó en 55 millones de dólares americanos.

### ***3.2.12. International Thunderbird Gaming Corp. contra el Gobierno de México***

La compañía canadiense International Thunderbird Gaming Corp., dedicada a la explotación de juegos de azar y otros locales de diversión, presentó una reclamación contra el Gobierno de México el 1.º de agosto de 2002 con el propósito de que sea resuelta bajo las reglas de la CNUDMI en materia de arbitraje. La Thunderbird alegaba que los reglamentos que eran aplicables a su casa de apuestas y el cierre de la misma por el organismo gubernamental mexicano responsable de la aplicación de la Ley de Casinos y Sorteos de México no eran conformes a las obligaciones contraídas por México en virtud de los artículos 1102 (trato nacional), 1103 (nación más favorecida), 1105 (norma mínima de trato) y 1110 (expropiación) del TLCAN. La compañía estimó que el daño económico causado por la violación de dichas disposiciones estaba evaluado en cien millones de dólares americanos. El proceso arbitral sigue su curso a la fecha.

### ***3.2.13. Corn Products International Inc. contra el Gobierno de México***

La compañía estadounidense Corn Products International Inc. presentó una notificación de intención de someter una reclamación a arbitraje contra el Gobierno de México en octubre de 2003. Dicha presentación la ha hecho en su nombre y en representación de su filial Arancia Corn Products S.A. de C.V. —una sociedad mexicana que controla y de la que es propietaria—. Corn Products International Inc. alega que el establecimiento por parte del Gobierno de México del impuesto JMAF a la importación de jarabe de maíz con alta concentración de fructuosa contravenía las obligaciones adoptadas por dicho país en virtud del TLCAN.<sup>71</sup> La compañía Corn Products International Inc. alegaba que dicho

---

<sup>71</sup> Sobre este punto cabe mencionar que los Estados Unidos impugnó la legalidad de la investigación efectuada por el Gobierno México en torno de la presunta discriminación de precios ante los órganos de resolución de controversias establecidos en virtud del capítulo 19 del TLCAN y las instancias de la Organización Mundial del Comercio, y obtuvo un fallo a su favor. En virtud de dicho fallo, el Gobierno de México tuvo que remover las cuotas compensatorias establecidas por dicho Gobierno. Para mayores detalles sobre dicha controversia consúltese el fallo de la OMC en el sitio web: <[www.wto.org](http://www.wto.org)> (consultado el 13 de abril de 2004).

impuesto contraviene las obligaciones relativas al trato nacional (artículo 1102), a los requisitos de desempeño (artículo 1106), expropiación e indemnización (artículo 1110). Esta última reclamación fue presentada según lo dispuesto en el párrafo sexto del artículo 2103 del TLCAN —relativo a las medidas tributarias adoptadas por los Estados partes—. Este caso sigue su curso y hasta la fecha no ha sido establecido el tribunal arbitral.

### ***3.2.14. Francis Kenneth Haas contra el Gobierno de México***

El 12 de diciembre de 2001, el ciudadano estadounidense Francis Kenneth Haas presentó en su nombre una notificación de intención de someter una reclamación a arbitraje contra el Gobierno de México debido a que estimaba que los funcionarios del Estado de Chihuahua habían contravenido las disposiciones relativas al trato equitativo conforme lo establece el Derecho Internacional previsto el artículo 1105 del TLCAN.

Conforme lo precisa el Sr. Kenneth Haas en dicha notificación, el Gobierno de México le ha denegado el acceso a la justicia en el marco de la disputa comercial con sus socios mexicanos —que, aparentemente, le habrían estafado—, hecho que el demandante no pudo acreditar durante el proceso que este llevó a cabo ante los tribunales de justicia. El ciudadano estadounidense estima que, al no existir un trato mínimo aceptable, el Gobierno de México le ha ocasionado un daño evaluado en 17 millones de dólares americanos.

82

A la fecha, no existe información si esta demanda ha sido acogida o no, pero lo que cabe recordar es que esta notificación cuestiona los procesos jurídicos mexicanos y utiliza el proceso arbitral establecido en el capítulo 11 del TLCAN como una suerte de corte de última instancia.<sup>72</sup>

## **3.3. Los casos contra el Gobierno de los Estados Unidos**

Desde la entrada en vigencia del TLCAN, el Gobierno de los Estados Unidos ha debido de hacer frente a una serie de demandas en contra de la política que ha adoptado en diferentes áreas de importancia para los intereses de este país. Las demandas contra el Gobierno de los Estados Unidos interpuestas por empresas canadienses hasta la fecha han sido, a la fecha, doce en total, algunas de las cuales ya han sido resueltas o se encuentran en proceso de estudio por los tribunales arbitrales establecidos para tal efecto.

### ***3.3.1. El caso del Grupo Loewen contra el Gobierno de los Estados Unidos***

El Grupo Loewen, sociedad canadiense dedicada al comercio de pompas fúnebres con sede en la provincia canadiense de Columbia Británica, y el señor Raymond L. Loewen,

---

<sup>72</sup> Para una consulta de la notificación presentada consúltese: <[http://www.economia-snci.gob.mx/sphp\\_pages/importa/sol\\_contro/consultoria/Casos\\_Mexico/Kenneth/documentos\\_basicos/aviso\\_de\\_intencion.pdf](http://www.economia-snci.gob.mx/sphp_pages/importa/sol_contro/consultoria/Casos_Mexico/Kenneth/documentos_basicos/aviso_de_intencion.pdf)> (documento consultado : el 14 de abril de 2004).

presidente y gerente de la empresa antes mencionada, presentaron el 29 de julio de 1998 una notificación de su intención de someter una reclamación contra el Gobierno de los Estados Unidos a arbitraje bajo las reglas del CIADI. En dicha notificación alegan que el proceso civil interpuesto en su contra y el consecuente fallo en su contra y la multa de 500 millones de dólares americanos impuesta por la Corte Suprema del Estado de Mississippi por presuntas prácticas fraudulentas son contrarios al principio de trato nacional, a la norma mínima de trato y a los principios establecidos en materia de expropiación previstos en los artículos 1102, 1105 y 1110 del TLCAN. Al mismo tiempo, el Grupo Loewen demandó al Gobierno de los Estados Unidos el pago de una indemnización de 750 millones de dólares americanos por trato discriminatorio, ya que estimó que el fallo antes mencionado era contrario al TLCAN de manera similar al caso de la Sun Belt. La empresa recurrió al capítulo 11 sobre inversiones del TLCAN para invalidar el fallo de la corte nacional y sortear así el curso normal del litigio civil comercial.

En el curso de esta controversia, el Gobierno de los Estados Unidos cuestionó la jurisdicción y competencia del tribunal arbitral que fue constituido para resolver el caso. El 5 de enero de 2001, el tribunal arbitral declaró infundada la objeción presentada por el Gobierno de los Estados Unidos y estimó que era competente para entender el caso presentado por el Grupo Loewen.

En octubre de 2001, el tribunal arbitral llevó a cabo una audiencia a efectos de pronunciarse respecto de su competencia, de la violación alegada de los artículos del TLCAN y de la supuesta responsabilidad del Gobierno de los Estados Unidos.

En enero de 2002, el Gobierno de los Estados Unidos presentó una objeción ante el tribunal arbitral en donde indicaba que este no era competente para entender el caso, ya que la parte demandante había sido reestructurada y no poseía, en consecuencia, el poder de representación ante el tribunal arbitral.

El 26 de junio de 2003, el tribunal arbitral finalmente rindió su fallo e indicó que no existían pruebas de una violación de los artículos 1102, 1103, 1105 y 1110 del TLCAN pese a que el fallo de la Corte de Mississippi establecía una sanción pecuniaria exagerada y pese al hecho de que el tratamiento del expediente por las autoridades podía ser discutible. El tribunal arbitral estimó que la parte demandante no había logrado establecer la existencia de una violación de los principios internacionales de equidad y de justicia.

### ***3.3.2. El caso de Methanex Corp. contra el Gobierno de Estados Unidos***

La compañía canadiense, con sede en la ciudad de Vancouver (Columbia Británica) y dedicada al mercadeo y distribución de metanol, presentó el 3 de diciembre de 1999 una reclamación contra el Gobierno de los Estados Unidos con el propósito de que sea resuelta conforme a las reglas de la CNUDMI en materia arbitral. Methanez Corp. alega, en su reclamación, que la decisión del Gobierno de California de prohibir la utilización y venta del aditivo para gasolina MTBE, que requiere del metanol para su producción, era

contraria a las obligaciones impuestas en virtud del TLCAN en sus artículos 1105 (norma mínima de trato) y 1110 (expropiación). La Methanex sostiene que el precio de sus acciones y su ganancia potencial han sido drásticamente afectados por la controversia, lo que ha originado una expropiación de sus ganancias futuras, precios menores para el producto e incremento de costos. Por tales motivos, reclama una indemnización, de un monto de 970 millones de dólares americanos, por daños basados en la pérdida de negocios futuros y compensación por la pérdida de valor de sus acciones.

Debido a las implicancias medioambientales del presente caso, representantes del International Institute for Sustainable Development, de Communities for Better Environment, de la Blue Water Network, de la Earth Island Institute y del Center for International Environment Law presentaron una solicitud ante el tribunal arbitral pidiendo intervenir en el proceso arbitral. Dichas instituciones alegan que pueden brindar una perspectiva diferente en torno de los procedimientos establecidos y que su participación podía ser de utilidad a efectos de una mayor aceptación del capítulo 11 por parte del público estadounidense.

Paralelamente, debido a las preocupaciones sobre una posible contaminación de las aguas en caso de que la prohibición del MBTE sea retirada del mercado de dicho Estado, catorce miembros de la asamblea y senadores expresaron sus inquietudes relativas al caso del MTBE en una carta dirigida a Robert Zoellick, representante comercial de los Estados Unidos.<sup>73</sup>

84

En enero de 2001, el tribunal constituido para resolver el presente caso indicó que tenía el poder de permitir la participación de terceras partes en calidad de «amicus curiae». El tribunal indicó, asimismo, que se pronunciaría sobre si aceptaría o no la participación del «amicus curiae» tras consultar a las partes.

En el mes de julio de 2001, tuvo lugar la audiencia relativa a la objeción según la cual el tribunal arbitral no era competente para entender el caso. Hasta la fecha el proceso arbitral sigue su curso y aún el tribunal arbitral no ha rendido su fallo definitivo. No cabe duda de que la resolución de este caso será importantísima en lo que se refiere al capítulo 11 del TLCAN, pues, si se decide a favor de Methanex, es probable que muchas otras compañías presenten demandas similares contra las leyes del medio ambiente que no les gustan. Ello colocaría a Canadá y a Estados Unidos bajo una inmensa presión por parte de los grupos opositores al TLCAN en los tres países miembros.

---

<sup>73</sup> La mencionada carta precisa lo siguiente: «Como legisladores del Estado de California consideramos un problema el que se nos indique por oficiales comerciales, lejanos a nuestro medio, y que no han sido democráticamente elegidos, qué tipo de paradigmas y normas tenemos que aplicar en la promulgación de leyes para la protección del medio ambiente y de la salud del pueblo en nuestro Estado».

### **3.3.3. El caso de *Mondev International Ltd. contra el Gobierno de los Estados Unidos***

La sociedad *Mondev International Ltd.*, corporación canadiense de desarrollo inmobiliario que posee y controla una sociedad en comandita de Massachusetts denominada *Lafayette Place Associates*, presentó el 1.º de septiembre de 1999 una reclamación contra el Gobierno de los Estados Unidos en donde solicita que sea resuelta conforme a las reglas del CIADI. En su reclamación, la compañía alega que la decisión de la Corte Suprema de Massachusetts respecto de la autorización de expansión de un centro comercial a cargo de *Mondev*, así como las leyes del mismo estado, eran contrarias a las disposiciones del TLCAN relativas al trato nacional (artículo 1102), a la norma mínima de trato (artículo 1105) y a la expropiación (artículo 1110). Debido al daño económico sufrido por la empresa, esta reclama al Gobierno de los Estados Unidos una indemnización de cincuenta millones de dólares americanos.

El 11 de diciembre de 2002, el tribunal arbitral declaró, en su fallo, sin fundamento las reclamaciones contra el Gobierno de los Estados Unidos.

### **3.3.4. El caso de *Canfor Corp. contra el Gobierno de los Estados Unidos***

La sociedad *Canfor Corp.*, empresa canadiense del sector forestal, presentó, el 5 de noviembre de 2001, una notificación de su intención de someter una reclamación contra el Gobierno de los Estados Unidos a arbitraje con el propósito de que sea resuelta en conformidad con la reglas de la CNUDMI en materia arbitral.

El 9 de julio de 2002, la empresa finalmente presentó su reclamación. En dicha reclamación alega que ciertos aspectos relacionados a la determinación de derechos *antidumping* y derechos compensatorios impuestos por los Estados Unidos en torno de la importación de madera resinosa en el marco de la disputa comercial en dicha materia entre ambos países eran contrarios a las disposiciones establecidas en los artículos 1102 (trato nacional), 1103 (trato de la nación más favorecida), 1105 (norma mínima de trato) y 1110 (expropiación) del TLCAN. En dicha reclamación, la compañía exige al Gobierno de los Estados Unidos una indemnización de alrededor de 250 millones de dólares americanos por los daños y perjuicios que dichas medidas le han generado.

El 16 de octubre de 2003, Estados Unidos presentó una objeción respecto de la jurisdicción y competencia del tribunal arbitral establecido en donde alegaba que dicho caso debía, si era procedente, ser resuelto ante un tribunal binacional conforme lo establece las reglas del capítulo 19 del TLCAN en materia de *antidumping* y derechos compensatorios, y no en virtud del capítulo 11 del TLCAN.

El 3 de noviembre de 2003, el tribunal arbitral fue establecido conforme a lo dispuesto en las reglas del CNUDMI en materia arbitral. En esta misma fecha, el tribunal se pronunció sobre tres aspectos procedimentales que debían ser tratados por el tribunal: la compe-

tencia del tribunal, la determinación del lugar donde se realizará el arbitraje y la audiencia del fondo de la causa sometida a arbitraje.<sup>74</sup>

El 23 de enero de 2004, el tribunal arbitral estimó que el debate en torno de la competencia del tribunal para entender la causa era una cuestión preliminar sobre la cual debía de pronunciarse antes de analizar el fondo de la causa sometida a su consideración.

El 27 de febrero de 2004, el Gobierno de los Estados Unidos presentó su defensa contra las alegaciones de la demandante. El mes de marzo de 2004, el tribunal arbitral se pronunció respecto de las pruebas que iban a ser presentadas ante el tribunal arbitral en torno de la cuestión preliminar sobre la competencia del tribunal.

A la fecha, el proceso arbitral sigue, en consecuencia, su curso normal.

### ***3.3.5. El caso de la Kennex Ltd. contra el Gobierno de los Estados Unidos***

La sociedad Kennex Ltd. —empresa canadiense dedicada a la fabricación, comercialización y distribución de productos industriales de cáñamo especialmente de granos enteros de cáñamo, de productos derivados de los granos de cáñamo, de la fibra de cáñamo y de fertilizantes de cáñamo certificados en todo América del Norte— presentó el 14 de enero de 2002 una notificación en la que indicaba su intención de someter a arbitraje una reclamación contra el Gobierno de los Estados Unidos. En dicho documento, la sociedad alega que la Drug Enforcement Agency (DEA) de los Estados Unidos y la Office of National Drug Control Policy habían incumplido las obligaciones previstas en los artículos 1102 (trato nacional), 1103 (trato de la nación más favorecida) y 1105 (norma mínima de trato) del TLCAN al prohibir el comercio de productos industriales de cáñamo. La Kennex reclama, asimismo, al Gobierno de los Estados Unidos, una indemnización por las pérdidas que dicha prohibición le ha generado de un total de veinte millones de dólares americanos.

El presente caso prosigue su curso normal y, a la fecha, el tribunal arbitral no ha dado su fallo.

### ***3.3.6. El caso de la Glamis Gold Ltd. contra el Gobierno de los Estados Unidos***

La sociedad canadiense Glamis Gold Ltd, empresa dedicada a la explotación de metales preciosos cuyas acciones se cotizan en la bolsa, presentó, en el mes de diciembre de 2003, en nombre de sus empresas Glamis Gold Inc. y Glamis Imperial Corporation, una reclamación contra el Gobierno de los Estados Unidos con el propósito de que sea resuelta según las reglas de la CNUDMI.

---

<sup>74</sup> Consúltese al respecto los documentos en torno de dicho proceso arbitral en el siguiente sitio web: <<http://www.naftaclaims.com>> (documento consultado el 20 de abril de 2004).

En su reclamación, Glamis Gold Ltd alega que ciertas medidas adoptadas por el Gobierno Federal de los Estados Unidos y por el Gobierno del Estado de California respecto de la explotación de minas auríferas a cielo abierto son contrarias a las disposiciones previstas en los artículos 1105 y 1110 del TLCAN en materia de inversiones. La empresa alega, asimismo, que dicha violación le ha ocasionado un daño económico evaluado en cincuenta millones de dólares americanos.

El 20 de enero de 2004, las partes establecieron que el proceso arbitral tendría lugar en la ciudad de Washington delante de un tribunal arbitral compuesto por tres árbitros. Tras dicho acuerdo entre las partes, el arbitraje sigue su curso normal.

### ***3.3.7. El caso de Tembec Corp. contra el Gobierno de los Estados Unidos***

La compañía canadiense Tembec, dedicada a la explotación forestal, presentó, el 4 de mayo de 2002, una notificación indicando su intención de someter a arbitraje una reclamación contra el Gobierno de los Estados Unidos. En dicha reclamación alega que ciertas determinaciones establecidas en materia de derechos *antidumping* y de derechos compensatorios por los Estados Unidos respecto de la importación de madera resinosa eran contrarias a las disposiciones de los artículos 1102 (trato nacional), 1103 (trato de la nación más favorecida), 1105 (norma mínima de trato) y 1110 (expropiación) previstas en el TLCAN. Las medidas adoptadas por el Gobierno de los Estados Unidos le han ocasionado, según el demandante, pérdidas económicas evaluadas en alrededor de 200 millones de dólares americanos.

El 3 de diciembre de 2003, la compañía presentó finalmente su reclamación contra el Gobierno de los Estados Unidos con el propósito de que la misma se solucione conforme a las reglas establecidas en materia arbitral por la CNUDMI.

### ***3.3.8. El caso de ADF contra el Gobierno de los Estados Unidos***

El grupo ADF, empresa canadiense dedicada a la concepción, la fabricación y la construcción de acero para la construcción, presentó una reclamación contra el Gobierno de los Estados Unidos el 19 de julio de 2000 en su propio nombre y en representación de su filial en el Estado de la Florida, ADF International Inc., a efectos de que la misma sea resuelta conforme a lo establecido en las reglas del CIADI en materia arbitral.

En su reclamación, ADF alega que la Surface Transportation Assistance Act de 1982 y el reglamento del Ministerio de Transportes —que establecen que, en el caso de un proyecto de construcción de carreteras del Estado subvencionado por el Gobierno Federal, debe utilizarse únicamente acero producido en los Estados Unidos— son contrarios a las disposiciones del TLCAN relativas al trato nacional (artículo 1102), a la norma mínima de trato (artículo 1105) y a la prohibición de establecer requisitos de desempeño (artículo 1106). La empresa reclama, por tal motivo, una indemnización total de noventa millones de dólares americanos por los daños económicos que dichas disposiciones le generan.

El 11 de julio de 2001, el tribunal arbitral fue constituido. Casi dos años más tarde, el 9 de enero de 2003, el tribunal arbitral rindió finalmente su fallo. El tribunal declaró infundada la reclamación de ADF y dictaminó que cada parte debía asumir los costes que el proceso arbitral les había generado y que eran responsables solidariamente del pago de los costos procesales.

### ***3.3.9. El caso de James Baird contra el Gobierno de los Estados Unidos***

El 15 marzo de 2002, James Baird, inversionista canadiense residente en la provincia de Columbia Británica, presentó una notificación de su intención de someter a arbitraje una reclamación contra el Gobierno de los Estados Unidos. En dicha reclamación alega que la política estadounidense de eliminación de desechos nucleares en el sitio conocido como Yuca Mountain (Nevada) era contraria a las obligaciones vigentes en los artículos 1102 (trato nacional), 1103 (trato de la nación más favorecida), 1104 (nivel de trato), 1105 (norma mínima de trato), 1106 (requisitos de desempeño) y 1110 (expropiación) del TLCAN. El mencionado inversionista canadiense poseía varias patentes sobre métodos competitivos y ubicación alterna para la eliminación de desechos en el Canadá, los Estados Unidos y Nueva Zelanda. La adopción de la Waste Policy Act de 1995, que establece la política estadounidense de eliminación de desechos nucleares en el sitio conocido como Yuca Mountain (Nevada), le habría, de esta manera, impedido efectuar una inversión en dicha región y ocasionado una pérdida económica estimada en trece millones de dólares americanos.

### ***3.3.10. El caso de la compañía Doman contra el Gobierno de los Estados Unidos***

El 1.º de mayo de 2002, Doman, empresa forestal canadiense de maderas blandas establecida en la provincia de Columbia Británica, presentó una notificación en la que indicaba su intención de someter a arbitraje una reclamación contra los Estados Unidos, debido a que las medidas *antidumping* y los derechos compensatorios establecidos por los Estados Unidos en el contexto de la disputa comercial entre dicho país y Canadá respecto del comercio de maderas blandas eran contrarios a las obligaciones asumidas por dicho país en virtud de los artículos 1102 (trato nacional), 1103 (trato de la nación más favorecida), 1104 (nivel de trato), 1105 (norma mínima de trato) y 1110 (expropiación) del TLCAN.

La compañía estima que la adopción por parte de los Estados Unidos de dichas medidas ha modificado sustancialmente las reglas establecidas en materia de *antidumping* y derechos compensatorios vigente en los Estados Unidos tras la firma del TLCAN y ha afectado, de manera directa, las inversiones de dicha compañía en dicho país. La empresa exige, así, a los Estados Unidos una indemnización de trece millones de dólares americanos por el daño económico que dichas medidas le han causado.

### ***3.3.11. El caso de Grand River Enterprises Six Nations Ltd. et al. contra el Gobierno de los Estados Unidos***

El 12 de marzo de 2004, la compañía canadiense Grand River Enterprises Six Nations Ltd. y los ciudadanos canadienses Jerry Montour, Kenneth Hill y Arthur Montour han presentado una reclamación contra el Gobierno de los Estados Unidos con el propósito de que sea resuelta conforme a las reglas establecidas por la CNUDMI en materia arbitral. Los demandantes alegan que ciertos acuerdos adoptados desde el año 1998 entre varios fiscales de diferentes Estados de los Estados Unidos y las empresas tabacaleras, así como la implementación parcial de dichos acuerdos son contrarios a los principios establecidos en los artículos 1102 (trato nacional), 1103 (trato de la nación más favorecida), 1104 (nivel de trato), 1105 (norma mínima de trato) y 1110 (expropiación) del TLCAN. Los demandantes alegan que dichas medidas adoptadas les han ocasionado daños económicos importantes que evalúan en 340 millones de dólares americanos

### ***3.3.12. El caso de la compañía Terminal Forest Products Ltd. contra el Gobierno de los Estados Unidos***

El 12 de junio de 2003, la compañía canadiense Terminal Forest Products Ltd., dedicada a la producción forestal, presentó una notificación de someter una reclamación contra el Gobierno de los Estados Unidos a arbitraje.

El 31 de marzo de 2004, la compañía presentó su reclamación contra el Gobierno de los Estados Unidos a efectos de que la misma sea resuelta conforme a las reglas de la CNUDMI en materia arbitral. En su reclamación, que presenta a su nombre y en representación de sus subsidiarias en los Estados Unidos, la compañía canadiense alega que las medidas adoptadas por los Estados Unidos en materia de derechos *antidumping* y compensatorios en la disputa comercial entre dicho país y Canadá son contrarias a las disposiciones establecidas en virtud de los artículos 1102 (trato nacional), 1103 (trato de la nación más favorecida), 1105 (norma mínima de trato) y 1110 (expropiación). Conforme a lo alegado por la compañía, las medidas adoptadas por el Gobierno de los Estados Unidos le habrían ocasionado un daño económico importante que evalúa en noventa millones de dólares americanos.

#### 4. Cuadro sinóptico de los demandas presentadas en virtud de lo previsto por el Capítulo 11 del TLCAN

##### Demandas contra el Gobierno de los Estados Unidos

Empresa inversionista	Mecanismo de arbitraje utilizado	Indemnización reclamada	Estado del caso	Materia de controversia
<b>Loewen</b> 30 de octubre de 1998	CIADI	US\$ 725 millones	Resuelto: Tribunal arbitral estimó que la parte demandante no había logrado establecer la existencia de una violación de los principios de equidad y de justicia.	Conglomerado funerario canadiense impugnó la indemnización que le impuso pagar el jurado de un Juzgado del Estado de Mississippi (Estados Unidos) en caso comparativo entre dos empresas.
<b>Mondev</b> 1.º de septiembre de 1998	CIADI	US\$ 50 millones	Pendiente	Empresa canadiense dedicada al desarrollo inmobiliario impugnó el fallo de la Corte Suprema de Massachusetts que se pronunciaba respecto de la inmunidad soberana y de la política del uso del suelo del Gobierno local.
<b>Methanex</b> 3 de diciembre de 1999	CNUDMI	US\$ 970 millones	Pendiente	Empresa canadiense impugnó la eliminación progresiva del aditivo para gasolina MBTE aprobada por el Estado de California debido a que contamina el agua potable en todo el Estado.
<b>Grupo ADF</b> 19 de julio de 2000	CIADI	US\$ 90 millones	Resuelto: Se declaró infundada la reclamación.	Un contratista canadiense que obra en el sector de la construcción impugnó la Surface Transportation Assistance Act de 1982 y el Reglamento del Ministerio de Transportes debido a que imponían que el acero que debía utilizarse en los proyectos de construcción debía ser estadounidense.

### Demandas contra el Gobierno de los Estados Unidos (continuación)

Empresa inversionista	Mecanismo de arbitraje utilizado	Indemnización reclamada	Estado del caso	Materia de controversia
<b>Kenex</b> 2 de agosto de 2002	CNUDMI	US\$ 20 millones	Pendiente	Empresa canadiense dedicada a la producción de cáñamo impugna las nuevas reglas de la DEA que criminalizan la importación de productos elaborados a base de cáñamo
<b>James Baird</b> 15 de marzo de 2002	El mecanismo arbitral aún no ha sido entablado.	US\$ 13 millones	Pendiente	Inversionista canadiense impugna la política estadounidense de eliminación de desechos nucleares en el sitio conocido como Yuca Mountain (Nevada). El inversionista posee varias patentes sobre métodos competitivos y ubicación alterna para la eliminación de desechos.
<b>Canfor Corp.</b> 9 de julio de 2002	CNUDMI	US\$250 millones	Pendiente	Empresa canadiense impugna las medidas adoptadas en torno de la determinación de derechos <i>anti-dumping</i> y derechos compensatorios impuestos por los Estados Unidos respecto de la importación de madera resinosa en el marco de la disputa comercial en dicha materia entre ambos países.
<b>Glamis Gold</b> 10 de diciembre de 2003	CNUDMI	US\$ 50 millones	Pendiente	Empresa canadiense impugna las medidas adoptadas por los Estados Unidos respecto de la explotación de minas auríferas a cielo abierto.
<b>Doman</b> 1.º de mayo de 2002	El mecanismo arbitral aún no ha sido entablado.	US\$ 513 millones		Empresa canadiense impugna las medidas <i>antidumping</i> y los derechos compensatorios establecidos por los Estados Unidos en el contexto de la disputa comercial entre dicho país y el Canadá respecto del comercio de maderas blandas resinosas.

**Demandas contra el Gobierno de los Estados Unidos (continuación)**

<b>Empresa inversionista</b>	<b>Mecanismo de arbitraje utilizado</b>	<b>Indemnización reclamada</b>	<b>Estado del caso</b>	<b>Materia de controversia</b>
<b>Tembec</b> 3 de diciembre de 2003	CNUDMI	US\$ 200 millones	Pendiente	Empresa canadiense impugna ciertas medidas establecidas por la administración federal de los Estados Unidos en materia de derechos <i>antidumping</i> y derechos compensatorios en el marco de la disputa comercial entre Canadá y dicho país relativa al tema de la importación de madera resinosa
<b>Terminal Forest Products Ltd.</b> 31 de marzo de 2004	CNUDMI	US\$ 90 millones	Pendiente	Compañía canadiense impugna las medidas adoptadas por los Estados Unidos en materia de derechos <i>antidumping</i> y derechos compensatorios en el marco de la disputa comercial entre dicho país y Canadá relativa a la importación de madera resinosa.
<b>Grand River Enterprises Six Nations Ltd. &amp; al. (Jerry Montour, Kenneth Hill y Arthur Montour)</b> 12 de marzo de 2004	CNUDMI	US\$ 340 millones	Pendiente	Demandantes impugnan ciertos acuerdos adoptados entre varios fiscales de diferentes Estados de los Estados Unidos y las empresas tabacaleras estadounidenses y la implementación parcial de los mismos desde el año 1998.

### Demandas contra el Gobierno de Canadá

Empresa inversionista	Mecanismo de arbitraje utilizado	Indemnización reclamada	Estado del caso	Materia de controversia
<b>Signa S.A. de C.V</b> Marzo de 1996	El mecanismo arbitral nunca fue iniciado.			Corporación mexicana con intereses en el sector de la industria farmacéutica manifestó su intención de someter una reclamación a arbitraje conforme lo establece el artículo 1118 del TLCAN. La reclamación no se hizo, sin embargo, jamás pública.
<b>Ethyl Corporation</b> 14 de abril de 1995	CNUDMI	US\$ 201 millones	Laudado Tribunal arbitral acordó a Ethyl Corporation una indemnización de US\$ 19,3 millones	La compañía subsidiaria de Ethyl, único importador del aditivo MMT, reconocido neurotóxico utilizado en la fabricación de petróleo, impugnó la decisión del Gobierno de Canadá que prohibía la importación y el transporte interprovincial del MMT por motivos relacionados a la salud pública. Tras el laudo arbitral, la compañía Ethyl Corporation obtuvo, asimismo, un compromiso por parte del Gobierno de Canadá de eliminar dicha prohibición y de emitir una declaración que precise que no existía ninguna prueba de que el MMT utilizado en pequeñas dosis pudiera afectar a la salud de la población.
<b>S.D. Myers Inc.</b> 30 de octubre de 1998	CNUDMI	US\$ 20 millones	Laudado Tribunal arbitral acordó a S.D. Myers una indemnización de US\$ 8,5 millones	Compañía de Ohio procesadora de transformadores que contienen PCBs tóxicos presentó una reclamación contra el Gobierno de Canadá que impugnaba la prohibición establecida por el Gobierno de exportar PCBs hacia los Estados Unidos en noviembre de 1995. Tras la decisión favorable a S.D. Myers, el caso fue impugnado ante la Corte Federal de Canadá por el Gobierno de Canadá, pero el recurso de apelación fue rechazado.

### Demandas contra el Gobierno de Canadá (continuación)

Empresa inversionista	Mecanismo de arbitraje utilizado	Indemnización reclamada	Estado del caso	Materia de controversia
<b>Sun Belt Water Inc.</b> 12 de octubre de 1999	CNUDMI	US\$ 10 500 millones		Compañía con sede en California y dedicada a la exportación de agua fresca en tanques impugna el moratorio adoptado por la provincia de Columbia Británica en torno de la exportación de dicho producto.
<b>Pope and Talbot</b> 29 de marzo de 1999	CNUDMI	US\$ 507,5 millones	Laudado Tribunal acordó US\$ 461,566 millones a Pope and Talbot.	Empresa estadounidense con intereses en una subsidiaria canadiense cuya principal actividad es la extracción de madera presentó ante el tribunal arbitral una reclamación contra el Gobierno de Canadá por considerar contrario al TLCAN la ejecución del Acuerdo sobre Maderas Livianas firmado en 1996 por los Estados Unidos y Canadá. Aun cuando el tribunal arbitral había determinado que el mencionado acuerdo no era contrario a las disposiciones previstas en el TLCAN, consideró que el Gobierno de Canadá había ocasionado un daño a la mencionada compañía.
<b>United Parcel Services of America Inc.</b> Abril de 2000	CNUDMI.	US\$ 160 millones	Pendiente	La compañía UPS alega que la Sociedad Canadiense de Correos compite de manera desleal con ella al ofrecer los servicios de <i>Xpresspost</i> , <i>Messageries prioritaires</i> y <i>Purolator</i> mediante la utilización de una serie de ventajas que no son otorgadas a las inversiones de la compañía UPS en Canadá..

### Demandas contra el Gobierno de Canadá (continuación)

Empresa inversionista	Mecanismo de arbitraje utilizado	Indemnización reclamada	Estado del caso	Materia de controversia
<b>Crompton Corp.</b> 6 de noviembre de 2001	El mecanismo arbitral aún no ha sido entablado.	US\$ 100 millones	Pendiente	La Compañía estadounidense dedicada a la producción del plaguicida de lindano considerado peligroso para la salud pública- impugna la decisión de la Agencia de Reglamentación de la Lucha contra los Parásitos del Canadá que prohibió el uso del lindano en el tratamiento de las semillas de canola a partir del 1.º de julio de 2001.
<b>Ketcham Investments Inc.</b> 22 de diciembre de 2000	El mecanismo arbitral no fue iniciado.	US\$ 30 millones	Compañía optó por retirar su reclamación e informar de ello al Gobierno de Canadá.	Compañía estadounidense con subsidiaria en Canadá impugna sistema de cuotas implementado por el Gobierno canadiense en aras de la implementación de las disposiciones previstas en el Acuerdo sobre Madera de Coníferos.
<b>Trammel Crow Company</b> 7 de diciembre de 2001	El mecanismo arbitral aún no ha sido entablado.	US\$ 32 millones de dólares	En abril de 2002, la compañía decidió retirar su reclamación.	<i>Joint venture</i> entre un socio canadiense y uno estadounidense impugna política de licitación pública adoptado por la Canadian Post Corporation.
<b>Albert Connolly</b> 19 de febrero de 2004	El mecanismo arbitral aún no ha sido entablado.	El monto de la indemnización no ha sido indicado en la notificación de la intención.	Pendiente	El ciudadano estadounidense impugna al Ministerio de Desarrollo del Norte y de Minas de Ontario que deniega la concesión de un crédito para un proyecto minero.

### Demandas contra el Gobierno de México

Empresa inversionista	Mecanismo de arbitraje utilizado	Indemnización reclamada	Estado del caso	Materia de controversia
<b>Halchette Distribution Services</b> Agosto de 1995	Ninguno		Procedimiento arbitral nunca fue utilizado.	Compañía que operaba diversas concesiones aeroportuarias, presentó una reclamación contra el Gobierno de México utilizando la vía arbitral prevista en el capítulo 11 del TLCAN.
<b>Roberto Azinian y otros accionistas de la compañía norteamericana Desechos Sólidos de Naucalpan S.A. de C.V. (Desona)</b> 17 de marzo de 1997	CIADI	US\$ 14 millones	Laudado el 1.º de noviembre de 1999: el tribunal arbitral rindió una decisión favorable al Gobierno de México.	La empresa Desona alegaba que la ciudad de Naucalpan había resuelto sin motivo válido un contrato de concesión otorgado a dicha empresa para la explotación de un basurero y un sistema de tratamiento de desechos, y había contravenido, de este modo, las obligaciones previstas en el capítulo 11 del TLCAN.
<b>Metalclad</b> 2 de enero de 1997	CIADI	US\$ 90 millones	Laudado El 30 de agosto de 2000: el tribunal dio razón a Metalclad y ordenó indemnización de US\$ 16,7 millones de dólares americanos.	Compañía estadounidense dedicada al tratamiento de desechos impugna decisión del Estado de San Luis Potosí que le denegó una licencia de explotación de las instalaciones donde se encontraba la planta de tratamiento de desechos peligrosos y que declaró el sitio como reserva ecológica..

### Demandas contra el Gobierno de México (continuación)

Empresa inversionista	Mecanismo de arbitraje utilizado	Indemnización reclamada	Estado del caso	Materia de controversia
<b>Waste Management Inc.</b> 29 de septiembre de 1998	CIADI	US\$ 60 millones	Pendiente <u>Nota:</u> El 27 de septiembre de 2000, la Waste Management inició otro procedimiento arbitral. Tribunal arbitral rindió su decisión el 26 de junio de 2002 y autorizó dicho procedimiento.	Empresa estadounidense dedicada al manejo de desechos sólidos en Acapulco impugna decisión del Gobierno del Estado de Guerrero y la Municipalidad de Acapulco que revocó la concesión que le había sido otorgada para el tratamiento de desechos.  <u>Nota:</u> El 5 de junio de 2000, el tribunal arbitral se declaró incompetente por falta de jurisdicción, ya que Waste Management había omitido presentar su renuncia de someter el fallo ante otro tribunal conforme lo exige la Sección B del capítulo 11 del TLCAN.
<b>Marvin Feldman Karpa</b> 30 de abril de 1999	CIADI	US\$50 millones	Laudado el 12 de diciembre del 2002 Recurso de apelación fue presentado ante la Corte de Apelación de Ontario.	Ciudadano estadounidense presentó en nombre de la compañía CEMSA, empresa registrada de comercio exterior y exportadora de cigarrillos, una reclamación contra el Gobierno de México indicando que la negativa del Gobierno de otorgarle los beneficios previstos en una disposición legislativa que autorizaba ciertos desembolsos fiscales en favor de los exportadores, contravenía las obligaciones adoptadas por el Gobierno de México al momento de firmar y ratificar el TLCAN.

**Demandas contra el Gobierno de México (continuación)**

Empresa inversionista	Mecanismo de arbitraje utilizado	Indemnización reclamada	Estado del caso	Materia de controversia
<b>Billy Joe Adams &amp; al.</b> 16 de febrero de 2001	CNUDMI	US\$ 75 millones de dólares	Pendiente	Ciudadano estadounidense y un grupo de sus conciudadanos presentaron una reclamación contra el Gobierno de México alegando que la decisión de un juzgado mexicano que declaraba que el promotor inmobiliario que les vendió una extensión de tierras en la región de Baja California, cerca de la ciudad de la Ensenada, no era propietario de las mismas y, por ende, no podía traspasarlas en compraventa.
<b>Lomas Santa Fe Investments LLP.</b> 28 de agosto de 2001	El mecanismo arbitral aún no ha sido entablado.	US\$ 30 millones o US\$ 200 millones si no hay restitución de la propiedad	Pendiente	Compañía estadounidense propietaria de un predio denominado «El Encino» presentó una notificación de la intención de someter una reclamación a arbitraje alegando que la decisión del Gobierno de expropiar una parte de dicho predio es contraria al TLCAN. El presente caso ha sido objeto de una serie de decisiones administrativas por parte del Gobierno de México.

### Demandas contra el Gobierno de México (continuación)

Empresa inversionista	Mecanismo de arbitraje utilizado	Indemnización reclamada	Estado del caso	Materia de controversia
<b>Calmark Commercial Departament. Inc.</b> 21 de diciembre de 2001	El mecanismo arbitral aún no ha sido entablado.	US\$ 400 000 dólares	Pendiente	Corporación estadounidense impugna decisiones de tribunales mexicanos por considerar que las mismas presentaron ciertas irregularidades y, por ende, eran contrarias a los principios de justicia y equidad.
<b>Fireman</b> 15 de enero de 2002	CIADI	US\$ 50 millones	Pendiente	Compañía estadounidense de seguros encargada de la venta de seguros personales y corporativos, incluidos los seguros contra accidentes e incendio, alega que el Gobierno de México facilitaba la compra de <i>debentures</i> en pesos mexicanos y de propiedad de inversionistas mexicanos, pero no la compra de <i>debentures</i> en dólares americanos de propiedad de la compañía Fireman's Fund.
<b>Robert J. Frank</b> 5 de agosto de 2002	CNUDMI	US\$ 1 millón 500 mil	Pendiente	Ciudadano estadounidense impugna decisión del Gobierno de México que expropió una propiedad suya al borde del mar por ser contraria a las obligaciones adquiridas por México tras la firma del TLCAN.
<b>GAMI Investments Inc.</b> 9 de abril de 2002	CNUDMI	US\$ 55 millones	Pendiente	Sociedad estadounidense, dedicada a la producción de azúcar presentó reclamación contra el Gobierno de México por expropiar cinco ingenios azucareros pertenecientes a las cinco filiales de su sociedad de inversión en México y reglamentar la industria azucarera de manera discriminatoria y arbitral.

### Demandas contra el Gobierno de México (continuación)

Empresa inversionista	Mecanismo de arbitraje utilizado	Indemnización reclamada	Estado del caso	Materia de controversia
<b>International Thunderbird Gaming Corp.</b> 1.º de agosto de 2002	CNUDMI	US\$ 100 millones	Pendiente	Compañía canadiense de juegos de azar y otros locales de diversión presentó una reclamación contra el Gobierno de México por el cierre de una serie de locales de su propiedad debido a las disposiciones de la Ley de Casinos y Sorteos de México.
<b>Corn Products International Inc.</b> Octubre de 2003	El mecanismo arbitral aún no ha sido entablado.		Pendiente	Compañía estadounidense. Presentó una notificación de intención de someter una reclamación a arbitraje contra el Gobierno de México en su nombre y en representación de su filial alegando que el establecimiento por parte del Gobierno de México del impuesto JMAF a la importación de jarabe de maíz con alta concentración de fructuosa es contrario al TLCAN.
<b>Francis Kenneth Haas</b> 12 de diciembre de 2001	El mecanismo arbitral aún no ha sido entablado.	US\$ 17 millones	A la fecha no existe información si esta demanda ha sido acogida o no.	El ciudadano estadounidense presentó en su nombre una notificación de intención de someter una reclamación a arbitraje contra el Gobierno de México por estimar que los funcionarios del Estado de Chihuahua le han denegado el acceso a la justicia en el marco de la disputa comercial con sus socios mexicanos que aparentemente le habrían estafado.

## 5. Conclusión

Como se puede constatar al analizar los casos y demandas presentadas en virtud del capítulo 11 del TLCAN contra los tres Estados partes, la gran mayoría de ellos ha sido consecuencia de la violación por parte de los Gobiernos de los Estados partes de los principios establecidos en los artículos 1102 (trato nacional) y 1105 (trato justo y equitativo conforme al Derecho Internacional o nivel mínimo de trato).

Los laudos arbitrales adoptados por los tribunales constituidos para analizar las demandas en torno de dichos dispositivos no han cuestionado la validez de dichas normas, ya que los Estados partes las han reconocido como elementos centrales del TLCAN y del régimen de inversión establecido en virtud de dicho tratado, sino, más bien, se han concentrado en establecer si efectivamente dichos principios han sido transgredidos o no.

Al momento de evaluar las alegaciones invocadas por parte de los inversionistas demandantes en torno de la violación del artículo 1102, que establece el principio de trato nacional, los árbitros han debido evaluar de qué manera un inversionista extranjero ha recibido un trato diferente al que recibe un inversionista nacional o sus inversiones por parte del Estado receptor de la inversión y, si ello es necesario, determinar si las circunstancias bajo las cuales se ha realizado la inversión son las mismas o no.

Por ejemplo, en los casos de *Pope & Talbot* y de *Myers*, los tribunales arbitrales argumentaron que el trato diferente aplicado a los inversionistas en dichas circunstancias podía ser justificado por una decisión política de no favorecer a un inversionista nacional por encima del inversionista extranjero.

101

En lo que se refiere a las alegaciones en torno de las presuntas violaciones del artículo 1105 (nivel mínimo de trato), la situación es algo más complicada porque la terminología del mencionado artículo no es tan clara. En efecto, en la última frase del primer párrafo del mencionado artículo se precisa que cada una de las partes deberá otorgar un «trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas» a las inversiones de los inversionistas, independientemente del hecho de que el mismo artículo precisa que «cada una de las Partes otorgará a las inversiones de los inversionistas de otra Parte, trato acorde con el Derecho Internacional». Pero, ¿cuál es el trato estándar que garantiza el Derecho Internacional? ¿En qué consiste el mismo?

Las interpretaciones de los tribunales arbitrales respecto de este punto fue variada. En el caso de *Pope & Talbot*, el tribunal arbitral decidió que las palabras «trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas» hacían referencia a un estándar de trato diferente del establecido por el Derecho Internacional, mientras que, en el caso *Myers*, el tribunal arbitral decidió que no era así. La última interpretación sobre este punto fue hecha por la Corte Suprema de la provincia de Columbia Británica al momento de revisar el laudo adoptado en el caso de *Metalclad*.

Las diferentes interpretaciones de este artículo hicieron, como lo mencionáramos, que la Comisión de Libre Comercio del TLCAN decidiera, en el verano de 2001, clarificar la interpretación que debía hacerse del artículo 1105. En dicha nota interpretativa precisó claramente que el estándar de protección de la inversión establecido en el TLCAN se encuentra basado en el Derecho Internacional consuetudinario que establece un estándar mínimo de protección y que el «trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas» no requería de un trato más allá del establecido por el Derecho Internacional.

En lo que se refiere a la interpretación misma del régimen jurídico de protección establecido por el TLCAN en materia de inversión, no cabe duda de que otro de los artículos cuya interpretación ha sido controvertida es el artículo 1110 referente a la expropiación. Especialmente, debido a la interpretación que debe hacerse de los términos empleados en la frase siguiente: «ni adoptar ninguna medida equivalente a la expropiación o nacionalización de esa inversión».

Los laudos arbitrales adoptados hasta la fecha han sido muy conservadores respecto de la interpretación que debe hacerse de los términos «medida equivalente» y se han conformado con indicar que debe interpretarse como «medidas similares a». Solamente en el del caso *Metalclad* se analizó el tema cuestionado del «enfriamiento reglamentario», es decir, la idea de que una demanda de una compañía por pérdida anticipada de ingresos puede constreñir la voluntad del Gobierno de regular ciertos temas; esta idea ha ido ganando terreno. En efecto, en dicho caso, el incumplimiento de un procedimiento fue considerado como análogo a la expropiación. El tribunal estimó que ello tenía una injerencia en el derecho de propiedad del inversionista y decidió que, por tal motivo, la reclamación del inversionista era procedente. Sin embargo, cabe mencionar que, en el caso *Metalclad*, el laudo arbitral en favor del inversionista fue únicamente por el costo de las facilidades y no por la pérdida de beneficios o ingresos futuros.

102

En el caso de *Methanex*, se confirmó, igualmente, que las preocupaciones respecto del significado del término «equivalente» y sus reales implicancias en la elaboración de políticas públicas continuarán siendo motivo de discusión, a pesar de que los representantes de los Gobiernos de los Estados partes mantengan el discurso según el cual las disposiciones del TLCAN relativas a la inversión no pretenden, de ningún modo, restringir la capacidad de los Gobiernos de establecer políticas públicas en favor del interés público.

Los laudos arbitrales adoptados en estos diez años de la entrada en vigencia del TLCAN revelan que —pese a que los negociadores estadounidenses y canadienses lograron, tras mucho esfuerzo, convencer a México de la necesidad de adoptar medidas para acordar mayor transparencia y seguridad jurídicas indispensables para garantizar las inversiones de los inversionistas de dichos países en México— ciertos aspectos de las políticas públicas y las leyes que las ejecutan han sido fuertemente cuestionados por los miembros de los tribunales arbitrales. En efecto, durante las negociaciones para suscribir el TLCAN, el capítulo 11 y el mecanismo arbitral establecido fueron obtenidos tras una larga nego-

ciación y el lenguaje técnico utilizado fue el mismo que se había utilizado en el TLC suscrito entre los Estados Unidos y Canadá. El manejo de este lenguaje técnico era desconocido en su momento y solamente tras estos diez años de vigencia del texto comienza a dibujarse progresivamente.

La tendencia ha sido, como se puede observar tras una lectura atenta de más de cincuenta páginas de gran complejidad técnico-jurídica, otorgar a los inversionistas, dado el amplio alcance de los derechos de los inversionistas reconocidos en el TLCAN por los Estados partes, los mecanismos necesarios para contestar de manera directa las leyes, procedimientos e iniciativas de reglamentación de ciertos sectores de la actividad económica por motivos de interés público.