

La administración y resolución de diferencias comerciales y de inversión en la región de América del Norte durante la primera década del TLCAN¹

Gustavo Vega Cánovas

Introducción

El propósito del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) es liberar y promover el comercio y la inversión entre los tres países norteamericanos. Un segundo objetivo es mejorar la gestión de las relaciones comerciales y de inversión entre los países socios y, para alcanzarlo, el Tratado incluyó diversos procedimientos institucionales de administración y resolución de diferencias con el fin de minimizar los conflictos inherentes a las relaciones económicas más intensas que la implementación del TLCAN se sabía iba a generar.

El presente artículo analizará el desempeño de los procedimientos institucionales de administración y resolución de dife-

¹ Este artículo aprovecha muchos de los hallazgos que se obtuvieron en una investigación colectiva que fue publicada con el título Gustavo Vega Cánovas, Alejandro Posadas, Gilbert Winham, Frederick Mayer, *México, Estados Unidos y Canadá: resolución de controversias en la era post Tratado de Libre Comercio de América del Norte*, México, UNAM/ El Colegio de México/PIERAN, 2005. En este artículo, sin embargo, se evalúa información más reciente y se extraen nuevas conclusiones.

rencias del TLCAN en las áreas del comercio y la inversión, y evaluará el valor que han tenido dichos procedimientos para mejorar la gestión de las relaciones económicas globales entre los países socios del TLCAN.

En la segunda sección de este artículo se destaca la importancia que tuvieron los mecanismos de administración y resolución de diferencias dentro de la negociación global del Tratado. En la tercera, se ofrece una descripción del desempeño que ha tenido cada uno de estos mecanismos para resolver las disputas binacionales que se les han planteado desde el momento de entrada en vigor del TLCAN y, en última, se hace una evaluación general de los mismos.

Importancia de los mecanismos de administración y resolución de diferencias en la negociación global del TLCAN

No resulta exagerado afirmar que entre los múltiples y complejos temas que México, Estados y Canadá enfrentaron en la negociación del TLCAN, uno de los que más importancia tuvo para los tres países fue el de los mecanismos de administración y resolución de diferencias que debían incluirse en el Acuerdo Global. Esta importancia derivó de la conciencia de que la negociación, a fin de cuentas, daría como resultado un cuerpo complejo de detalladas normas y reglas obligatorias para los tres países,² y que el mismo requeriría mecanismos institucionales

² En efecto, el TLCAN es uno de los acuerdos comerciales más comprensivos firmados en las últimas dos décadas; compuesto por 22 capítulos en los cuales se incluye una serie de principios, normas, reglas y derechos y obligaciones de los países firmantes en materia de comercio de bienes, servicios, inversión, propiedad intelectual, barreras técnicas al comercio, medidas sanitarias y fitosanitarias, etcétera. El TLCAN incluye además una serie de anexos que elaboran y detallan las obligaciones y las excepciones a las mismas.

efectivos de administración de diferencias que, además de solucionar conflictos, sirvieran para promover los objetivos generales del Acuerdo Global.

A fin de destacar lo innovador y complejo que en conclusión resultó el sistema de administración y resolución de diferencias que se estableció en el TLCAN, es importante recordar cuáles son las principales técnicas que se usan en los acuerdos comerciales internacionales para administrar y resolver diferencias. Normalmente estas técnicas se clasifican bajo los siguientes rubros:

—*Transparencia*: medidas que aseguran que todas las reglas y procedimientos aplicables sean conocidos por las compañías y empresas exportadoras e importadoras, los inversionistas y otros gobiernos, con lo cual se reducen las probabilidades de malentendidos y acciones arbitrarias.

—*Consulta*: medidas de notificación, consulta y negociación, dirigidas a facilitar los esfuerzos de las partes para resolver por sí mismas las controversias que surjan.

—*Apoyo objetivo*: procedimientos que promueven la acción oficiosa de terceros y la determinación de hechos con el fin de apoyar a las partes en disputa a establecer una base para la resolución de disputas.

—*Mediación*: procedimientos que promueven la acción mediadora de terceros y la conciliación entre las partes en disputa a fin de ayudar a establecer una base para encontrar una resolución mutuamente satisfactoria.

—*Adjudicación*: disposiciones que establecen procedimientos obligatorios para el arbitraje y la adjudicación de disputas por parte de terceros, las cuales aseguran que asuntos complicados sean resueltos de modo efectivo.

A manera de ilustración, cabe mencionar cómo el Acuerdo General de Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT, por sus siglas en inglés), principal instrumento para regular multilate-

ralmente el comercio internacional, el cual estuvo en vigor desde 1948 hasta 1994, establecía un sistema relativamente sencillo de procedimientos para asistir a los gobiernos a administrar y resolver sus controversias comerciales. Además de las provisiones sobre transparencia del artículo 10 y las de consulta impuestas en el artículo 22 —las cuales, cabe mencionar, buscaban más bien evitar las controversias que resolverlas—, establecía en el artículo 23 procedimientos que otorgaban a las partes el derecho de presentar quejas y obtener compensación por parte de aquellos miembros que no cumplieran con sus compromisos. A través de los años, los miembros del GATT experimentaron con diversas técnicas a fin de hacer estas provisiones más operativas y, para finales de los años setenta, dichas técnicas se habían convertido en un patrón establecido de prácticas consuetudinarias aceptadas por la mayoría de los miembros. Estos procedimientos funcionaron con relativa eficacia aunque se basaban más bien en prácticas consuetudinarias que en obligaciones claramente establecidas, y requerían del consenso en cada punto del proceso de decisión.

A medida que el papel del comercio internacional y la inversión ha crecido y las reglas comerciales y de inversión han cubierto nuevas áreas y ámbitos de acción, los gobiernos han considerado necesario aceptar o promover la negociación de acuerdos que incluyan provisiones para resolver controversias sobre la base de técnicas superiores a las de simple consulta o apoyo objetivo, y que asimismo establezcan la mediación y, más aún, la adjudicación, como mecanismos principales de solución de conflictos. A su vez, algunos de estos mecanismos se negociaban con el fin de poder ser utilizados, no únicamente por los gobiernos, sino por actores privados. Los actores privados o particulares, al tener la capacidad de exigir el cumplimiento de los acuerdos y poder hacerlo de manera independiente a sus gobiernos, han visto grandes atractivos en los mismos y han re-

sultado ser un factor central de apoyo político en su proceso de negociación y ratificación en el ámbito interno.

Éste fue ciertamente el caso de las negociaciones sobre los mecanismos de administración y resolución de diferencias en el TLCAN, en donde los gobiernos, así como los sectores privados y diversos actores sociales, dieron una gran importancia a estos mecanismos y tuvieron una gran injerencia sobre su negociación y configuración final.

Así, para los gobiernos de México y Canadá, un sistema efectivo de administración y resolución de diferencias en el TLCAN fue esencial para alcanzar diversos objetivos. El primero, y más importante, fue que el sistema asegurara que Estados Unidos observara sus compromisos en el Tratado, y que eliminara la posibilidad de acciones unilaterales y violatorias de los compromisos de liberación. En otras palabras, un acuerdo que aminorara la enorme asimetría en poder político y económico de que goza este último país, al igual que su disposición a adoptar medidas unilaterales.

Un objetivo adicional importante fue que el sistema sirviera para promover la cooperación transnacional por encima de los intereses particulares de cada Estado, entendiéndose éstos como aquéllos de órganos gubernamentales, poderes legislativos (o legisladores individuales), o grupos de interés. Este segundo objetivo resultaba crucial para México y Canadá, así como para sus sectores exportadores, pues en ambos países se tenía conciencia de que la política comercial de Estados Unidos se formula y aplica a través de procesos políticos y legales que descentralizan la toma de decisiones y aumentan la influencia política de ciertos órganos gubernamentales, como el Congreso (comités o legisladores particulares), o de grupos de interés que son relativamente pequeños y de baja representatividad, como los sindicatos y las cámaras de comercio.

Uno de los ejemplos más notables de esta fragmentación del poder dentro del sistema político estadounidense y la influencia excesiva que han ganado grupos de interés en el manejo de la política comercial es el de las leyes contra las prácticas desleales de comercio, también denominadas leyes de remedios comerciales, las cuales conceden a los productores estadounidenses que enfrentan una fuerte competencia de parte de las importaciones, protección respecto de las mismas mediante la aplicación de impuestos compensatorios, o medidas antidumping. La legislación de remedios comerciales de Estados Unidos permite a los productores nacionales iniciar costosos procesos judiciales en contra de sus competidores extranjeros, con un riesgo mínimo de pérdidas aun cuando resulte que su queja sea infundada o, incluso, frívola.

Para el gobierno y los exportadores mexicanos, al igual que para el gobierno canadiense y sus exportadores, la gran preocupación durante la negociación del TLCAN fue que el acceso ganado al mercado estadounidense por un acuerdo de libre comercio se perdiera a través de la concatenación de una serie de acciones antidumping y/o de subvenciones y medidas compensatorias, o se viera amenazado por la incertidumbre creada por dichos juicios. Ambos países y sus sectores privados consideraban las demandas antidumping y de medidas compensatorias principalmente como un medio de compensar una pérdida de competitividad de las industrias estadounidenses a través de una costosa batalla judicial conducida totalmente dentro de las agencias administrativas y tribunales estadounidenses.

Dado que tales litigios son iniciados por empresas privadas, no siempre pueden ser previstos y, por tanto, la amenaza de acoso que generan desalentaban inversiones canadienses o mexicanas en nuevas fábricas y equipos cuyas ganancias futu-

ras dependían del acceso seguro e ininterrumpido al mercado estadounidense.

Por ello, el objetivo original de México en la negociación del TLCAN, y anteriormente de Canadá en el Acuerdo de Libre Comercio entre Canadá y Estados Unidos (ALCCEU), fue lograr una exención para sus exportaciones de la aplicación de las leyes de remedios comerciales y, al no lograrlo, se propusieron alcanzar mecanismos que proporcionaran la certeza de que, en caso de que surgieran conflictos en esta materia, sus exportadores no recibieran un tratamiento arbitrario por parte de las autoridades que las administran. Esto, de acuerdo con el gobierno mexicano y los exportadores mexicanos, sólo se lograría mediante la inclusión de mecanismos específicos en el TLCAN, que ofrecieran dicha certidumbre y evitaran que se hicieran interpretaciones administrativas arbitrarias, contrarias al espíritu del Tratado. Asimismo, para los sectores exportadores de ambos países era importante que dichos mecanismos pudieran ser utilizados directamente por ellos mismos de manera independiente.

En el caso de Estados Unidos este país consideró los mecanismos de administración de diferencias de gran importancia para alcanzar varios objetivos. En primer lugar, al igual que sus socios, juzgó importante incluir en el TLCAN mecanismos efectivos que aseguraran que sus socios en el Tratado sujetaran sus actuaciones a las normas establecidas en el mismo, pues así disminuirían los riesgos de que dieran “marcha atrás” en el proceso de liberación y de cambio estructural.

En el caso de México en particular, Estados Unidos tuvo mucho interés en apoyar las reformas dirigidas a promover una economía de mercado, emprendidas por el gobierno mexicano, ya que, para las elites estadounidenses, esto serviría para que México alcanzara finalmente una economía estable y próspera que hiciera atractivo para la población mexicana el per-

manecer en el país y no emigrar a Estados Unidos en busca de empleos, y que a la vez generara una mayor demanda para sus productos e inversiones, y permitiera el establecimiento de un mercado integrado a nivel regional con las consecuentes ventajas en ganancias de competitividad y de bienestar.

En segundo lugar, Estados Unidos y su sector privado, al igual que México y Canadá y sus sectores exportadores en el caso de las leyes de remedios comerciales, también identificó áreas de especial interés respecto de las cuales buscó establecer obligaciones muy precisas y mecanismos efectivos que aseguraran su cumplimiento por parte de sus socios en el Tratado. Tal es el caso de sus inversiones y los derechos de sus inversionistas. En esta materia, Estados Unidos había tenido con sus socios al sur y norte un largo historial de conflictos derivados de acciones de estos países en contra de sus inversionistas, por lo que consideró de importancia estratégica alcanzar un régimen sobre inversiones en el TLCAN, que eliminara la mayoría de las restricciones que las legislaciones mexicanas y canadienses establecían a las mismas y que asegurara la mayor protección posible a sus inversionistas.

A su vez, los inversionistas o potenciales inversionistas estadounidenses estuvieron dispuestos a apoyar el Tratado en la medida que las distintas disposiciones creadas para proteger sus intereses pudieran hacerse cumplir mediante un mecanismo de resolución de disputas efectivo, el cual ellos pudieran activar directamente. Para los inversionistas estadounidenses sólo un régimen de este tipo propiciaría la creación de un clima favorable a la planeación de sus empresas a nivel regional y alcanzaría el tan buscado mercado integrado. Ante esta demanda estadounidense tanto Canadá como México reaccionaron de manera positiva, pues la atracción de mayores flujos de inversión extranjera directa fue precisamente uno de los grandes objetivos que tuvieron ambos países para negociar el TLCAN y, en el

caso de México, uno de los grandes propósitos de las reformas económicas emprendidas por el gobierno en la década de los años ochenta.³

En pocas palabras, en el TLCAN se establecen cuatro distintos regímenes de administración de diferencias que resultaron de un complejo proceso de negociación intergubernamental y al interior de los sectores privados y sociales de los tres países. El sistema de administración de diferencias se cimienta a fin de cuentas en un sistema peculiar e innovador de arbitraje internacional y de órganos cuasi-judiciales, el cual puede ser accionado y utilizado no sólo por los gobiernos sino por actores privados.

Este sistema cuatripartita se establece en los capítulos 20, 19, 14 y 11 del TLCAN, los cuales se analizan a continuación.

Capítulo 20

El capítulo 20 del TLCAN establece un sistema de administración de diferencias dirigido a prevenir o resolver todas las controversias que no estén específicamente contempladas en algún otro capítulo del Tratado y, en este sentido, se puede caracterizar como un mecanismo general de administración y resolución de diferencias entre los países socios.⁴ El sistema es un meca-

³ Análogamente, en los acuerdos paralelos de cooperación laboral y ambiental, y como resultado de las presiones de diversos grupos y organizaciones obreras y ambientalistas, los dos gobiernos incluyeron mecanismos de resolución de disputas que deben ser activados por ambos gobiernos, aunque los acuerdos también permiten que organizaciones no gubernamentales (ONG) y organizaciones sociales puedan denunciar violaciones a las legislaciones ambientales o laborales. Estos mecanismos resultaron necesarios para obtener el apoyo de dichas organizaciones y del Congreso estadounidense para promulgar el Acuerdo Global; sin embargo, no se analizan en este trabajo por razones de espacio. No obstante, la experiencia de los mismos hasta el año 2002 puede consultarse en G. Vega Cánovas *et al.*, *op. cit.*, pp. 137-295. Capítulos 4 y 5.

⁴ Artículo 2004 del TLCAN.

nismo típico de administración de diferencias entre gobiernos, el cual no pueden accionar actores privados. El mecanismo del Capítulo 20 tuvo como modelo el sistema de administración de diferencias tal como evolucionó en el GATT y se estableció en la Organización Mundial del Comercio (OMC), pero con un número importante adicional de provisiones dirigidas a proveer los procedimientos de credibilidad y certidumbre.

Si una de las partes considera que una medida vigente o en proyecto de otra Parte es o podría ser incompatible con las obligaciones del TLCAN, o podría ser causa de anulación o menoscabo de beneficios, puede solicitarle consultas a fin de llegar a una solución mutuamente satisfactoria.⁵ Si las consultas no permiten solucionar la diferencia, cualquiera de los dos países puede solicitar una reunión de la Comisión de Comercio, la cual fue establecida con el objetivo de supervisar la implementación del TLCAN, y de mediar en cualesquiera disputas que puedan surgir a excepción de aquéllas relativas a dumping o subvenciones y medidas compensatorias, inversiones y servicios financieros.⁶ Si la Comisión de Comercio no logra encontrar una solución satisfactoria, el país quejoso puede solicitar el establecimiento de un panel compuesto de expertos independientes de los gobiernos para que examine la disputa y recomiende a ésta una solución.⁷ Cada país escoge dos panelistas de una lista establecida por ellos; el quinto, se establece por consenso o al azar.⁸

⁵ Artículo 2006 del TLCAN.

⁶ Artículo 2007 del TLCAN. La Comisión de Comercio se compone de los secretarios de Comercio de los tres países o sus representantes.

⁷ Artículo 2008 del TLCAN.

⁸ Artículo 2011 del TLCAN. A fin de asegurar el mayor nivel posible de imparcialidad, los gobiernos se comprometieron a utilizar un procedimiento de “selección cruzada”, es decir que, de la lista de panelistas designados por un país, el otro gobierno escoge dos. Este proceso de “selección cruzada” es una innovación del TLCAN.

Luego de recibir la recomendación del panel, la Comisión tiene que resolver la disputa; dicha resolución: “en la medida de lo posible será la no implementación o la remoción de la medida que no se conforme a este Acuerdo o que cause anulación o menoscabo de beneficios [...] y, en su defecto, una compensación”.⁹

Si la Comisión no tiene éxito en alcanzar una solución mutuamente satisfactoria y una de las “partes considera que sus derechos fundamentales bajo el Acuerdo o los beneficios (contemplados bajo el Acuerdo) se menoscaban o limitan por la implementación o mantenimiento de la medida controvertida”, la Parte afectada tiene la libertad de suspender a la otra Parte “beneficios de efecto equivalente [...] hasta el momento en que alcancen un acuerdo sobre la resolución satisfactoria de la controversia”.¹⁰

Capítulo 19

El Capítulo 19 del TLCAN establece un mecanismo de administración y solución de diferencias, dirigido a satisfacer las preocupaciones y demandas de México y Canadá y sus respectivos sectores exportadores acerca de la politización del proceso de aplicación de las leyes antidumping y de subvenciones y medidas compensatorias en Estados Unidos. Este capítulo establece las siguientes disposiciones sustantivas y de procedimiento:

—*Primero*. Cada país mantiene su derecho irrestricto a aplicar su propia legislación de remedios comerciales y mantener sus prácticas normales de administrárlas respecto de los productos de los otros países.¹¹ Los tres países acordaron, sin embargo, que cualquier enmienda que cualquiera de ellos quie-

⁹ Artículo 2019(1).

¹⁰ *Idem*.

¹¹ Artículo 1902(1) del TLCAN.

ra hacer a la legislación de remedios comerciales debe sujetarse a una notificación previa a las otras partes.¹² También se comprometen a celebrar consultas si una Parte las solicita antes de llevar a cabo cualquier cambio a su legislación en la materia y, finalmente, a someter los cambios deseados a revisión de un panel de expertos a fin de obtener una opinión sobre si dichos cambios son consistentes con sus obligaciones dentro del TLCAN o el GATT o (la OMC).¹³

—*Segundo*. Los socios del TLCAN acordaron establecer paneles *ad hoc* para realizar una revisión, tipo judicial —reemplazando a los tribunales internos—, de las resoluciones definitivas antidumping y de medidas compensatorias dictadas por las agencias administrativas competentes.¹⁴ Además, se establece que cualquier persona que tenga derecho a invocar la revisión judicial en el derecho interno, tiene derecho a invocar la revisión ante los paneles.¹⁵ Esto incluye a las industrias afectadas tanto internas como extranjeras. A los paneles se les encarga examinar el expediente administrativo del caso sujeto a revisión con el objeto de decidir si la acción tomada por la agencia administrativa se encuentra sustentada en la evidencia conte-

¹² Artículo 1902(2) del TLCAN.

¹³ Artículo 1903 del TLCAN.

¹⁴ Artículo 1904 del TLCAN. Los paneles del Capítulo 19 del TLCAN se componen de cinco miembros o árbitros escogidos dentro de una lista de expertos en materia de derecho comercial que establece cada gobierno, los cuales en su mayoría son abogados practicantes aunque también promueve la participación de jueces o ex jueces. En caso de una revisión, dos panelistas son escogidos por cada gobierno mientras que el quinto lo es por acuerdo de los dos gobiernos o por sorteo. En este caso no opera la selección cruzada. Si un participante en una revisión alega una conducta dolosa o abuso de autoridad por parte de un panelista, el caso se envía a un comité de impugnación extraordinaria para que resuelva. De otro modo, una resolución de un panel es inapelable. Las revisiones de los paneles deben adoptarse en un periodo de 315 días.

¹⁵ Artículo 1904(5) del TLCAN.

nida en el mismo, y se ha dictado con apego a la legislación interna del país en cuya jurisdicción se inicia la acción.¹⁶

Es importante señalar que México y Canadá aceptaron esta disposición convencidos de que, aunque el mecanismo no constreñía la aplicación autónoma de la legislación interna por parte de las autoridades nacionales, la participación de cinco expertos independientes de los gobiernos en un panel encargado de ejercer una función de revisión cuasi-judicial aseguraría la aplicación más rigurosa de la ley y evitaría interpretaciones motivadas por presiones políticas, a la vez que ayudaría a restaurar la confianza en la objetividad de la aplicación de la legislación de remedios comerciales.¹⁷ Por su parte, los negociadores de Estados Unidos aceptaron el Capítulo bajo la creencia de que los paneles tendrían que actuar de la misma manera que los tribunales internos a los cuales sustituían y, por lo tanto, no significaban un cambio radical en el manejo de la legislación antidumping tal como se venía practicando.¹⁸

En tercer lugar, los tres países acordaron establecer un grupo de trabajo, cuya misión es desarrollar un sistema sustituto de reglas para lidiar con el dumping y las subvenciones gubernamentales.¹⁹

Capítulo 14

El Capítulo 14 del TLCAN establece un procedimiento de administración de diferencias por la violación a las provisiones del

¹⁶ Artículo 1904(2) del TLCAN.

¹⁷ J. C. Thomas & Sergio López Ayllón, *NAFTA Dispute Settlement and Mexico: Interpreting Treaties and Reconciling Common Law and Civil Law Systems in a Free Trade Area*, 33 CAN. Y. B. OF INT'L L. 75 (1995).

¹⁸ *Ibid.*, pp. 93-94.

¹⁹ G. Vega Cánovas, *Disciplining Anti-Dumping in North America: Is NAFTA Chapter 19 Serving Its Purpose?*, 14 *Ariz. J. Int'l & Comp. L.* 479, 480 (1997). Este grupo de trabajo, sin embargo, no ha hecho grandes avances, lo que nos

capítulo de servicios financieros (banca, compañías de seguros y casas de bolsa). Este mecanismo funciona en forma similar al Capítulo 20, por lo que las observaciones hechas en ese caso son aplicables a este procedimiento con la excepción de que el proceso de mediación para solucionar conflictos, en lugar de estar coordinado por una Comisión presidida por los secretarios de comercio, lo es por los de finanzas. Y los paneles de expertos creados para resolver controversias, en lugar de ser escogidos de listas constituidas por expertos en materia de derecho comercial internacional, lo son por listas de expertos en materia de finanzas.²⁰

Capítulo 11

El Capítulo 11 del TLCAN establece un conjunto de principios, normas y reglas que los socios del Tratado se comprometen a observar respecto de los inversionistas ciudadanos de los tres países, como son el trato nacional,²¹ el trato de nación más favorecida (NMF),²² un nivel mínimo de trato,²³ o de sujetarse a

lleva a la conclusión de que el mecanismo del Capítulo 19 seguirá en funcionamiento por muchos años más.

²⁰ Hasta ahora no ha habido una sola controversia que se haya invocado a la luz de este mecanismo.

²¹ El artículo 1102.1 del TLCAN establece que el trato que cada Parte dará a los inversionistas e inversiones de las partes será: “no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a sus propios inversionistas en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación, venta u otra disposición de las inversiones”.

²² Los artículos 1103, 1203, 1406 del TLCAN disponen que el trato que cada Parte dará a los inversionistas y a sus inversiones dentro del TLCAN será: “no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a los inversionistas de cualquier otra parte o de un país que no sea Parte, en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación, venta u otra disposición de inversiones”.

²³ El artículo 1105 (1) dispone que cada Parte dará, a los inversionistas del TLCAN o a sus inversiones, un nivel mínimo de trato, que será el: “trato acorde

prohibiciones como las de no imponer a los inversionistas requisitos de desempeño,²⁴ expropiaciones o medidas equivalentes a la expropiación,²⁵ o impedirles hacer transferencias.²⁶ A fin de forzar el cumplimiento de estos principios, normas y reglas, el Capítulo 11 establece un sistema mediante el cual inversionistas individuales o en representación de una empresa pueden reclamar ante un tribunal de arbitraje violaciones, por parte de un gobierno, empresas o monopolios estatales, a las disposiciones del Capítulo.²⁷

con el derecho internacional, incluido trato justo y equitativo así como protección y seguridad plenas”.

²⁴ El artículo 1106 prohíbe la imposición de las medidas conocidas generalmente como requisitos de desempeño, ya sea directamente o por otros medios, “en relación con el establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción u operación de una inversión” de un inversionista extranjero. Se considera requisito de desempeño un requisito que se impone a un inversionista para producir, comprar, exportar, vender o transferir tecnología en forma restringida en relación con la conducción de su inversión. Los requisitos de desempeño típicos, por ejemplo, se refieren a la necesidad de comprar insumos de los productores locales o exportar cierto volumen de bienes por cada monto de bienes vendido en el mercado.

²⁵ Las partes acordaron, de acuerdo con el artículo 1110 del TLCAN, no expropiar las inversiones extranjeras de los socios del Tratado excepto por causa de utilidad pública, sobre bases de no discriminación, con apego a la legalidad y a lo que señala el artículo 1105(1) y mediante una indemnización. Esta obligación se aplica en casos de nacionalización, expropiaciones directas o indirectas, y a medidas que se equiparan a la expropiación o nacionalización. Artículo 1110 del TLCAN.

²⁶ De acuerdo con el artículo 1109 del TLCAN, las partes no pueden restringir que las transferencias relacionadas con la inversión de un inversionista extranjero se hagan libremente y sin demoras, ya sea fuera del país anfitrión o de regreso al país del inversionista.

²⁷ A diferencia de los capítulos 20 y 19, en donde México, Estados Unidos y Canadá decidieron establecer listas de panelistas dentro de las cuales escogen a los miembros de los paneles de arbitraje, en el caso del Capítulo 11 los socios del TLCAN decidieron recurrir a tres mecanismos de arbitraje: a) el Convenio del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), siempre que tanto la Parte contendiente como la Parte del inversionista sean Estados parte del mismo; b) las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI, cuando la Parte contendiente o la Parte del inversionista, pero no ambas,

Antes de recurrir a un tribunal de arbitraje las partes deben primero intentar resolver la disputa a través de las consultas o la negociación.²⁸ El inversionista que tenga una queja o pretensión debe notificar a la Parte en contra de quien se tenga la queja o pretensión al menos 90 días antes de que la queja se someta a arbitraje.²⁹ La notificación debe identificar al quejoso, la naturaleza de la queja, la base en la que se fundamenta la demanda y el remedio que se solicita. Una vez que un inversionista ha iniciado el procedimiento de arbitraje, no puede presentar la misma queja ante otro tribunal en cualquiera de los países miembro del TLCAN o ante cualquier otro mecanismo de resolución de disputas. La expresión del sometimiento al arbitraje y la renuncia a otros foros de resolución de disputas debe hacerse por escrito. Se establece un plazo de tres años como límite para presentar quejas con base en el Capítulo, el cual se mide a partir de la fecha en la que el inversionista obtuvo o debió de obtener conocimiento de la violación y de los daños y perjuicios en que incurrió.

Desempeño de los mecanismos de administración y resolución de diferencias de los capítulos 20, 19 y 11 entre 1994 y 2004

Capítulo 20

Desde su entrada en vigor los tres países han resuelto un buen número de asuntos que han surgido en una variedad de terre-

sean Estado parte del CIADI, o c) las Reglas de Arbitraje de la Comisión de Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL). Véase el artículo 1120 del TLCAN y el artículo 1139 sobre Definiciones.

²⁸ Artículo 1118 del TLCAN.

²⁹ Artículo 1119 del TLCAN.

nos.³⁰ La resolución de los mismos se ha dado en la etapa de consultas y en cuatro controversias llegaron al punto de solicitar un panel arbitral del Capítulo 20. Tres de ellas han derivado en decisiones de un panel: *Aves y leche*, *Escobas de mijo*, y *Servicios transfronterizos de autotransporte*.³¹ En un cuarto caso, *Azúcar*, a pesar de que México ha hecho la solicitud e insistido en varias ocasiones en que debería integrarse un panel, Estados Unidos se ha negado a hacerlo.

En los casos de *Aves y leche* y *Escobas de mijo*, los paneles decidieron en contra de Estados Unidos y desestimaron, en el primero, la queja de este país en contra de la imposición de aranceles por parte de Canadá sobre una serie de productos

³⁰ Dado que los gobiernos no mantienen un registro de los asuntos que se han llevado a consultas es difícil saber a ciencia cierta el número que se ha resuelto a este nivel; un buen número de ellos, sin embargo, sí ha salido a la luz pública, como: la queja de parte del gobierno mexicano en 1996-1997, de que Estados Unidos amenazara no cumplir con el compromiso de abrir su frontera a las importaciones del aguacate mexicano que se estableció en el TLCAN; las quejas por parte de México entre 1995 y 1996 por los requisitos especiales de empaque; el cambio al arancel y las cuotas antidumping, que se implantaron al tomate mexicano en Estados Unidos; la queja por parte de Estados Unidos por violaciones al principio de trato nacional que se supone cometió México hacia la empresa estadounidense United Parcel Service (UPS); la queja por parte de México por el cambio de clasificación arancelaria que implantó Estados Unidos en 1997 respecto del limón mexicano; la solicitud por parte de México a Estados Unidos en 1997 para que reconociera al Valle de Mexicali como zona libre de carbón parcial y que no se mantuviera la cuarentena respecto del trigo de esta zona en Estados Unidos; el contrato de compraventa de uranio entre Estados Unidos y Rusia que, según Canadá, afectaba el acceso de sus exportaciones a Estados Unidos, entre otros. Para un tratamiento detallado de un buen número de estos casos, véase Beatriz Leycegui, "Acordar para disentir, la solución de controversias en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte", en B. Leycegui y Rafael Fernández de Castro, *¿Socios naturales? Cinco años del Tratado de Libre Comercio de América del Norte*, México, Miguel Ángel Porrúa, 2000. Apéndice-Cuadro 2, pp. 604 y ss.

³¹ Canadá y Estados Unidos recurrieron en cinco ocasiones a los paneles del ALCEU, durante los cinco años en que éste estuvo en vigor: tres veces a petición de Canadá y dos de Estados Unidos. En los cinco casos, los paneles consiguieron resolver las disputas.

agrícolas estadounidenses, principalmente aves, leche y huevos, mientras que, en el segundo, consideraron válida la queja de México en cuanto a la aplicación, por parte de Estados Unidos, de cuotas a las escobas de mijo mexicanas. En ambos casos, aunque este último país mostró su insatisfacción por las decisiones, cumplió con las recomendaciones de los paneles.³² Los otros dos casos, sin embargo, generaron un profundo desacuerdo entre México y Estados Unidos y ameritan un análisis más detallado.

Servicios transfronterizos de autotransporte. El tercer caso del Capítulo 20 del TLCAN también lo inició México, al acusar a Estados Unidos de que su decisión de mantener la prohibición de que las empresas de transporte mexicanas operaran en dicho país constituía una infracción a sus obligaciones dentro del Tratado. Este caso fue sumamente controvertido y complejo. Durante las negociaciones del TLCAN, México resistió las presiones de Estados Unidos para que permitiera que sus transportistas operaran en el país y aceptó con renuencia una apertura recíproca. Las disposiciones del Tratado obligaban tanto a México como a Estados Unidos a eliminar, de acuerdo con un calendario, las barreras al transporte transfronterizo, incluida la inversión, hacia finales de 1995.³³ En Estados Unidos hubo un rechazo muy fuerte a esta disposición durante la fase de aprobación de la legislación del Tratado en el Congreso, y continuó siendo un tema sumamente polémico incluso después de que entrara en vigor.

El argumento de que el TLCAN permitiría que camiones mexicanos poco seguros operaran en territorio estadounidense

³² Una discusión detallada de estos casos puede encontrarse en G. Vega Cánovas *et al.*, *México, Estados Unidos y Canadá...*, Cap. 1.

³³ La eliminación de las barreras habría de realizarse en dos etapas. La primera, en 1995, para los estados fronterizos, y la segunda, en 2000, para el resto del territorio de ambos países.

fue un elemento central de la oposición interna al Tratado y, a medida que se acercaba la fecha en que se abrirían los estados fronterizos al paso de los transportistas, la oposición se agudizó. Cuando finalmente llegó el día, el gobierno de Estados Unidos anunció que, aunque recibiría las solicitudes de empresas mexicanas de autotransporte, éstas no serían autorizadas de inmediato, lo que de hecho equivalía a prolongar la prohibición para que empresas de transporte mexicanas operaran en Estados Unidos. Asimismo, este último mantuvo la interdicción para que ciudadanos mexicanos invirtieran en empresas de transporte estadounidenses.

La esperanza del gobierno de Clinton fue que México no objetaría con demasiada energía la prórroga a la prohibición, sobre todo porque el país había luchado mucho durante las negociaciones para evitar que se abriera el transporte transfronterizo. Sin embargo, México consideró que el hecho de aceptar esas excepciones sería como abrir la caja de Pandora y que otras industrias amenazadas por el Tratado exigirían prórrogas similares. Con la idea de que el cambio de opinión de último momento del gobierno estadounidense se debía en gran medida a factores políticos coyunturales, México tuvo la esperanza de que el caso se resolvería por medio de negociaciones, razón por la cual le tomó casi cinco años decidirse a solicitar un panel de arbitraje. No fue sino hasta que estuvo muy próxima la fecha límite para eliminar totalmente las barreras a los servicios de transporte (enero de 2000), cuando México solicitó la integración del panel arbitral. El 6 de febrero de 2000, éste emitió su fallo final, en el que resolvió por unanimidad a favor de México y recomendó que “Estados Unidos lleve a cabo las acciones necesarias para que sus prácticas respecto a servicios e inversiones en materia de transporte transfronterizo cumplan con sus obligaciones conforme a las disposiciones aplicables del TLCAN”.

Casi todos los observadores esperaban que la nueva administración del presidente Bush, menos receptiva que la demócrata del presidente Clinton a las reclamaciones de seguridad promovidas por los que se oponían a la apertura, tomaría prontamente medidas para implementar la recomendación del panel. Sin embargo, esta administración no actuó de manera inmediata. En cambio, se ocupó de estudiar más el asunto; se realizaron consultas con las partes interesadas y se aguardó la aprobación de nuevas leyes por el Congreso.

Mientras tanto, el Congreso empezó a discutir un proyecto de ley presentado por los senadores Shelby (republicano del estado de Alabama) y Murray (demócrata del estado de Washington), que impondría nuevas restricciones a la operación del transporte transfronterizo de carga y de pasajeros de México. Pero, confrontado con un posible veto por parte del Ejecutivo estadounidense, el Congreso adoptó en noviembre del 2001 un compromiso sobre las medidas de seguridad que deben cumplir los transportistas mexicanos, el cual abandonó propuestas originales de realizar verificaciones electrónicas de las licencias de conducir de todos los transportistas mexicanos.

Finalmente, en noviembre de 2002, el presidente Bush anunció una terminación de la moratoria para que los autobuses mexicanos circularan más allá de la zona comercial fronteriza y dentro de los estados fronterizos. Y, a la vez, levantó la prohibición para que haya inversión mexicana en empresas de transporte de carga y de pasajeros establecidas en Estados Unidos.

A pesar de lo anterior, a finales de 2002 una serie de grupos opositores a la apertura de la frontera a los transportistas mexicanos presentaron un juicio ante los tribunales de circuito estadounidenses alegando violaciones a las regulaciones del medio ambiente y, en enero de 2003, un tribunal del noveno circuito decidió que antes de que los transportistas mexicanos pue-

dan ser autorizados a cruzar la frontera, el Departamento de Transporte deberá realizar un estudio acerca del impacto ambiental de este tráfico.

No obstante estas medidas, en junio de 2004 la Suprema Corte de Estados Unidos anuló la decisión del tribunal del noveno circuito otorgando un mayor peso a las obligaciones internacionales de este país contenidas en el TLCAN. Al momento de escribirse este trabajo, Estados Unidos empezaba a procesar las solicitudes mexicanas y todo parece indicar que, finalmente, pronto empezarán a verse los camiones mexicanos circulando en la Unión Americana.

El caso del Azúcar. El cuarto caso para el cual se solicitó un panel del Capítulo 20 del TLCAN, pero no se ha procedido a la integración del mismo, involucró un asunto aún más polémico que el relativo al autotransporte. El caso, sobre la interpretación de las disposiciones que rigen las importaciones de Estados Unidos de azúcar de México, se podría pensar mejor como meramente una continuación en otro foro de una lucha política intensa, una que empezó durante la negociación del TLCAN, siguió durante el esfuerzo por aprobar el acuerdo en el Congreso de Estados Unidos, y se desbordó durante los primeros años de la implementación del Tratado.

Para entender la disputa es necesario comprender la compleja economía política del azúcar y su sustituto cercano, el jarrabe de maíz de alta fructuosa (JMAF). Los productores estadounidenses de azúcar han figurado, por mucho tiempo, entre las industrias más subsidiadas y protegidas, reflejándose en ello la fuerza política concentrada de los agricultores de caña de azúcar tanto en Florida como en Luisiana y, en menor grado, la de los cultivadores de remolacha azucarera en los estados nortños. Como resultado de dicha protección, los precios del azúcar en Estados Unidos son considerablemente más elevados que en otros lugares del mundo. En parte debido a su precio

elevado, el azúcar ha perdido mucho de su participación en el mercado por los edulcorantes de maíz, que son más baratos y un sustituto lo suficientemente cercano para la mayor parte de los propósitos, entre los cuales destaca el endulzamiento de los refrescos azucarados.

Con anterioridad al TLCAN, Estados Unidos restringía varias importaciones de azúcar mediante un sistema de cuotas. La cuota anual de México ascendía a sólo 7200 toneladas por año, una cantidad muy reducida. Dado que México consumía mucho más azúcar que lo que producía, pese a ser un productor importante del mismo, la cuota pequeña históricamente no había significado mucho. En el TLCAN, Estados Unidos aceptó una fórmula complicada según la cual las importaciones de México a Estados Unidos crecerían de 7200 toneladas a 25 000 toneladas por año en el curso de los primeros seis años del acuerdo, pasarían a incrementarse fuertemente a 150 000 en el año 2000 y, a partir de entonces, registrarían un aumento adicional de 10% anual.

Sin embargo, si México se convirtiere en un exportador neto de azúcar en el curso de dos años consecutivos, medido como la producción de azúcar menos el consumo del mismo, sus exportaciones a Estados Unidos podrían exceder los máximos hasta una cantidad que fuere igual al excedente neto.

Obviamente, la cuestión versaba sobre si acaso México permanecería como un importador neto o si habría de convertirse en un exportador neto después del TLCAN. La complicación estribaba en que, conforme a los términos del Tratado, México estaría abriendo, por primera vez, sus mercados a los edulcorantes de maíz. En concreto, si en México los productores nacionales de refrescos cambiaran a los edulcorantes de maíz importados de precio más barato, el país podría repentinamente registrar un excedente sustancial de azúcar. En ese caso,

tendría el derecho a exportar virtualmente cantidades ilimitadas de azúcar, libre de arancel aduanero, hacia Estados Unidos.

Esta posibilidad la tuvieron muy presente los negociadores, quienes en general pensaban que la idea de un intercambio del edulcorante de maíz por el azúcar era justamente el tipo de beneficio comercial que se buscaba obtener de los acuerdos de libre comercio. Según señaló un asesor de alto nivel del gobierno de México, “cada lado estuvo utilizando al otro para hacer lo que de todos modos deberían estar haciendo”.³⁴

Sin embargo, el cabildo azucarero de Estados Unidos correctamente consideró que el acuerdo representaba una amenaza significativa y se movilizó para que se revisaran los términos del mismo. A principios de 1993, en los primeros meses de la administración del presidente Clinton, encontraron que el nuevo representante comercial de Estados Unidos, Mickey Kantor, estaba dispuesto a escuchar. En opinión de Kantor, la posibilidad de que se diera una sustitución del azúcar por el edulcorante de maíz fue un descuido en las negociaciones que había que remediar. Los mexicanos objetaron enérgicamente, rechazando la idea de que hubo algún tipo de descuido. “Por supuesto que pensamos en la fructuosa”, recordó el entonces titular de la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial (Secofi) del gobierno de México, Jaime Serra.³⁵ México insistió en que el acuerdo debía quedar como había sido originalmente negociado.

Conforme se fue acercando la fecha de votación del TLCAN en el otoño de 1993, se hizo cada vez más evidente que la votación en la Cámara de Representantes de Estados Unidos iba a ser muy reñida y que cada voto contaría. En este contexto, la votación de las delegaciones de Florida y de Luisiana resultaría de crucial importancia. Los legisladores de ambos estados

³⁴ Frederick Mayer, *Interpreting NAFTA. The Science and Art of Political Analysis*, Nueva York, Columbia University Press, 1998, p. 138.

³⁵ *Idem.*

productores de azúcar explicaron claramente que el precio de su voto consistía en una modificación de la disposición sobre el azúcar. Los asesores políticos de México en Washington, muy atentos al conteo de votos, transmitieron su evaluación sobre la necesidad de aceptar alguna concesión en los términos relativos al azúcar a fin de ganar dichos votos y así asegurar la aprobación del TLCAN.

Bajo estas fuertes presiones políticas, los negociadores de México discretamente aceptaron un nuevo entendimiento, expresado en la forma de un intercambio de cartas convenio entre el representante comercial de Estados Unidos, Mickey Kantor, y el secretario de la Secofi del gobierno de México, Jaime Serra, según las cuales se incluyó el consumo mexicano de JMAF para fines del cálculo de la situación del excedente neto de producción de México, reduciéndose así de manera considerable las probabilidades de que este último pudiera ser clasificado como un exportador neto de azúcar.³⁶

Con ello, era mucho más posible que resultaran vinculantes los topes de 25 000 toneladas por año para los primeros seis años y de 150 000 toneladas por año a partir de 2000. La carta convenio paralela estableció asimismo un tope global de 250 000 toneladas por año sobre el volumen de acceso libre de aranceles aduaneros en caso de que México alcanzara la situación de registrar un nivel de excedente neto en su producción. Las cartas no se hicieron públicas ni tampoco formaron de manera oficial parte del TLCAN tal y como éste fue sometido a las legislaturas de México y Estados Unidos para su votación.

A raíz de la entrada en vigor del TLCAN, se registró un aumento acelerado de las exportaciones de Estados Unidos del edulcorante de maíz a México en la medida en que las empresas embotelladoras de refrescos y otras industrias elaboradoras

³⁶ La nueva medida fue: *producción de azúcar*–(*consumo de azúcar*+*consumo de JMAF*).

de alimentos sustituyeron la sacarosa por la fructuosa. La rápida y dramática sustitución del azúcar por fructuosa, aunada a los límites sobre la capacidad de los productores mexicanos de azúcar para exportar a Estados Unidos, provocó una crisis en la industria azucarera de México. Los ingenios azucareros mexicanos, acostumbrados a vender su producto a precios elevados y a un mercado protegido, se encontraron agobiados de deudas. Los agricultores mexicanos de caña de azúcar se dirigieron a la ciudad de México.

Ante las presiones ejercidas tanto por los agricultores como por los ingenios, el gobierno del presidente Ernesto Zedillo trabajó en dos frentes. Primero, buscó negociar una cuota mayor para sus exportaciones de azúcar mediante la amenaza de impugnar la legitimidad de las cartas en un procedimiento del Capítulo 20. Argumentó que, como no habían formado parte del expediente formal sobre el cual ninguna de las legislaturas, ni la de México ni la de Estados Unidos, había negociado, y que eran compromisos que habían sido contraídos de forma un tanto en secreto por el ex presidente de México (ahora desacreditado), no tenían vigencia, e insistió en que debería aplicarse el acuerdo original sobre el azúcar. El 12 de marzo de 1998, México invocó el Capítulo 20 y pidió la realización de consultas con Estados Unidos. Sin embargo, como no se logró llegar a un acuerdo mediante consultas, el 15 de noviembre, con la anuencia de México, la Comisión no se reunió en tanto los dos países trataban de llegar a una solución negociada.³⁷

En un segundo frente, México buscó limitar las importaciones del JMAF procedentes de Estados Unidos. En enero de 1998, luego de que una dependencia mexicana concluyó que el edulcorante de maíz de Estados Unidos se estaba vendiendo en México a precios inferiores a los del mercado, este último impu-

³⁷ USDA, Economic Research Service, *Agricultural Outlook*, septiembre de 1999, pp. 17-18.

so derechos antidumping a las importaciones de JMAF originarias de Estados Unidos. La Asociación de Refinadores de Maíz de este país interpuso una queja a la Oficina del Representante Comercial del Gobierno de Estados Unidos, la cual inició un caso antidumping en contra de México en el marco del Capítulo 19 del TLCAN y, poco tiempo después, inició un procedimiento similar, asimismo en contra de México, en el marco de la OMC.

No han tenido mucho éxito los esfuerzos realizados por México orientados a limitar las importaciones de JMAF. Después de muchas demoras, el panel de la OMC emitió un fallo en contra de México en junio de 2000. Determinó que los derechos antidumping que impuso a las importaciones de JMAF originarias de Estados Unidos no eran aceptables en virtud de la insuficiente consideración que había dado a los efectos de las importaciones de JMAF sobre la industria azucarera. La decisión del panel fue confirmada por la OMC el 22 de octubre de 2000, después de que México la apeló. Esta decisión fue posteriormente reforzada por la del panel del Capítulo 19 del TLCAN, el cual dictaminó, el 10 de octubre de 2001, que la Secofi no había demostrado adecuadamente la existencia de amenaza de daño respecto a las importaciones. En diciembre, el Congreso de México, frustrado por las determinaciones emitidas en contra de los derechos antidumping, aprobó una legislación que impuso un nuevo impuesto sobre todos los refrescos que utilizaran JMAF. Presionado por Estados Unidos, el presidente Fox rescindió el impuesto, una medida que más tarde fue impugnada ante los tribunales mexicanos y que a la postre la Suprema Corte consideró inconstitucional. Sin embargo, en una decisión posterior, la Corte también concedió amparo a los productores de JMAF.³⁸

³⁸ USDA, Economic Research Service, *Sugar and Sweeteners Outlook/SSS-233/31* de enero de 2002, p. 7.

De igual manera no prosperó el esfuerzo realizado por México orientado a negociar una mayor cuota de azúcar con Estados Unidos. Años de negociaciones han arrojado pocos resultados. Guillermo Beltrán, director general de la Cámara Nacional de las Industrias Azucarera y Alcoholera de México, resumió la perspectiva mexicana: “Lo que Estados Unidos está ofreciendo es esencialmente que ellos pueden enviar más fructuosa a nuestro país, pero que nosotros debemos exportar lo menos posible de azúcar”.³⁹

Así las cosas, en agosto de 2000, México solicitó formalmente por escrito el establecimiento de un panel arbitral del TLCAN. Estados Unidos se mostró reacio a aceptar la solicitud, y México retrocedió. En diciembre de 2001, México amenazó con buscar una mediación internacional si Estados Unidos no aceptaba el establecimiento de un panel arbitral en concordancia con las disposiciones del Tratado dentro de los 180 días siguientes a la entrega de su solicitud. El entonces secretario de Economía del gobierno de México, Luis Ernesto Derbez, señaló: “El TLCAN afirma claramente que tenemos el derecho a exportar nuestro sobrante de azúcar después de haber registrado dos años, y en este caso tres años, un excedente en la producción del mismo, razón por la cual nuestra postura va a ser de que es necesario que se instituya un panel para solucionar esto”.⁴⁰

Hasta la fecha, sin embargo, aún no se ha procedido a la integración de un panel y el caso dista mucho de quedar resuelto. Obviamente, no es posible decir si, a la postre, el Capítulo 20 solucionará la disputa. Pero la pauta es bastante similar a la del caso del autotransporte de carga, en donde la intensidad

³⁹ Maja Wallengreen, “Sugar Spat; more than just Sugar is at Stake as a Mexico/U.S. Trade Dispute threatens to Spread”, en *Business Mexico*, 1 de octubre de 2000.

⁴⁰ EFE News Service, *Global News Wire*, “Mexico to turn to Mediation over Sugar Conflict with the U.S.”, 6 de diciembre de 2001.

de las presiones políticas internas hizo que los gobiernos se cuidaran mucho de efectivamente llevar el asunto a un panel del TLCAN. En este caso, las presiones políticas, que desde un principio complicaron las negociaciones, continúan frustrando la resolución de este conflicto, y demuestran los límites del proceso legal internacional establecido por el TLCAN.

Capítulo 19

En cuanto al Capítulo 19, como era de esperarse, dadas las preocupaciones de México y Canadá acerca de las leyes de remedios comerciales de Estados Unidos, en la primera década del TLCAN, ha habido un gran número de decisiones de las autoridades nacionales de aquel país que han llevado a ambos países y sus sectores privados a solicitar la integración de paneles binacionales para revisarlas y decidir sobre su legalidad. Si bien los paneles que se han conformado no se han limitado a revisar decisiones de las autoridades estadounidenses sino también de autoridades canadienses y mexicanas, la gran mayoría se ha referido a investigaciones de Estados Unidos.

Como puede observarse en el Cuadro 1, desde la entrada en vigor de TLCAN en enero de 1994 y hasta agosto de 2004, se han solicitado 61 revisiones de decisiones de las autoridades administrativas de Estados Unidos, por parte de industrias o los gobiernos de Canadá o México. Por su lado, los productores o gobierno de Estados Unidos han solicitado 18 y 11 revisiones de autoridades de Canadá y México, respectivamente. A su vez, Canadá o sus productores han solicitado tres revisiones de decisiones de autoridades de México, y México y sus productores dos revisiones de autoridades de Canadá. En suma, para agosto de 2004, se había solicitado un total de 95 revisiones ante paneles binacionales.

Cuadro 1

Paneles binacionales de revisión integrados de acuerdo con los términos del Capítulo 19 del TLCAN (1994-2004)

Revisiones de decisiones de:	Total de paneles	Solicitados por productores y/o gobiernos de Canadá	Solicitados por productores y/o gobiernos de Estados Unidos	Solicitados por productores y/o gobiernos de México
Autoridades administrativas de Estados Unidos	61	28	0	33
Autoridades administrativas de Canadá	20	0	18	2
Autoridades administrativas de México	14	3	11	0
Total	95	31	29	35

Fuente: NAFTA Decisions and Reports, en <http://www.nafta-sec-alena.org/english/decisions/fta/index.htm>.

La revisión por paneles binacionales puede resultar en que el fallo de la autoridad en cuestión sea ratificado, o le sea devuelto para que la autoridad haga modificaciones a la decisión, o concluido (generalmente, por la acción de las partes en disputa).⁴¹

⁴¹ De acuerdo con la fracción 8, del artículo 1904, del TLCAN, los paneles están facultados para devolver la resolución de una instancia “con el fin de que se adopten medidas no incompatibles con su decisión”. La devolución puede ir desde la simple solicitud de información sobre la resolución de la agencia, hasta una impugnación sustantiva de dicha resolución. En los datos agregados que aquí presentamos, la devolución puede interpretarse como un cierto grado de injerencia en la resolución de la autoridad, pero no podemos deducir la magnitud de dicha injerencia. Más aún, en ciertos casos, los paneles dispusieron más de una devolución; sin embargo, en los datos que presentamos sólo se registra la primera.

Los paneles no tienen facultades legales para anular directamente en una primera decisión la acción que haya aplicado una autoridad. En el caso de que no puedan confirmar o ratificar el veredicto de una autoridad, tienen el mandato de “devolverla a la autoridad con el fin de que se adopten medidas no incompatibles con su decisión”.

Cuadro 2

Resultados de las revisiones ante los paneles integrados de acuerdo con los términos del Capítulo 19 del TLCAN (1994-2004)

Revisiones de decisiones de:	Total de paneles	Confirmadas	Devueltas	Concluidas	Pendientes de resolución
Autoridades administrativas de Estados Unidos	61	3	13	22	23
Autoridades administrativas de Canadá	20	11	2	6	1
Autoridades administrativas de México	14	2	6	5	1
Total	95	16	23	31	25

Fuente: NAFTA Decisions and Reports, en <http://www.nafta-sec-alena.org/english/decisions/fta/index.htm>.

Como puede observarse en el Cuadro 2, de los casos resueltos por paneles binacionales, la gran mayoría de los fallos contra autoridades estadounidenses (casi 80% de ellos) terminaron en la devolución de la determinación a la autoridad, mientras que en el caso de autoridades canadienses, la mayoría de los fallos de los paneles (80%) ratificaron la determinación de la autori-

dad. En lo que toca a México, la tasa de devoluciones, al igual que en el caso de Estados Unidos, es muy alta y un gran porcentaje, tres cuartas partes, terminó en devolución para la autoridad, lo que sin duda expresa las dificultades que ha tenido el país para adaptarse a los sistemas de antidumping e impuestos compensatorios de sus dos socios.

Lo que es importante resaltar es que la mayoría de los casos devueltos ha dado por resultado la reducción de las cuotas antidumping y, en algunos casos, de manera sustancial.⁴² De hecho, en tres de ellos la decisión del panel dio como resultado la eliminación total de la cuota antidumping.⁴³ Asimismo, que en su mayor parte (80%), los casos han sido decididos por unanimidad y, los demás, por mayoría integrada por miembros de ambas nacionalidades. Ninguno hasta ahora se ha dividido por nacionalidad.

Capítulo 11

A diferencia del Capítulo 19 en el que se ha presentado un gran número de casos decididos por paneles binacionales, en el caso del Capítulo 11, y luego de un arranque lento, a finales de 2004 se habían iniciado 34 casos ante el mecanismo de resolución de

⁴² En los casos de Prendas de Vestir de Cuero provenientes de México, USA-94-1904-02, como resultado de las instrucciones del panel, se eliminaron totalmente las cuotas antidumping para dos de los exportadores mexicanos. En los de Flores Frescas provenientes de México, USA-95-1904-05, y de Importaciones de Cemento Pórtland y Clinker, originarias de los Estados Unidos Mexicanos, Caso: USA-MEX-97-1904-02, los márgenes de la cuota antidumping fueron reducidos de 34% a 14%; y de 74% a 45%, respectivamente.

⁴³ En los casos de las importaciones de placa en hoja originarias de los Estados Unidos de América, Caso: MEX-9-1904-024; las importaciones de Jarabe de Maíz de Alta Fructuosa, originarias de los Estados Unidos de América, Caso: MEX-USA-98-1904-01, y de Certain Softwood Lumber Products from Canada, USA-92-1904, Second Panel decision, Dec. 17.993, implicando en el último de los casos un reembolso a los exportadores equivalente a 1000 MDD.

disputas sobre inversión del TLCAN (véase el Cuadro 3), 14 de los cuales se iniciaron contra el gobierno de México, 9 contra el gobierno de Canadá y 11 contra el gobierno de Estados Unidos.

Cuadro 3

Relación de casos del Capítulo 11 (1994-2004)

Parte demandante	Parte demandada	Resolución
Ethyl Corp (EUA)	Canadá	Resuelto por convenio fuera del arbitraje entre las partes, con el pago de una indemnización de 13 millones de dólares (MDD) a Ethyl. En forma paralela al arbitraje bajo el TLCAN, se había presentado una queja con base en el Acuerdo Canadiense de Comercio Internacional y la decisión fue desfavorable a la medida federal.
Azinian <i>et al.</i> (EUA)	México	El Tribunal Arbitral rechazó la reclamación.
Metalclad (EUA)	México	El Tribunal Arbitral determinó una indemnización de 16 685 000 dólares con base en el valor de la inversión. La Suprema Corte de la Columbia Británica anuló parcialmente el laudo bajo el argumento de que el Tribunal Arbitral excedió su competencia al sustentar su laudo en principios de transparencia que no se encuentran en el Capítulo 11.
Waste Management I (EUA)	México	El Tribunal Arbitral apoyó la objeción de México respecto de la jurisdicción y desechó la reclamación.
Waste Management II (EUA)	México	El Tribunal Arbitral resolvió a favor del gobierno mexicano.
S. D. Myers (EUA)	Canadá	El Tribunal Arbitral otorgó a Myers una indemnización equivalente al valor de sus pérdidas. Los tribunales nacionales revisan actualmente el caso en un procedimiento de anulación.

Sun Belt Water (EUA)	Canadá (Columbia Británica)	El caso está suspendido y es poco probable que prosiga.
Pope and Talbot (EUA)	Canadá	El Tribunal Arbitral rechazó gran parte de la demanda, pero encontró que Canadá violó el artículo 1105 con base en la verificación y revisión de un procedimiento administrativo. Se ordenó a Canadá a pagar 461 566 dólares al inversor.
Methanex (Canadá)	EUA (California)	En curso. Se encontró que la reclamación no cumplía con los requisitos del artículo 1101(1) y se invitó a Methanex a presentar de nuevo la querrela. Methanex la presentó corregida en noviembre de 2002.
Ketchum (EUA)	Canadá	No prosiguió.
Halchette (EUA)	México	No prosiguió.
Signa (Mexico)	Canadá	No prosiguió.
CEMSA (EUA) (Feldman Karpa <i>et al.</i>)	México	El Tribunal Arbitral encontró que México había violado el artículo 1102 y determinó una indemnización por el monto de 1.7 MDD.
Loewen (Canadá)	EUA (Misisipí)	El Tribunal Arbitral desechó la reclamación por completo al determinar que carecía de jurisdicción sobre el caso, toda vez que la empresa reclamante transfirió sus derechos sobre la reclamación a una empresa estadounidense.
UPS (EUA)	Canadá	El desafío jurisdiccional presentado por Canadá fue exitoso y el Tribunal Arbitral le pidió al inversor que presentara una querrela modificada.
Mondev (Canadá)	EUA (Boston)	La decisión final rechazó la reclamación por completo.
ADF (Canadá)	EUA	La decisión final rechazó la reclamación por completo.
Trammel Crow (EUA)	Canadá	No prosiguió.
Crompton (EUA)	Canadá	En curso.

Robert E. Frank (EUA)	México	En curso.
Canfor (Canadá)	EUA	En curso.
Fireman's Fund (USA)	México	En curso.
GAMI Investments (USA)	México	En curso.
Doman Industries Ltd. Canada	EUA	En curso.
Tembec Corporation. Canada	EUA	En curso.
Canfor Corp. Canada	EUA	En curso.
Kenex Ltd. Canada	EUA	En curso.
Corn Products International U. S.	México	En curso.
Archer Daniels Midland Co. and A. E. Staley Manufacturing Co. U. S.	México	En curso.
Canadian Cattlemen for Fair Trade (CCFT). Canada	EUA	En curso.
North Alamo Water Supply Co. U. S.	México	En curso.
International Thunderbird Gaming Corporation. Canada	México	En curso.
Calmark Commercial Development Inc. U. S.	EUA	En curso.
Francis K. Haas, U. S.	México	En curso.

De estos 34 casos, 10 se han decidido por parte de tribunales arbitrales, 5 de los cuales se iniciaron en contra del gobierno de México,⁴⁴ 2 en contra del gobierno del Canadá⁴⁵ y 3 en contra del gobierno de Estados Unidos.⁴⁶ Otro de los 10 casos contra Canadá fue resuelto por convenio entre el gobierno canadiense y un inversionista estadounidense.⁴⁷ Cinco casos han sido retirados y 19 siguen pendientes de resolución.

Las decisiones de los tribunales arbitrales a favor de inversionistas quejosos han implicado hasta la fecha pagos equivalentes a 35 millones de dólares (MDD), lo cual representa una suma muy pequeña en comparación con las pretensiones de los demandantes, ya que en promedio representa 11% de la suma original demandada. En un caso extremo, en el de Pope & Talbot, el fallo representó 0.5% de la suma original demandada. Con todo, hasta ahora, la experiencia del proceso demuestra que los inversionistas han podido forzar a los gobiernos a cumplir con las obligaciones adquiridas en el Capítulo 11.

De los casos presentados, casi la mitad ha reclamado violaciones a los artículos 1102 y 1105 del TLCAN. El artículo 1102 establece que el trato que cada Parte dará a los inversionistas e inversiones de las partes será: “no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a sus propios inversionistas”. El artículo 1105 dispone que cada Parte dará, a los inversionistas del TLCAN o a sus inversiones, un nivel mínimo de trato, que será el “trato acorde con el derecho internacional, incluido trato justo y equitativo”. El tercer artículo del Tratado que, después de los dos anteriores, ha sido reclamando con ma-

⁴⁴ Estos casos fueron *Metalclad Corporation vs. Mexico*, *Azinian vs. Mexico*, *Marvin Feldman vs. Mexico*, *USA Waste vs. Mexico*, el cual fue sometido dos veces.

⁴⁵ Estos casos son *S. D. Myers vs. Canada* y *Pope & Talbot vs. Canada*.

⁴⁶ Éstos fueron los casos *Mondev International vs. United States*, *ADF Group Inc. vs. United States* y *Loewen Group vs. United States*.

⁴⁷ Éste fue el caso de *Ethyl Corporation vs. Canada*.

por frecuencia es el 1110. Mediante el mismo, los tres países acordaron no expropiar las inversiones extranjeras de los socios del Tratado excepto por causa de utilidad pública, sobre bases de no discriminación, con apego a la legalidad. Esta obligación se aplica en casos de la denominada “incautación reglamentaria” (*regulatory taking*), es decir, la acción reglamentaria del gobierno equiparable a una expropiación o a una acción de despojo obligada de sus activos.

A continuación se examinan tres de los casos iniciados en contra del gobierno de México, uno contra Canadá y otro contra Estados Unidos, para destacar cómo estas provisiones han sido utilizadas para justificar las demandas y cómo los tribunales arbitrales las han interpretado.

Metalclad

La empresa Metalclad Inc., dedicada al tratamiento de residuos peligrosos, ubicada en Newport Beach, California, fue la primera que inició un procedimiento contra el gobierno de México al amparo del Capítulo 11. Se trata, sin duda, del más complejo de los casos entablados contra el gobierno mexicano, pues involucró no sólo las políticas ambientales, sino también cuestiones relacionadas con leyes y políticas en tres niveles de gobierno.

El 2 de enero de 1997, Metalclad presentó su demanda ante un tribunal de arbitraje alegando que, a pesar de contar con la autorización previa del gobierno federal mexicano, los gobiernos de Guadalcázar y del estado de San Luis Potosí le impidieron instalar su planta de tratamiento de residuos peligrosos en el sitio llamado “La Pedrera”, en el Ayuntamiento de Guadalcázar de dicho estado. Metalclad solicitó una indemnización de 120 MDD por haberse violado los principios de trato nacional, de NMF, así como la prohibición de aplicar requisitos

de desempeño. Asimismo alegó que México había llevado a cabo actos equivalentes a una expropiación en relación con su inversión.⁴⁸

La empresa sostuvo que el gobierno federal mexicano la había invitado a invertir en el sector de los rellenos sanitarios de residuos tóxicos⁴⁹ y le otorgó todos los permisos necesarios para construir la planta. Con esas garantías, Metalclad procedió a construir lo que denominó un relleno sanitario “de punta” para desechos peligrosos. Sin embargo, cuando todo estaba listo, no lo pudo echar a andar debido, según las palabras de Metalclad, a “las acciones irracionales de diversos funcionarios estatales y municipales”. Debe señalarse que el gobierno federal tiene jurisdicción en varios sectores ambientales, como es la gestión de los residuos tóxicos, pero la zonificación compete al gobierno estatal y el otorgamiento de permisos de construcción es facultad del gobierno municipal.

Luego de más de tres años y ocho meses de litigios, que generaron más de 5000 páginas de alegatos tan sólo del gobierno mexicano, el Tribunal de Arbitraje falló a favor de Metalclad, con el argumento de que el gobierno mexicano había cometido una violación al Capítulo 11 al no permitir que la empresa pusiera en marcha el relleno sanitario que había construido por

⁴⁸ Artículos 1102, 1105 y 1110 del Capítulo 11 del TLCAN.

⁴⁹ El gobierno federal mexicano estaba interesado en promover la inversión extranjera en el tratamiento de residuos peligrosos por ser éste un sector muy poco desarrollado en México. Si bien el país genera cada año más de ocho millones de toneladas de desechos peligrosos, menos de 20% de ese volumen es tratado de una manera que no dañe el medio ambiente. En 1997 sólo había en México dos plantas para el tratamiento de desechos peligrosos. La propiedad de ambas está en su mayoría en manos de empresas extranjeras del ramo: Técnicas Medioambientales de México, ubicada en Hermosillo, Sonora, y Residuos Industriales Multiquim, S. A., que opera mayor relleno sanitario de residuos peligrosos y es propiedad de Waste Management Inc. Véase *The Wall Street Journal*, 14 de octubre de 1997.

carecer del supuesto permiso de construcción municipal.⁵⁰ El Tribunal estimó que, en virtud de que altos funcionarios del gobierno habían invitado a Metalclad a hacer la inversión y que la empresa obtuvo los permisos federales y estatales necesarios, el último requerimiento de un permiso municipal adicional constituía una violación al TLCAN. El Tribunal aceptó el alegato de Metalclad en el sentido de que había confiado en las afirmaciones de las autoridades federales para construir, sin necesidad de un permiso municipal, y que este último debía haberle sido otorgado de manera automática. También aceptó la moción de Metalclad de que la negativa a otorgarle el permiso por razones ambientales era violatoria del artículo 1105 del Tratado, y que ello, aunado a las aseveraciones del gobierno federal en las que Metalclad confió para llevar a cabo su inversión, constituían un acto equivalente a la expropiación. El Tribunal Arbitral agregó que un decreto de declaración de reserva ecológica expedido por el gobierno estatal, que incluía La Pedrera, si bien no controlaba la decisión, también constituiría un acto equivalente a la expropiación bajo el artículo 1110 del TLCAN.

México negó que los funcionarios del gobierno federal hubieran afirmado que eran suficientes los permisos federales y estatales y buscó demostrar que la empresa sabía perfectamente que era necesario obtener los permisos municipales.⁵¹

⁵⁰ El fallo se basó en dos consideraciones distintas pero, en opinión del Tribunal, relacionadas. En primer lugar, el Tribunal resolvió que el municipio no tenía autoridad para negar el permiso de construcción con base en criterios de carácter ambiental, y que sólo estaba facultado para hacerlo de haber habido fallas físicas en el diseño o la construcción del relleno sanitario. Por tanto, dado que, como justificación para negar el permiso, el municipio invocó motivos de carácter ambiental, además de los otros dos argumentos, tal decisión era improcedente.

⁵¹ El gobierno mexicano presentó evidencias de que, cuando menos dos años antes del proyecto Guadalcázar y de la presunta invitación, Metalclad ya había intentado, sin éxito, instalar un incinerador de desechos peligrosos y otras plantas para el tratamiento de dichos materiales.

En su decisión, el Tribunal consideró que México había incumplido con el deber de transparencia requerido por el TLCAN, debido a la ausencia de reglas y procedimientos claros que especificaran si, en efecto, el permiso municipal era requerido, y que describieran el procedimiento para solicitar dicho permiso. El laudo estableció que el hecho de que México no hubiera brindado un marco transparente y predecible impidió que Metalclad “recibiera un trato justo y equitativo, de conformidad con lo previsto en el TLCAN”.

México consideró que el Tribunal había excedido su competencia en la forma en que sustentó el laudo y lo impugnó en un procedimiento de nulidad. Para tal propósito sometió el caso ante la Suprema Corte de Columbia Británica de Canadá, el tribunal competente del sitio de arbitraje.⁵²

Conseguir la nulidad de un fallo es muy difícil. Es un recurso extraordinario que brindan los tribunales nacionales para impugnar un laudo sustentado en exceso de competencia o irregularidades graves en la actuación de un tribunal arbitral. La norma de revisión que utilizan los tribunales suele ser más elevada con el fin de respetar el acuerdo de las partes para arbitrar, así como el carácter predecible de la resolución de disputas en el sistema comercial internacional. Pese a lo anterior, la Suprema Corte de la Columbia Británica anuló parcialmente el fallo del caso Metalclad en el dictamen fechado el 2 de mayo de 2001. La Corte convino con México en que el Tribunal de Arbitraje primero había interpretado y aplicado las normas de transparencia del Capítulo 18 del TLCAN para concluir que la exigencia del permiso municipal y el procedimiento para solicitarlo constituían una infracción a la obligación de brindar un trato acorde con el derecho internacional (artículo 1105), cuando el Tribunal Arbitral debía aplicar únicamente las disposicio-

⁵² El fallo de un tribunal arbitral del TLCAN en materia de inversión es inaplicable en tanto esté en curso un proceso para revocarlo.

nes contenidas en el Capítulo 11. Después, el Tribunal Arbitral había utilizado esa conclusión como parte de su argumento para resolver que México había llevado a cabo actos equivalentes a una expropiación de la inversión de Metalclad sin otorgarle una indemnización (artículo 1110).

No obstante, el fallo se revocó tan sólo de manera parcial. La Suprema Corte de la Columbia Británica encontró que México aún debía impugnar correctamente los sustentos en los que se basaba el laudo de expropiación del Tribunal de Arbitraje. México no logró convencer a la Suprema Corte de que otro motivo por el cual el fallo debía ser revocado era por haberse considerado el Decreto Ambiental como un acto equivalente a la expropiación. En opinión de la Suprema Corte, la decisión del Tribunal de Arbitraje de definir el Decreto Ambiental como una medida de expropiación indirecta no excedía el alcance de la solicitud de arbitraje. El efecto práctico del fallo fue que se recalculara el monto de la indemnización a pagar.

Azinian

Los inversionistas Azinian, Davitian y Baca, accionistas de la empresa mexicana Desechos Sólidos de Naucalpan, S. A. de C. V. (Desona), iniciaron un juicio en contra del gobierno mexicano, alegando que Desona había sido indebidamente privada de una concesión para recolectar los desechos municipales, operar un relleno sanitario, construir uno nuevo e instalar una planta de energía eléctrica, concesión que le otorgara previamente el gobierno del ayuntamiento de Naucalpan, en el Estado de México. Con ello, afirmaba la empresa, se habían violado los artículos 1110 y 1105, por lo que pedía una indemnización cercana a los veinte MDD.⁵³ El nuevo gobierno del ayuntamiento de Nau-

⁵³ Azinian *vs.* The United Mexican States, ICSID Case No. ARB (AF9/97/2) (Nov.1, 1999), en <http://www.worldbank.org/icsid/cases/awrds.htm>.

calpan anuló la concesión con el argumento de que la empresa había falseado la información sobre su capacidad financiera y su competencia técnica.⁵⁴

Tras un proceso de dos años y siete meses, el Tribunal de Arbitraje emitió su fallo, en el que desechaba por completo la demanda pues los demandantes no habían logrado demostrar que se hubiera cometido una violación al TLCAN o a alguna otra legislación internacional. En su razonamiento para rechazar la demanda, el Tribunal destacó que el TLCAN no prevé que los inversionistas puedan recurrir al arbitraje internacional por motivo de violaciones contractuales,⁵⁵ y consideró que la evidencia que proporcionó el gobierno de México había sido “suficiente para despejar cualquier duda con respecto a la *bona fides* de los jueces mexicanos”.⁵⁶ Al señalar que la disputa se había presentado ante los tribunales nacionales de México, el panel determinó que “no es posible inculpar a una autoridad gubernamental por actuar de una manera sancionada por sus tribunales, a menos que en el plano internacional se desconozca a dichos tribunales”.⁵⁷ Por último, si bien el Tribunal admitió que el gobierno mexicano había sido objeto de muchas contrariedades, decidió que cada parte tendría, no obstante, que asumir sus gastos.⁵⁸

⁵⁴ Debemos señalar que, si bien los demandantes impugnaron la anulación de la concesión ante los tribunales mexicanos, éstos ratificaron la anulación.

⁵⁵ El Tribunal señaló que si un inversionista originario de un país miembro del TLCAN “establece una relación contractual con una autoridad pública y es objeto de una infracción por parte de dicha autoridad, no siempre está autorizado para presentar una demanda bajo los términos del TLCAN [... dado que el Tratado] no tiene el propósito de brindar a los inversionistas extranjeros una salvaguardia contra este tipo de contrariedades”. Véase Fallo, § 83.

⁵⁶ *Ibid.*, § 103.

⁵⁷ *Ibid.*, § 97.

⁵⁸ El Tribunal tomó en consideración varios motivos para no asignar una indemnización al gobierno mexicano, el más importante de los cuales fue, al parecer, lo novedoso del mecanismo, que ofrecía causales desusadas a los demandantes. Véase Fallo, § 126.

Waste Management Inc. (Acaverde)

Una de las compañías más importantes de Estados Unidos en el sector de la recolección y procesamiento de basura, Waste Management Inc., empresa de capital público, constituida bajo las leyes del estado de Delaware, entabló una demanda tanto a nombre propio como de Acaverde, S. A. de C. V. El motivo de la demanda fue la supuesta violación a los artículos 1105 y 1110 del TLCAN, que cometiera el Ayuntamiento de Acapulco, en el estado de Guerrero, y el Banco Nacional de Obras y Servicios Públicos (Banobras), un banco de desarrollo de propiedad estatal, en relación con la concesión del servicio de recolección y tratamiento de desechos, que otorgara el Ayuntamiento de Acapulco a Acaverde, brazo de inversión de Waste Management en México. Esta última reclamaba una indemnización de 36 MDD. De acuerdo con la concesión, el gobierno municipal debía permitir que la empresa realizara el servicio de limpieza de las calles de la ciudad y tenía que otorgarle el permiso para construir un relleno sanitario. La empresa argüía que, si bien había efectuado el servicio de limpieza, no había recibido pago alguno por ello, y que se le había obligado a abandonar las inversiones millonarias en dólares que había hecho en el diseño y desarrollo del relleno sanitario. La demanda se rechazó por falta de jurisdicción, a raíz de la impugnación que presentó México contra la competencia del Tribunal del TLCAN.⁵⁹ Sin embargo,

⁵⁹ El Tribunal decidió que carecía de jurisdicción para conocer del asunto, pues el demandante no había cumplido con una condición esencial para solicitar que su demanda se sometiera ante un tribunal arbitral conforme al artículo 1122 del Capítulo 11. El artículo en cuestión señala que un inversionista podrá someter su demanda a arbitraje *solamente* si conviene en que el arbitraje se realice conforme a las disposiciones del TLCAN, y *solamente* si renuncia a su derecho a recurrir a otros procedimientos de resolución de disputas, sean de nivel local u otros. Waste Management, no obstante, estaba participando en un arbi-

Waste Management volvió a presentar su demanda ante un tribunal arbitral del Tratado.

Un segundo tribunal arbitral decidió también rechazar las pretensiones de Waste Management al considerar que, aunque en efecto el municipio de Acapulco había incumplido sus obligaciones de pago por los servicios de limpieza que éste había efectuado en el Puerto de Acapulco, el incumplimiento se había debido a la crisis financiera de 1995 que repercutió en la falta de liquidez del municipio. Además, el Tribunal reconoció que el municipio había intentado aplicar el reglamento de limpia, pero que los residentes de Acapulco desconocían acerca de la concesión y no estaban acostumbrados a pagar por estos servicios. En lo que respecta a Banobras, el Tribunal estableció que la garantía que había establecido era limitada y exclusiva para proveer liquidez y no un mecanismo de pago continuo.

Los anteriores razonamientos llevaron al Tribunal a concluir que la falta de pago es un incumplimiento de contrato y no una violación al nivel mínimo de trato de acuerdo con el derecho internacional consuetudinario, así como tampoco puede considerarse una medida expropiatoria ya que una cosa es expropiar y otra incumplir. El Tribunal añadió que el TLCAN no puede volverse un foro para dirimir controversias contractuales, pues se convertiría en un mecanismo de cobranza de deudas, ni tiene como objetivo indemnizar los emprendimientos comerciales que fracasen, derivados de las altas expectativas de los firmantes.

traje privado y en un procedimiento judicial ante los tribunales mexicanos. Por tanto, no se cumplía con el requisito de la renuncia y con la anuencia por parte del inversionista demandante de atenerse a las disposiciones sobre arbitraje del TLCAN. Al carecer de un acuerdo en materia de arbitraje, el Tribunal no tenía competencia para conocer del caso y, por tanto, denegó la demanda.

Ethyl

En 1997 Canadá aprobó la Ley sobre Aditivos para Gasolina a base de Manganeso, que prohibía el comercio entre provincias y la importación a Canadá del producto llamado MMT, un aditivo diseñado para incrementar la eficiencia de la gasolina sin plomo para automóviles. La empresa estadounidense Ethyl lo producía, y una subsidiaria de ésta lo distribuía en todo el territorio canadiense. Los fabricantes de autos alegaban que el MMT afectaba el funcionamiento de los catalizadores obligatorios en los automóviles para el control de la contaminación, pero Ethyl refutó la acusación.⁶⁰ El gobierno canadiense sostuvo que la Ley era una medida de protección ambiental, pero no pudo demostrar que el MMT fuera peligroso, además de que la Ley misma sólo prohibía el comercio de este producto, pero no su producción y distribución en el comercio intraprovincial.⁶¹ Podía afirmarse que la Ley autorizaba o incluso alentaba a Ethyl a instalar plantas de producción en cada una de las provincias canadienses como una forma para abastecer a este mercado.

Ethyl recurrió al mecanismo de arbitraje del Capítulo 11 del TLCAN para demandar al gobierno canadiense, alegando que la Ley de ese país constituía una infracción al deber de otorgarle trato nacional y una acción “equiparable a una expropiación”, de acuerdo con la fracción 1, del artículo 1101, del TLCAN. A su vez, el gobierno canadiense argüía que el Tribunal carecía de

⁶⁰ Julie Soloway observa: “Lo que realmente está en el fondo de ésta es definir qué industria [i.e., las empresas automotrices canadienses o las fabricantes estadounidenses de aditivos para gasolina] asumirá los costos tecnológicos necesarios para cumplir con las continuas demandas políticas relativas a la reducción de las emisiones”. Véase J. Soloway, “Environmental Regulation as Expropriation: The Case of the NAFTA’s Chapter 11”, en *Canadian Business Law Journal*, vol. 33, 2000.2000, pp. 92 y 114.

⁶¹ Alan Swan, “Ethyl Corporation v. Canada, Award on Jurisdiction (under NAFTA/UNCITRAL)” 94, AM. J. INT’L. 159, 159 (2000).

competencia, pues el Capítulo 11 sólo atañe a leyes directamente relacionadas con la inversión (como la revisión de leyes sobre inversión extranjera), pero no a normas elaboradas para asuntos más generales. El Tribunal rechazó la objeción canadiense sobre la jurisdicción.

De hecho, el Tribunal nunca llegó a decidir el caso, pues las partes resolvieron la disputa por su lado, al rescindir el gobierno canadiense la Ley y pagar a Ethyl 19.3 MDD canadienses. El motivo de este proceder del gobierno canadiense fue el laudo de un panel para la solución de controversias que inició Ethyl al amparo del Acuerdo sobre Comercio Interno (ACI) de Canadá, establecido entre los gobiernos federal y provinciales del país para promover un comercio más libre dentro de sus fronteras. Dicho panel determinó que la Ley violaba el ACI, pues restringía el tránsito de productos a través de las fronteras provinciales (artículo 402) y obstaculizaba el comercio interno (artículo 403). Además, la Ley no podía acogerse al artículo 404 que preveía excepciones a lo estipulado en los artículos 402 y 403 por “objetivos legítimos”. Este fallo del panel constituyó una humillación para el gobierno federal, que siempre había respaldado al ACI, y parecía vaticinar la derrota ante el Tribunal de Arbitraje del Capítulo 11.

Loewen

La empresa Loewen constituía uno de los negocios más fuertes en América del Norte en la industria de los servicios funerales. La casa matriz de la empresa se encontraba en Vancouver, Canadá, y el socio principal, Raymond L. Loewen, es un nacional de ese país. El grupo Loewen llevaba a cabo, a principios de los años noventa, una estrategia de expansión y posicionamiento en la industria funeraria de Estados Unidos y, particularmente importante para el caso, en el estado de Misisipí.

El conflicto que originó el procedimiento judicial local materia del arbitraje internacional inició cuando el grupo Loewen adquirió la empresa funeraria de Wright & Ferguson, la más grande en el área metropolitana de Jackson. Loewen empezó a vender seguros a través de esta empresa local, no obstante que tenía un convenio de exclusividad con otra empresa local propiedad del señor O' Keefe. Esto llevó al grupo de O' Keefe a iniciar una demanda judicial por incumplimiento de contrato. Loewen y O' Keefe llegaron a un arreglo extrajudicial a través del cual este último aceptaba retirar la demanda a cambio de la celebración de tres contratos entre ambos, valuados aproximadamente en 980 000 dólares, y el intercambio de dos casas funerarias de O' Keefe con un valor aproximado de 2.5 MDD por una de Loewen con un valor aproximado de cuatro millones de dólares.

Sin embargo, el arreglo no pudo materializarse con rapidez porque los hermanos Reimann, con quien Loewen se había asociado originalmente en el estado de Misisipí, se opusieron al acuerdo. Esto llevó a O' Keefe, quien entonces se encontraba bajo presiones económicas, a iniciar una demanda contra el grupo Loewen ante los tribunales locales de dicho estado por incumplimiento del acuerdo extrajudicial, fraude y violaciones a las leyes de competencia locales.

El juicio estuvo plagado de referencias por parte de los abogados de O' Keefe a la nacionalidad canadiense del grupo Loewen y a la existencia de vínculos asiáticos, en comparación con el carácter local de O' Keefe y el servicio militar que había prestado en Estados Unidos durante la segunda guerra mundial para "combatir a los japoneses". También jugaron fuertemente con la carta racial para implicar que Loewen se rehusaría a dar servicio a la comunidad afroamericana, y que lo único que buscaba era monopolizar los servicios funerarios para luego elevar los precios. Asimismo presentaron el caso como el de una gran empresa extranjera tratando de abusar del pequeño em-

presario local comprometido con su comunidad. Es importante señalar que ocho de los 12 miembros del jurado eran afroamericanos, así como el juez y los abogados de ambas partes. El veredicto final fue en contra de Loewen. El jurado condenó a la empresa a pagar 100 MDD por concepto de daños ordinarios y 400 MDD por daños punitivos, con lo cual pasó a ser la condena de daños más alta en la historia emitida en un juicio en Misisipí.

Loewen solicitó una declaración de *mistrial* y un nuevo juicio, pero este intento fue desechado por el mismo juez Graves, quien presidió el caso. Loewen inició una apelación ante los tribunales superiores, sin embargo nunca logró reunir la fianza requerida de 650 MDD. Su solicitud de reducción del monto de la fianza fue denegada. Poco después, el grupo Loewen llegó a un arreglo extrajudicial con O' Keefe e inició el procedimiento de quiebra bajo la ley estadounidense.

El arbitraje inició el 30 de octubre de 1998 cuando fue presentada la notificación por parte de Loewen. El laudo fue emitido el 26 de junio de 2003 tras diversos escritos en relación con competencia y méritos en la controversia y la audiencia principal. El arbitraje fue instituido bajo las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI.

La reclamación del grupo Loewen ante el Tribunal Arbitral consistió principalmente en que el juicio y la negativa a la reducción de la fianza para apelar constituyeron un trato discriminatorio conforme al artículo 1102 y por debajo del nivel mínimo de trato del derecho internacional conforme al artículo 1105. Además, Loewen argumentó violaciones al artículo 1110 del TLCAN.

Estados Unidos trató de demostrar que la decisión del tribunal local así como el tono y carácter del juicio habían sido resultado de una mala estrategia legal de Loewen y no del prejuicio, favoritismo o parcialidad del jurado y del juez locales. Además, argumentó que, aun cuando no hubiera sido así, la de-

cisión del tribunal local no constituía una decisión final y que, por lo tanto, Estados Unidos no podía ser responsable de denegación de justicia conforme al derecho internacional. Ya avanzado el procedimiento arbitral, Estados Unidos introdujo una objeción a la jurisdicción del Tribunal debido a que el grupo Loewen, como parte de su reestructuración en el procedimiento de quiebra, había transferido sus derechos en el procedimiento arbitral a una empresa de nacionalidad estadounidense.

En su laudo, el Tribunal Arbitral falló a favor de la objeción de jurisdicción presentada por Estados Unidos. Así desechó por completo la reclamación del grupo Loewen sobre la base de la transferencia de los derechos derivados de la reclamación a una empresa estadounidense y la reclamación de Raymond Loewen por su incapacidad de demostrar que controlaba al grupo Loewen desde el inicio de la reclamación y hasta su reestructuración en el procedimiento de quiebra.

No obstante la decisión, el Tribunal Arbitral también incluyó en el laudo su análisis de las reclamaciones sustantivas del caso toda vez que, como explicó, cuando la última objeción a su competencia fue realizada, ya tenía prácticamente completa la decisión en los méritos de la controversia. Ésta es quizá la parte más interesante del laudo en sus aspectos legales. Sin entrar a los detalles técnicos jurídicos, el Tribunal resolvió que el procedimiento judicial al que Loewen fue sujeto no cumplió con los requisitos mínimos que demanda el derecho consuetudinario internacional en cuanto al debido proceso y la impartición de justicia a extranjeros por tribunales locales. Después de realizar un análisis detallado de lo que sucedió en el juicio local, el Tribunal Arbitral concluyó que el juez había fallado en su deber de asegurar un juicio justo para Loewen y que había rechazado en diversos momentos procesales posibilidades importantes para aclararle al jurado que debía actuar con imparcialidad, independientemente de la nacionalidad de Loewen o las refe-

rencias a cuestiones raciales. La evidencia más clara de parcialidad para el Tribunal constituyó la decisión final de daños por 500 MDD en una disputa comercial sobre la base de un contrato con valor menor al millón de dólares e intercambio de propiedades con valor aproximado de cinco millones de dólares.

Únicamente el análisis desglosado de los daños ordinarios por 100 MDD no tiene sustento alguno en los posibles daños económicos o morales ocasionados a O' Keefe, y los 400 MDD en daños punitivos sólo podrían ser explicables en la opinión del Tribunal por la predominante caracterización del caso por el demandante, con base en cuestiones de nacionalidad, raza y clase en contra de Loewen, y a las señales equivocadas o falta de instrucción en perjuicio de un juicio justo realizadas y permitidas por el juez Graves. Sin embargo, no obstante que en opinión del Tribunal Arbitral el grupo Loewen no recibió un juicio justo conforme al derecho internacional, era necesario que intentara los recursos ordinarios disponibles de apelación para poder atribuir al Estado responsabilidad internacional por denegación de justicia. En la opinión del Tribunal Arbitral, los recursos existían, no existía evidencia de que pudieran no ser eficaces, y Loewen había tomado la decisión estratégica de llegar a un acuerdo extrajudicial e iniciar un procedimiento de quiebra en vez de los recursos de apelación.

Evaluación del desempeño de los mecanismos de administración y solución de diferencias comerciales y de inversión del TLCAN

Evaluación del Capítulo 20

A primera vista, el aspecto que más llama la atención de la historia de los casos del Capítulo 20 es el reducido número de los

que han sido decididos por un panel de controversias. Para agosto de 2004, más de una década después de la entrada en vigor del TLCAN, en realidad sólo tres casos habían sido decididos por este mecanismo: dos de ellos solicitados por México en contra de Estados Unidos (*Escobas de mijo* y *Servicios de auto-transporte*) y uno presentado por Estados Unidos en contra de Canadá (*Aves y leche*). México ha solicitado un panel en otro caso en que Estados Unidos está involucrado (*Azúcar*), pero aún no ha sido establecido.

En un sentido más amplio, sin embargo, lo interesante de los casos del Capítulo 20 es el hecho mismo de que lleguen a presentarse. Este capítulo tiene como finalidad encargarse de situaciones en las que una de las partes no instrumente sus responsabilidades derivadas del TLCAN. El número limitado de casos, por lo tanto, se puede interpretar como evidencia del éxito general del acuerdo del Tratado y, en particular, de la determinación de los tres gobiernos de cumplir con lo dispuesto en el mismo. En la medida en que los gobiernos de los tres países se han interesado por mantener una relación positiva, así como por conservar el apoyo público para el TLCAN, uno esperaría de ellos que invocaren el Capítulo 20 únicamente como último recurso.

En suma, el número limitado de casos del Capítulo 20 que se han dado hasta la fecha evidencia, en parte, a qué grado los tres países han instrumentado los términos convenidos en el TLCAN. La mayoría de las controversias se resuelven mucho antes de que lleguen a un panel de disputas. El número reducido de casos refleja asimismo, en parte, la disponibilidad de jurisdicciones alternativas para la solución de controversias; entre ellas, destaca la OMC y, para el caso, otros de los procedimientos para la solución de controversias que comprende el TLCAN.

Con todo, el proceso del Capítulo 20 debe cumplir eficazmente una función sustantiva que es la de permitir la resolu-

ción de controversias que surjan de ambigüedades en los términos de alguna de las provisiones del acuerdo, y que conduzcan a interpretaciones diferentes por las partes en disputa, como fue el caso de las aves y leche entre Canadá y Estados Unidos, o cuando por razones de política interna o cualesquiera otras, una de las partes se resista a cumplir con alguna de las obligaciones del acuerdo, como ocurrió en los casos de las escobas de mijo y los servicios de autotransporte entre México y Estados Unidos. Desde esta perspectiva, el Capítulo 20 tiene una importancia crucial pues su función es asegurar el cumplimiento de las reglas negociadas por parte de los países miembro, o esclarecer las ambigüedades en los términos del acuerdo. Ésta, podemos denominarla como una función sustantiva.

¿Cómo ha cumplido el Capítulo 20 esta función sustantiva? Cuando se analiza con cuidado la experiencia de los casos presentados hasta ahora, no puede dejar de reconocerse que el balance no es enteramente satisfactorio y, de hecho, que el mecanismo está encontrando problemas para resolver asuntos de gran importancia. En efecto, de los cuatro casos en que las partes han solicitado un panel arbitral a fin de resolver una disputa en la cual una de las partes, ya sea ha adoptado medidas unilaterales o se ha rehusado a implementar sus obligaciones en el Tratado, en sólo dos, la controversia se ha resuelto mediante laudos arbitrales: en los casos de *Aves y leche* y en el de *Escobas de mijo*. Un tercero, el caso de los servicios de transporte, se encuentra, después de más de una década, en proceso de solución. En el caso del azúcar, Estados Unidos se ha negado por más de cuatro años a nombrar panelistas, con lo cual se ha impedido en la práctica la constitución del panel.

En otras palabras, el Capítulo 20 tiene problemas con los asuntos verdaderamente espinosos y de gran importancia, y requiere cambios en su diseño para superarlos. ¿Qué tipo de cambios podrían recomendarse?

Dado que el problema fundamental que ha aquejado al mecanismo ha sido el retraso o la incapacidad de nombrar al presidente o a los panelistas dentro del periodo de tiempo considerado en el TLCAN, los tres países deberían establecer una lista de panelistas permanentes similar a la establecida en la OMC, compuesta de entre siete y 11 “personas de reconocida autoridad y conocimientos probados en derecho, comercio internacional y la materia objeto del Acuerdo en cuestión”, con un nombramiento de tres o cuatro años y de entre los cuales se constituirían paneles de tres miembros.

Además, a fin de asegurar que los nombramientos se hicieran en un plazo perentorio, sería necesario que las partes utilizaran una autoridad externa a ellas para que hiciera el nombramiento del presidente y/o de los panelistas en caso de que las partes no quisieran o no pudieran hacerlo, tal como se establece en el caso del Capítulo 11, según el cual, es al secretario general del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversión (ICSID, por sus siglas en inglés), a quien se le autoriza nombrar al presidente del Tribunal Arbitral o los árbitros, si las partes no los hubieran nombrado después de un periodo máximo.

Evaluación del Capítulo 19

A diferencia del anterior, el examen del historial de los resultados de las disputas dentro del mecanismo del Capítulo 19 en la primera década del TLCAN demuestra un compromiso claro por parte de los tres gobiernos a asegurar que sus autoridades administrativas se sujeten en forma estricta a las legislaciones de remedios comerciales en sus actuaciones y a cumplir los compromisos adquiridos en el TLCAN.

En efecto, para agosto de 2004, nacionales de los tres países habían solicitado más de 95 revisiones ante paneles bina-

cionales y los paneles habían dictado decisiones bien confirmando las resoluciones emitidas por las autoridades, bien devolviéndolas para exigir correcciones en las mismas o, en caso de ausencia de justificación, exigiendo medidas no inconsistentes con sus decisiones y la legislación y el TLCAN.

El récord también demuestra que los tres gobiernos habían aceptado las decisiones finales de los paneles e implementado los cambios y enmiendas de política propuestas por ellos aunque no siempre con entusiasmo y profesionalismo. En ocasiones fue necesaria una presión adicional para resolver los asuntos y en otras la resolución de la dimensión de un asunto ha llevado al surgimiento de un conflicto en otro asunto relacionado. Sin embargo, en términos generales, los tres países han señalado su disposición para hacer una utilización plena del sistema y admitir los resultados.

En cuanto al desempeño de los paneles en el Capítulo 19, los expertos que han revisado cuidadosamente las decisiones de los mismos han estado de acuerdo en que los paneles han desempeñado sus tareas con conocimiento y profesionalismo, y sus decisiones han sido fundamentadas y consistentes, bien razonadas, y expuestas con claridad y transparencia, así como con imparcialidad, mostrando los laudos de los paneles una redacción más meticulosa y elaborada que la que se descubre en las decisiones de los tribunales nacionales a los cuales sustituyen.⁶²

Otro aspecto digno de destacar es que hasta la fecha no se ha emitido una decisión dividida por la nacionalidad de los panelistas. Más de 80% de los casos se han decidido por unani-

⁶² J. Eric Pan, "Assessing the NAFTA Chapter 19 Binational Panel System: An Experiment in International Adjudication", en *Harvard International Law Journal*, vol. 40, primavera de 1999, y David Gantz, "Resolution of Trade Disputes under NAFTA's Chapter 19: The Lessons of Extending the Binational Panel Process to Mexico", en *Law and Policy in International Business*, vol. 29, núm. 3, 1998.

midad, y el restante 20% ha involucrado mayorías compuestas por panelistas de ambas nacionalidades.

Desde cualquier perspectiva, el proceso ha demostrado un alto nivel de profesionalismo e imparcialidad y, pese a que se han presentado algunos casos de gran importancia económica y de alto relieve político, también ha demostrado ser capaz de resolverlos con base en principios de legalidad y no por presiones o motivaciones políticas.

En suma, el Capítulo 19 ha demostrado su utilidad de reducir las tensiones transfronterizas en el área controvertida de las disputas sobre prácticas desleales comerciales. Ha forzado a las autoridades de los tres países a operar dentro del ámbito de la ley y, en cuanto a las industrias a favor del proteccionismo, ha reducido su capacidad de ejercer presión sobre las autoridades administrativas para favorecer sus intereses.

Sin embargo, pese a estas virtudes, no puede dejar de reconocerse que el mecanismo del Capítulo 19 ha enfrentado un problema fundamental que a últimas fechas ha llegado a adquirir el potencial de constituirse en una crisis grave, especialmente en las relaciones entre México y Estados Unidos. Este problema tiene que ver con la creciente dificultad que han tenido ambos países en llevar a cabo el procedimiento de revisión de los paneles en el periodo contemplado en el Capítulo 19, es decir 315 días.

Como se mencionó antes, a la fecha existen 23 casos pendientes de revisión ante paneles por quejas presentadas tanto por Canadá como por México, de los cuales 19 de las mismas correspondían a solicitudes mexicanas que se han presentado ya en algunos casos por más de dos o tres años. Esta situación señala que los países han tenido una creciente dificultad para identificar panelistas que cumplan con los requisitos establecidos por el TLCAN.

Por consiguiente, los dos países deberían considerar seriamente la creación de una lista permanente de panelistas a la cual recurrir regularmente a través de un proceso automático, en el mismo sentido en que se sugirió para la resolución del problema de constitución de paneles en el caso del Capítulo 20.

Evaluación del Capítulo 11

En términos generales, las evidencias que se desprenden de nuestro análisis señalan que el mecanismo de administración y solución de diferencias en materia de inversión es un mecanismo eficiente y, por tanto, efectivo para resolver las diferencias en esta materia. La experiencia hasta ahora muestra que los arbitrajes se han iniciado, se han constituido los tribunales y se han comenzado los procedimientos, sin que las partes en disputa hayan pretendido retrasar las cosas o se hayan rehusado al arbitraje. Las partes han contado con amplias oportunidades para someter sus objeciones, impugnaciones, propuestas y quejas. A la fecha, lo usual ha sido que los tribunales concedan cuatro rondas de alegatos por escrito, sobre temas sustantivos, además de permitir todas las impugnaciones jurisdiccionales y otros tipos de reclamaciones y propuestas. A diferencia de los otros mecanismos para la resolución de disputas que incluye el TLCAN, el arbitraje en materia de inversión del Capítulo 11 utiliza normas de procedimiento que existen y se aplican fuera del Tratado, y que comprenden órganos administrativos independientes —el caso del ICSID y las Reglas de Facilidades Adicionales del mismo—, o establecen formas para resolver los impasses durante la administración de un arbitraje que no depende únicamente de la buena voluntad de las partes en disputa. Esto contribuye a la conducción ágil y eficiente de los procedimientos.

Hasta ahora no se ha informado que alguna de las partes se haya negado o demorado en efectuar el pago de la indemnización ordenado por un fallo. De hecho, tenemos el caso del gobierno de México, el cual pagó la indemnización a Metalclad, o el de Ethyl, en el que el gobierno canadiense prefirió llegar a un arreglo extrajudicial con la empresa.

Sin embargo, existe otro nivel, más complejo, en el que el mecanismo de arbitraje en materia de inversión del TLCAN debe y está siendo sometido a prueba. Nos referimos a su eficacia sustantiva. ¿El mecanismo de arbitraje en materia de inversión del TLCAN está siendo eficazmente aplicado y, por tanto, está desarrollado el régimen legal de inversiones del Tratado? ¿Cómo están resolviendo las disputas los tribunales de arbitraje? ¿Cuál es el alcance de las disposiciones sobre inversión y cuál es el derecho aplicable?

Estas preguntas son importantes, pues las principales preocupaciones y críticas que se expresan actualmente en relación con el mecanismo de arbitraje en materia de inversión del TLCAN se refieren a la sospecha de que las disciplinas sustantivas del Capítulo 11 hayan sido diseñadas para interferir con el ejercicio de la autoridad gubernamental. Los artículos 1105 y 1110 del Tratado aparecen al frente de este debate. ¿Qué podemos responder a esas críticas? ¿Qué nos indica hasta ahora la lista de disputas? Antes de aclarar estas dudas, responderemos a dos de las principales críticas que se hacen al Capítulo 11; a saber, que coarta la capacidad del gobierno para adoptar políticas de protección al medio ambiente, y que las empresas y los tribunales de arbitraje interpretan de manera muy amplia las disposiciones del mismo con el fin de otorgar a los inversionistas una norma de trato que los gobiernos nunca pretendieron brindarles.

1. *El Capítulo 11 coarta la capacidad del gobierno para adoptar políticas de protección al medio ambiente, lo cual es*

contrario a las disposiciones ambientales del TLCAN. Los grupos ambientalistas de los tres países miembros del TLCAN han referido varios casos relativos al Capítulo 11 —MMT, Metalclad, Myers, Waste and Management, Azinian y Sun Belt— para demostrar la forma en que los inversionistas extranjeros pueden infringir las “regulaciones ambientales” mediante el mecanismo de resolución de disputas de dicho capítulo. Asimismo, han expresado su preocupación de que las corporaciones multinacionales (CM) vean al Capítulo 11 como un vehículo para “acabar con una legislación que no pudieron detener por medio de las vías tradicionales”.⁶³ Con todo respeto, disentimos de esa opinión.

La mayoría de los casos que se han sometido ante los tribunales del Capítulo 11 no han concernido a temas ambientales sino de manera indirecta. Más bien se han tratado de asuntos relacionados con la discriminación, para cuya solución fueron elaborados los acuerdos sobre comercio e inversión. El caso más cercano a la regulación ambiental es el de *Methanex vs. Estados Unidos*, que, sin embargo, aún está por resolverse. En cuanto a los otros casos que tocan indirectamente el tema del medio ambiente, tales como *S. D. Mayer vs. Canadá*, *Metalclad vs. México*, y *Azinian vs. México*, las cuestiones sometidas ante los tribunales se referían a la aplicación discriminatoria de las regulaciones gubernamentales, y no a la capacidad o deseabilidad de una acción del gobierno en el ámbito de la regulación ambiental. Si los gobiernos desean regular en materia de protección del medio ambiente, existe una gran va-

⁶³ Véase Michael Hart and William Dymond, “NAFTA Chapter 11: Precedents, Principles and Prospects”, en Laura Ritchie Dawson (ed.), *Whose Rights? The NAFTA Chapter 11 Debate*, Ottawa, Canada, Carleton University and Center for Trade Policy and Law, 2002, p. 154. De hecho, en noviembre de 1998, el Sierra Club, el Consejo de Canadienses, Greenpeace Canadá y el Congreso del Trabajo Canadiense pidieron a los gobiernos del TLCAN que suspendieran el caso *S. D. Myers* hasta que “se elabore un proceso adecuado” que permita manejar los casos del Capítulo 11 relacionados con el medio ambiente.

riedad de instrumentos políticos que pueden utilizarse para tal propósito. El Capítulo 11 del TLCAN no contraviene u obstaculiza dichas políticas; sólo requiere que éstas no sean aplicadas de manera discriminatoria contra los inversionistas extranjeros.

2. *Las empresas y los tribunales arbitrales interpretan de manera muy amplia las disposiciones del Capítulo 11 con el fin de otorgar a los inversionistas una norma de trato que los gobiernos nunca pretendieron brindarles.* Podría argumentarse que la intención del mecanismo de resolución de disputas del Capítulo 11 es proteger a los particulares de los países del TLCAN de una acción arbitraria y discriminatoria por parte de un gobierno miembro. Sin embargo, a diferencia del Capítulo 20, señalan los especialistas, el Capítulo 11 no ofrece una relación clara de causales por las que pueda iniciarse una acción.

La consecuencia de que no exista tal relación puede observarse en el hecho de que más de la mitad de las demandas presentadas por los inversionistas, según los términos del Capítulo 11, han apelado al artículo 1110 relativo a la expropiación, argumentando que el gobierno de un país miembro del TLCAN cometió actos “equivalentes a la expropiación”. Ahora bien, el hecho de que, según algunos autores, el Capítulo 11 no ofrezca una definición explícita de cuáles son los actos “equivalentes a la expropiación”, plantea un verdadero dilema, dado que se deja así un margen de acción muy amplio a los inversionistas del TLCAN que quieren impugnar aquellas regulaciones o políticas del gobierno huésped que consideran una violación de sus derechos, según lo establecido en el Tratado.⁶⁴

⁶⁴ Edward Graham y Christopher Wilkie, “Regional Economic Agreements and Multinational Firms: The Investment Provisions of the NAFTA”, en Hafiz Mirza (ed.), *Global Competitive Strategies in the New World Economy: Multilateralism, Regionalism and the Transnational Firm*, Boston, MacMillan, 1998, y Gary Hufbauer et al., *NAFTA and the Environment: Seven Years Later*, Washington, Institute for International Economics, 2000.

Más aún, esta falta de precisión también impone a las partes y, más importante, a los árbitros, una dificultad considerable. Dado que las disposiciones sustantivas en materia de inversión que contiene el TLCAN no constituyen definiciones estrictas y formales, sino normas laxas y flexibles que dependen de los casos y circunstancias, para poder evaluar si una medida infringió dichas normas se debe considerar cada caso en particular, tomando en consideración todas las circunstancias.

Estas circunstancias debieran incluir, en primerísimo lugar, los dos reconocidos principios de que los inversionistas extranjeros aceptan someterse a las leyes de la jurisdicción en donde llevan a cabo sus negocios, y de que todos los inversionistas deben asumir los riesgos razonables que implican sus inversiones. Este último principio incluye, o debería incluir, los riesgos de invertir en una industria sumamente regulada o peligrosa. Todas las circunstancias del caso también abarcan, entre otros, la complejidad de los regímenes normativos, las cuestiones sociales actuales, y las tensiones y conflictos naturales entre los distintos niveles de gobierno de los Estados federados. Sólo considerando de manera respetuosa y seria todas estas circunstancias del caso es posible estimar si las acciones de un gobierno no cumplieron con los criterios establecidos por las normas internacionales que estipula el TLCAN.

Bien entendido, el mecanismo de arbitraje en materia de inversión del TLCAN no es un instrumento para revisar la legalidad o legitimidad de las decisiones locales. Como lo estableció claramente el Tribunal de Azinian y el Waste Management II, no basta con convencer a un tribunal de que debe desaprobado las acciones de un gobierno o las soluciones elegidas; es preciso que se demuestre que se cometió una violación de la Sección A del TLCAN y del derecho internacional. En esta medida, ambos tribunales establecieron un criterio de revisión estricto y, en

nuestra opinión, apegado al derecho internacional y a los propósitos del mecanismo.

El peligro radica, sin embargo, en que los árbitros interpreten el Capítulo sobre inversión del TLCAN no como una forma equilibrada de proteger al inversionista extranjero contra los abusos y legitimar, a la vez, el ejercicio de la autoridad gubernamental en el contexto de sociedades muy complejas, sino como la protección última del inversionista contra la frustración y la interferencia del gobierno. En el párrafo 75 del fallo sobre el caso Metalclad, por ejemplo, el Tribunal determinó que el objetivo fundamental del TLCAN era, de acuerdo con el artículo 102(1), promover e incrementar las oportunidades de inversión transfronterizas y “garantizar la implementación adecuada de las iniciativas en materia de inversión”.

En ninguna parte del artículo mencionado se encuentra esta última frase, pero una vez que el Tribunal añadió esa frase a su razonamiento, no es difícil comprender por qué, en su opinión, la negativa a otorgar un permiso municipal de construcción y el hecho de que el gobierno federal no haya querido o podido modificar o ignorar la decisión del municipio, se asemeja a haber aplicado una medida equivalente a una expropiación. Y no es difícil entenderlo porque, de acuerdo con la premisa del Tribunal, derivada del artículo 102(1), México no dio las garantías necesarias para que la inversión de Metalclad pudiera realizarse con éxito, independientemente de las circunstancias del caso.

De igual forma, como ya mencionamos, Metalclad obtuvo un fallo favorable del Tribunal Arbitral con base en la supuesta infracción por parte de México de las disposiciones sobre transparencia que se hallan a todo lo largo del TLCAN, alegato que obligó al gobierno mexicano a solicitar con éxito la nulidad del laudo en ese aspecto.

Por todo lo anterior, y debido a las críticas y presiones de importantes grupos, los gobiernos se vieron en la necesidad de dar respuesta a estos asuntos en un documento de julio de 2001, intitulado “Clarificaciones de la Comisión de Libre Comercio en relación con el Capítulo 11 del TLCAN”. Este documento examina una de las disposiciones básicas del Capítulo 11, a saber, el artículo 1105(1), el cual prescribe el nivel de trato “justo y equitativo” y “las protecciones y seguridad plenas” que deben dispensarse a las inversiones de inversionistas del Tratado.

De acuerdo con las clarificaciones emitidas por los tres ministros de Comercio, el artículo 1105(1) “no exige un nivel de trato adicional o superior al nivel mínimo de trato a extranjeros que estipula el derecho ‘consuetudinario’ internacional”. Este aspecto también se aborda en la declaración que establece: “el hecho de que se determine que hubo una infracción de otra cláusula del TLCAN o de otro acuerdo internacional no implica que haya habido una infracción al artículo 1105(1)”. El propósito de los tres ministros de Comercio es que, mediante la adición del término “consuetudinario”, que no está incluido en este artículo, y la declaración antes citada, el nivel de trato se limite a normas de trato claramente especificadas y se excluyan las obligaciones correspondientes a otros acuerdos.

En suma, el mecanismo de arbitraje en materia de inversión del TLCAN es un instrumento eficaz para resolver las disputas sobre inversiones, porque su diseño institucional impide que haya un desequilibrio de poderes, al ofrecer a los inversionistas privados una vía de recurso directa y basada en reglas, y porque el arbitraje entre las partes pública y privada toma elementos de distintas tradiciones legales y brinda referencias y reglas procesales que rebasan el interés último de las partes en disputas.

Como hemos mostrado, los tribunales arbitrales sobre inversión del TLCAN no son sumarios; su duración es razonable y

se conducen de manera ágil, sin que ninguna de las partes en disputa retrase el proceso innecesariamente. La flexibilidad de las reglas respecto a la forma de conducir el arbitraje hace posible responder a las distintas necesidades de idioma y de otros tipos, y permite que las partes en disputa presenten claramente sus casos y sean escuchadas. Asimismo, las partes pueden hacer que estas reglas contribuyan al mejoramiento del mecanismo.

El mecanismo no está legalmente cerrado a la publicidad, la difusión pública o el escrutinio, aunque sí ofrece los niveles mínimos de confidencialidad, necesarios para la adecuada conducción de cualquier proceso legal. Las partes en disputa están autorizadas para publicar o comentar información muy rápidamente, o bien para darla a conocer a su público o a sus autoridades. En este sentido, cada Parte es responsable de la publicidad que propicia y la opinión pública de cada país es responsable de exigir información a sus autoridades. No obstante, contrario a lo que muchos detractores insinúan, el diseño institucional del mecanismo de arbitraje en materia de inversión del TLCAN no contiene entre sus rasgos el de la protección del carácter secreto de cierta información.

Por último, aunque ha habido algunos fallos en los que los tribunales arbitrales interpretaron en forma muy amplia las reglas del Tratado, también ha habido otros casos en los que los tribunales castigaron a los inversionistas quejosos por presentar una demanda, o denegaron la querrela porque el inversionista no cumplió con los requisitos del acuerdo para arbitrar. Según el derecho internacional, dichos fallos son únicamente persuasivos y sólo tendrán potestad en la medida en que puedan convencer a otros tribunales de que están sustentados de manera firme y correcta en la ley aplicable, en los hechos y en la consideración de todas las circunstancias del caso. Dado que otros fallos habrán de venir, los árbitros deben tomar muy se-

riamente en cuenta los límites institucionales del mecanismo de arbitraje sobre inversión del TLCAN, así como del derecho internacional en materia de inversión extranjera.

Pese a lo anterior, la experiencia del funcionamiento del Capítulo 11 nos ofrece la oportunidad de considerar posibles reformas al mismo a fin de mejorar su efectividad. A continuación se ofrecen algunas:

—*Transparencia.* No existe una razón de peso por la cual el mecanismo de resolución de disputas entre inversionistas y Estados no pueda estar abierto al escrutinio público y a la rendición de cuentas, en particular dado que puede darse el caso de que se presenten a litigio ante un tribunal arbitral asuntos de interés público. En su origen, el Capítulo 11 se basó en procedimientos de arbitraje sobre asuntos privados, en los cuales era conveniente observar la confidencialidad a fin de facilitar la conciliación que llevara a la resolución de la disputa. Sin embargo, dada la facultad del Capítulo 11 para abarcar asuntos que son del interés de la población general, aquellas razones deberían ser reconsideradas. Tendrían, entonces, que tomarse medidas para abrir el proceso en mayor grado de lo que propuso la Comisión del TLCAN en julio pasado.

Algunos de los asuntos que habrían de tratarse serían: cómo y en qué medida deben darse a conocer los documentos a la opinión pública; quién está facultado para asistir a los juicios; quién está facultado para intervenir ante un tribunal arbitral, entre otros. Una manera en que podrían resolverse algunos de estos asuntos sería que las partes negociaran los procedimientos que habrán de emplearse para los casos relativos al Capítulo 11, siguiendo el modelo de los procedimientos del ICSID y de la Comisión de Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL, por sus siglas en inglés), pero adaptados a los requerimientos específicos del Capítulo 11. El hecho de que se sigan tres procedimientos de arbitraje distintos —el del

ICSID, el “Mecanismo Complementario” del ICSID y el de la UNCITRAL— hace aún más confuso para la opinión pública el funcionamiento del Capítulo 11.

—*Un Secretariado independiente.* La organización actual del Secretariado, compuesto de tres pequeñas secciones nacionales y con funciones muy limitadas, podría mejorarse si se hiciera de él un organismo más independiente y mejor dotado, con un mandato más amplio y la facultad para brindar asesoría legal independiente, así como para servir a los tribunales arbitrales de los capítulos 11, 19 y 20. Si los miembros del TLCAN acuerdan tener un proceso más abierto y sustituir los procedimientos del ICSID y de la UNCITRAL por un proceso único del Tratado, sería aún más imperioso reforzar al Secretariado; hacerlo más independiente y proveerlo con los recursos necesarios.

—*Alcance del mecanismo de resolución de disputas inversionista-Estado del Capítulo 11.* En el texto de este Capítulo no está claramente determinado cuál es su alcance, lo que hace que tanto los litigantes como los tribunales arbitrales pueden interpretarlo de manera muy amplia, quizá con más creatividad de la que fue originalmente pensada. Esto no es en sí mismo negativo, pero puede ser contrario a lo que las partes pretendían. De igual forma, algunos conceptos del Capítulo 11 —e.g., en el artículo 1105, el “nivel mínimo de trato”— son muy vagos, por lo que litigantes y tribunales arbitrales cuentan con un margen de acción muy amplio para interpretarlos.⁶⁵

⁶⁵ El profesor Sir Robert Jennings, antiguo presidente de la Corte Internacional de Justicia de La Haya, envió una fuerte misiva al Tribunal Arbitral del caso Methanex, en la que expresaba su decidida objeción a la decisión de la Comisión del TLCAN, que presenta la interpretación que hizo dicho tribunal arbitral del artículo 1105. En opinión de Sir Jennings, la decisión, más que interpretar la letra del artículo, la tergiversa. Su misiva, por decir lo menos, destaca la necesidad de esclarecer algunos de los conceptos básicos del Capítulo 11. Véase la declaración de Sir Jennings en www.cyberus.ca/~tweiler/naftaclaims.html.

Las decisiones de los casos, a medida que vayan conformando precedentes convincentes, tarde o temprano llenarán este vacío, aunque tal vez lo hagan de una manera que rebase la intención original de las partes. Uno de los peligros del proceso judicial moderno es la tentación que pueden tener los tribunales arbitrales de legislar, en lugar de sentenciar, sobre todo en aquellas áreas en las que la legislación sustantiva es vaga y sujeta a interpretaciones. La mayoría de las críticas al Capítulo 11 provienen, por supuesto, de quienes están más ansiosos de hacer uso de esta tendencia en otros campos, tales como los acuerdos internacionales sobre medio ambiente y derechos humanos. Además, como lo ha señalado Anthony Van Duzer, no es inusual que las partes —o los gobiernos— redacten en los acuerdos o leyes principios muy amplios y dejen que sean las sentencias específicas a cada caso las que vayan resolviendo los detalles del alcance que se pretende dar a la ley o acuerdo.⁶⁶

Sin embargo, las partes harían bien en aprovechar la experiencia de la primera década transcurrida como base para establecer de manera más razonada el alcance y propósito del mecanismo de arbitraje inversionista-Estado. La facultad de interpretar las disposiciones del Capítulo 11 se utilizó en el caso del artículo 1105 para clarificar su alcance, y dicho ejercicio podría nuevamente utilizarse para clarificar el alcance del término “medidas equivalentes a una expropiación” del artículo 1110.

⁶⁶ Véase Anthony J. Van Duzer, “NAFTA Chapter 11 to date: The Progress of a Work in Progress”, en L. Ritchie Dawson (ed.), *op. cit.*, pp. 47-97.

Conclusiones

¿Qué podemos concluir de la experiencia que se ha tenido hasta ahora con los mecanismos de resolución de diferencias del TLCAN? En mi opinión, los resultados de los casos revisados muestran que los socios del Tratado han acordado nuevas reglas y procedimientos que han contribuido a mejorar el manejo de sus relaciones económicas.

En la medida en que Canadá, México y Estados Unidos han estado dispuestos a utilizar las reglas y procedimientos existentes, es claro que los nuevos procedimientos para la resolución de diferencias, con su carácter más vinculatorio, han contribuido a conducir de mejor manera las relaciones entre los tres países. La existencia de acuerdos internacionales no significa que no haya conflictos; sólo que se tienen mejores bases para resolverlos.

Dado que las relaciones comerciales que mantienen estos tres socios se encuentran entre las más intensas del mundo, era de esperarse —como resultó cierto— que surgirían numerosas diferencias en cuanto el TLCAN entrara en vigor. No obstante, la aplicación de reglas claras, dentro de un marco de procedimientos vinculatorios, ha garantizado que las tres partes gocen de los mismos derechos. Las reglas acordadas, no el poder político, son lo que ha determinado los resultados.

Sin embargo, la voluntad de los gobiernos para ceder el control a las reglas y procedimientos internacionales tiene un límite, como lo ilustra la duración y continuación de la saga sobre los servicios de autotransporte mexicanos, el azúcar o el impuesto al JMAF, que han perjudicado las relaciones entre México y Estados Unidos durante los últimos años.

Los casos excepcionales de los servicios de autotransporte, el azúcar o el JMAF al parecer tienen su equivalente en varios casos muy notorios en la OMC, como el de la prohibición que im-

puso la Unión Europea (UE) al comercio de carne de reses tratadas con hormonas, así como de las corporaciones exportadoras estadounidenses, que también están pendientes de resolverse, a pesar de que hubo decisiones de paneles instruyendo a ambas naciones a retirar las restricciones. Sin embargo, tanto la UE como Estados Unidos decidieron que preferían enfrentar la furia de sus socios comerciales antes que la de sus electorados, por lo que no adoptaron las acciones necesarias para implementar el fallo de los paneles de la OMC.

En suma, durante el último decenio se hicieron muchos progresos en cuanto a incluir en los acuerdos internacionales mejores reglas y procedimientos para resolver las diferencias, pero las reglas y procedimientos internacionales siguen estando lejos del nivel de certidumbre que se espera de las reglas y procedimientos nacionales, sobre todo en asuntos políticamente polémicos, que impliquen las políticas de alguno de los actores más fuertes, como la UE o Estados Unidos, como fue el caso de la Ley Helms Burton, o en casos bilaterales que entrañen intereses tan importantes como los que han estado en juego en los casos de los servicios de autotransporte, el azúcar o el JMAF.

En los próximos años, si los esfuerzos por ampliar y fortalecer las reglas mantienen el ritmo creciente de la integración, será importante prestar igual atención a la necesidad concomitante de garantizar que los procedimientos para resolver las diferencias sean lo suficientemente sólidos para hacer valer las reglas, y así brindar a los comerciantes e inversionistas la confianza requerida para aprovechar los vínculos, ahora más estrechos, entre Canadá, México y Estados Unidos. En el artículo se destacan algunas reformas que pueden ayudar a convertir esto en una realidad.