

RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN MATERIA DE INVERSIONES EXTRANJERAS EN EL TLCAN

David GANTZ

SUMARIO: I. *Antecedentes de los mecanismos para el tratamiento de las controversias de inversión en el TLCAN.* II. *Solución de controversias de inversión en el TLCAN.* III. *Impacto del capítulo 11.*

Entre los aspectos más trascendentales negociados por México, Estados Unidos y Canadá en el contexto del TLCAN, destaca significativamente el capítulo dedicado a la solución de controversias en materia de inversión.

Esta disciplina zonal, capítulo 11, y porciones de los capítulos 14 y 20, no tiene precedente en ningún acuerdo multilateral preexistente y, perfectamente podría servir como modelo para otros acuerdos en otros espacios geográficos.¹

Estas provisiones se espera faciliten la inversión en los tres países, particularmente en México, por inversionistas de otras naciones, y que por lo tanto aseguren un marco comercial de trabajo predecible para la planeación e inversión en los negocios.²

Esta ponencia revisa primero los antecedentes históricos de las provisiones referentes a las controversias de inversión en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), con particular énfasis en los esfuerzos de los Estados Unidos, los cuales sin duda fueron la

1 Por ejemplo Estados Unidos, Canadá, Japón, las Comunidades Europeas, las naciones del Este de Europa, y la anterior Unión Soviética, están actualmente negociando en Bruselas un acuerdo para implementar el Estatuto de la Energía Europea, el cual en su reciente proyecto establece provisiones de controversias de inversión similares a los de la sección B del Capítulo 11 del TLC. Estas provisiones van más allá de los aspectos comerciales relacionados con la inversión, sección del *Proyecto Acta Final que encuadra los resultados de la Ronda de Uruguay de las Negociaciones Comerciales Multilaterales*, en N. 14, Doc. MTN. TNC/W/FA (dic. 20, 1991).

2 TLC, preámbulo, cláusula 6.

base para la creación del capítulo 11, para obtener reconocimiento internacional de las reglas y procedimientos en el tratamiento de la inversión extranjera y sus controversias. En segundo lugar describe y analiza el marco jurídico de trabajo del mecanismo para la solución de controversias que provee el TLCAN. Finalmente, especula sobre el posible impacto del TLCAN sobre la inversión regional y sobre otros acuerdos zonales. (Dejamos a otros conferencistas la discusión sobre la resolución de controversias en materias ecológicas y ambientales).

I. ANTECEDENTES DE LOS MECANISMOS PARA EL TRATAMIENTO DE LAS CONTROVERSIAS DE INVERSIÓN EN EL TLCAN

1. *Antecedentes históricos*

Existe un gran consenso en que el más comprensivo marco de trabajo para la solución de controversias derivadas de la inversión extranjera se encuentra integrado en un acuerdo en el cual México y Estados Unidos son partes principales. Ciertamente, el desarrollo de legislación internacional relativa a establecer responsabilidad por daños económicos a extranjeros, precondition necesaria para la solución de controversias internacionales, ha sido considerablemente afectada por controversias entre Estados Unidos y México.

Las leyes mexicanas y su jurisprudencia han incorporado por mucho tiempo la "Cláusula Calvo", la cual estipula que los extranjeros que realicen operaciones en México serán considerados, en todos sus aspectos, como mexicanos, limitando la resolución de sus controversias a los tribunales nacionales con base en las leyes mexicanas, y se les prohíbe recurrir a la intervención de su gobierno para su protección.³

Una de las primeras invocaciones del punto de vista de los Estados Unidos acerca de la expropiación, de propiedad de extranjeros que requiere de "pronta, adecuada y efectiva compensación", se encuentra en un intercambio de notas diplomáticas en 1938 entre el secretario de Estado de los Estados Unidos, Cordell Hull, y el ministro de Relaciones Exteriores de México.⁴

Los esfuerzos por establecer reglas internacionales ampliamente aceptadas relativas al tratamiento de extranjeros, ha sido un elemento sig-

3 Ver la Constitución mexicana, art. 27, I; United States of America (North American Dredging Co. of Texas) v. United Mexican States, United States Mexican Claims Commission 1926, 4 U.N. Rep. Intl. Arb. Aards 26 (1926).

4 III Hackworth, *Digesto de derecho internacional*, pp. 655-661 (1942).

nificativo de la política internacional de los Estados Unidos durante la mayor parte del siglo XX. Se logró un éxito limitado en resolver controversias acerca de expropiación con algunos países incluyendo algunos de Latinoamérica,⁵ pero no se pudo llegar a un acuerdo sobre la aplicación del derecho internacional en cuanto a las bases para la resolución de controversias. Una resolución de las Naciones Unidas referente a la Soberanía Permanente sobre los Recursos Naturales, adoptada después de un extenso compromiso entre los Estados Unidos y algunos países en desarrollo, aprobó como requisito que la expropiación debe ir seguida por el pago de una compensación "apropiada".⁶

Sin embargo, pocos años más tarde, la mayoría de los miembros de la Asamblea General de las Naciones Unidas reiteraron dentro de la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados, el derecho a nacionalizar con compensación determinada, según su legislación nacional y con competencia para resolver sus controversias exclusivamente en cortes nacionales.⁷ En 1977 una decisión arbitral estableció que la más reciente resolución de las Naciones Unidas reflejaba derecho internacional consuetudinario mientras que la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados, planteaba lo contrario, pese a no tener la aprobación de los países industrializados.⁸ El tribunal iraní que resolvió las controversias entre Estados Unidos e Irán concluyó que el derecho internacional consuetudinario estableció una norma que es realmente "una pronta, adecuada y efectiva compensación". Sin embargo, las decisiones fueron basadas significativamente en la existencia de "sólo compensación", provisión que se encuentra en el Tratado de Amity, Regulaciones Económicas y Derechos Consulares del 15 de agosto de 1955 celebrado entre Estados Unidos e Irán.⁹

2. Antecedentes históricos de la inversión

La aplicabilidad del derecho internacional referente a controversias de inversión, empezó a ganar relevancia, a principios de los ochenta, particularmente fuera de Latinoamérica, con políticas gubernamentales negociadas mundialmente hacia la promoción de la inversión extranjera

5 Ver, e. g. Gantz, "El Acuerdo de Reclamos entre Estados Unidos y Perú de febrero 19, 1974" 10 *Intl. L.* 389 (1976).

6 U.N.G.A. Res. 1803 (XVII) (dic. 14 1962), paras. 3,4.

7 U.N.G.A. Res. No. 3281 (XXIX) (dic. 12, 1974) art. 2 (2).

8 *Texaco Overseas Petroleum Co./California Asiatic Oil Co. v. Government of Libyan Arab Republic* (1977), 17 *I.L.M.* 3 (1978).

9 8 U.S.T. 899, T.I.A.S. 3853, 284 U.N.T.S. 93. Ver *Phelps Dodge Corp. and Islamic Republic of Iran*, Resolución 217992 (1986), citando art. IV(2) del Tratado.

estableciendo amplia protección para sus acciones. Sin embargo, fueron los países europeos, y no los Estados Unidos, quienes desarrollaron por primera vez el concepto de *Tratado Bilateral de Inversión* (TBI). Estos acuerdos comúnmente tratan los asuntos claves relacionados con la protección a la inversión; por ejemplo: normas de trato (trato nacional o el trato de la nación más favorecida), derechos sobre el tipo de cambio, expropiación y mecanismos para la solución de controversias entre inversionistas extranjeros y los estados nacionales, en varios grados de efectividad. De 1959 a 1988 las naciones europeas lideradas por la República Federal de Alemania, Suiza y el Reino Unido celebraron más de 250 tratados bilaterales de inversión, de los cuales treinta son naciones de Latinoamérica y del Caribe incluyendo las antiguas colonias.¹⁰ Japón y otros países asiáticos, exportadores de capital recientemente, han mostrado interés en los tratados bilaterales de inversión. Hasta 1990, Japón no había suscrito tratado alguno al respecto, y Corea tiene sólo dos acuerdos que ha celebrado con países en desarrollo, China y Sri Lanka.

A la mitad de los setenta, el Departamento de Estado de los Estados Unidos se vio atraído por la posibilidad de buscar acuerdos bilaterales esperando encontrar socios en una área donde no había sido posible celebrar acuerdos multilaterales a través de las Naciones Unidas; la Conferencia sobre Comercio y Desarrollo de las Naciones Unidas: (UNCTAD) y la Organización de Estados Americanos (OEA).¹¹ Desde 1980 los Estados Unidos han negociado más de veinticuatro tratados bilaterales de inversión, de los cuales al menos diez han entrado en vigor.¹²

Sin embargo, sólo en los últimos años se ha tenido éxito en las negociaciones de TBI con los países latinoamericanos que han adoptado la cláusula Calvo, ya que todos los *TBI de los Estados Unidos* incluyen la obligatoriedad del arbitraje internacional, similar a lo que podemos encontrar en el capítulo 11 del TLCAN. Es relevante que los TBI han sido ahora negociados con Panamá, Argentina y Ecuador y se encuentran negociaciones en trámite con Uruguay, Bolivia y Chile.

Estos TBI, así como sus predecesores, incluyen los siguientes elementos claves:

10 Ver A. J. Pappas, "Referencias en los tratados bilaterales de inversión", 4 *ICSID Rev.* 189, 194 (1989).

11 Ver K. S. Gudgeon, "Tratados bilaterales de inversión de los Estados Unidos: Comentarios sobre su origen, propósitos y reglas generales de tratamiento", 4 *Int'l. Tax & Bus. L.* 105, 108 (1986).

12 Con Senegal, Zaire, Marruecos, Turquía, Camerún, Bangladesh, Egipto, Grenada, Panamá y Ecuador. U.S. Dept. of State, *Treaties in force, passim* (1993).

1. Provisión de "trato nacional" o "trato del país más favorecido" para la inversión extranjera, es decir, el que sea más favorable
2. Eliminación de *requisitos de desempeño* o condiciones referentes a inversión relativas al uso de materiales locales, limitaciones en ventas domésticas, reglas sobre cantidad mínima de exportación, etcétera.
3. Garantías de convertibilidad y repatriación de inversión y ganancias.
4. Protección contra expropiación que no sea compatible con normas internacionales de expropiación.
5. Comprometerse a usar obligatoriamente el arbitraje internacional como medio de solución de controversias.¹³

Todos los TBI de Estados Unidos son completamente recíprocos. Mientras se encuentra contemplado que la mayoría de la inversión fluiría de los Estados Unidos a las naciones en desarrollo, las mismas protecciones serán afrontadas por los inversionistas de países en desarrollo que inviertan en Estados Unidos. Se pudiera especular sobre la reacción de algunos miembros en el Congreso de los Estados Unidos cuando por primera vez un inversionista extranjero trate de impedir una expropiación por medio del arbitraje internacional, en vez de recurrir a los tribunales de los Estados Unidos. En cualquier caso, son los TBI la principal fuente del lenguaje del capítulo 11 del TLCAN.

3. *Centro Internacional para la Solución de Controversias de Inversión*

Con los antecedentes europeos y estadounidenses descritos anteriormente, las Naciones Unidas propiciaron y suscribieron en 1965 la Convención sobre Solución de Controversias de Inversión entre los Estados y los Nacionales de otros Estados.¹⁴ A principios de enero de 1993, más de 92 países se han hecho parte de esta Convención incluyendo los Estados Unidos (a la fecha Canadá ni México la han suscrito). Chile, Ecuador, El Salvador, Honduras y Paraguay son los únicos países latinoamericanos que la han suscrito, reflejando aspectos de la cláusula Calvo, la mayoría de los países de habla inglesa en el Caribe, incluyendo Barbados, Grenada, Guayana, Jamaica, Santa Lucía, Trinidad y Tobago han hecho lo propio.¹⁵

13 Ver, e. g., Tratado entre la República Argentina y los Estados Unidos de América Concerniente a Fomento y Protección Recíproca de Inversión de noviembre 14, 1991.

14 Marzo 18, 1965; 17 U.S.T. 1270; T.I.A.S. 6090, 575 U.N.T.S. 159. Estados Unidos es parte de esta Convención, Canadá y México no lo son.

15 U.S. Dpt. of State, Treaties in Force 350 (1993).

La convención creó una institución afiliada al Banco Mundial, el Centro Internacional para la Solución de Controversias de Inversión (ICSID) con sede en Washington.¹⁶ La principal función de ICSID es actuar como secretaría de arbitraje bajo los términos y procedimientos de la Convención.

El ICSID es de gran importancia no sólo porque siendo una institución afiliada al Banco Mundial, sus mecanismos y procedimientos son tal vez los más aceptados entre las naciones en desarrollo que otros organismos de arbitraje, porque ofrece la oportunidad de arbitraje internacional aun a aquellos no miembros mediante sus Reglas Adicionales de Facilidades. Estas reglas establecen el uso de las instalaciones y servicios por Estados que no son miembros, quienes aceptan el ICSID mediante medidas *ad hoc* u otros acuerdos, como el TLCAN, en el caso de México y Canadá (ver parte IIIB)). Más de 25 procedimientos arbitrales han sido llevados al ICSID desde su inicio.

4. *Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos y Canadá*

La influencia del capítulo 16 del Tratado de Libre Comercio entre Canadá y Estados Unidos (FTA) sobre el capítulo 11 del TLCAN, debe tomarse en consideración, aun cuando éste es sólo la mitad de largo del capítulo 11 del TLCAN. El FTA contiene provisiones relativas al trato nacional, requisitos de desempeño, transferencia de fondos y expropiación y lo más reciente, con relación al pago pronto, adecuado y efectiva compensación a un valor justo de mercado.¹⁷ No existe referencia en el capítulo 16 al derecho internacional; sin embargo del análisis oficial del gobierno estadounidense se deduce que las normas referentes a expropiación se encuentran en concordancia con las reglas internacionales generalmente aceptadas.¹⁸

Significativamente el FTA no contiene provisiones para arbitraje internacional de controversias de inversión entre particulares y gobiernos, sin embargo, las controversias sobre las provisiones del capítulo 16 deben ser consideradas dentro de mecanismos de solución de controversias de gobierno a gobierno del capítulo 18 del FTA. El arbitraje de dichas disputas, con base en el capítulo 18, debe ser conducido ante panelistas seleccionados por su experiencia en el campo de la inversión

¹⁶ Convention, art. 1.

¹⁷ CFTA, art. 1605.

¹⁸ *Statement of Reasons as How the United States-Canada Free Trade Agreement (FTA) Serves the Interests of U.S. Commerce* 33, House Doc. 100216, 100th. Cong., 2d Sess. (July 26 1988).

internacional.¹⁹ Durante las negociaciones del FTA, el gobierno de los Estados Unidos y el sector privado se preocuparon respecto a inversión en Canadá, pues existen restricciones a la inversión según la Ley de Inversión Canadiense.²⁰ Dadas las similitudes entre los sistemas judiciales entre Estados Unidos y Canadá y la mutua confianza en su imparcialidad, parece que los negociadores de los Estados Unidos al fin sienten que la inclusión de apropiadas normas de compensación junto con la posibilidad de resolución de controversias bajo el capítulo 18 del FTA, proveen el nivel necesario de protección.

II. SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS DE INVERSIÓN EN EL TLCAN

1. *Capítulo 11. Normas de inversión extranjera*

Así como en los TBI de los Estados Unidos, el capítulo 11 del TLCAN provee, detalladamente, normas para el tratamiento de inversión extranjera (sección A); y el arbitraje de controversias relativas a esas normas (sección B). El capítulo 11 es aplicable a "inversionistas" e "inversiones" de otra contraparte. Estos términos están definidos de tal manera que cubren personas físicas, morales y sus "inversiones" (directa o indirectamente adquiridas o intereses controlados) en el territorio de otro país contratante.²¹ Por ejemplo, la propiedad de un ciudadano o empresa estadounidense en México está regulada por el capítulo 11.

Significativamente, estos términos incluyen el de empresa propietaria por un tercero bajo las leyes de algún país signatario del TLCAN y llevando a cabo actividades comerciales. Así, cuando estas empresas invierten en otro país del TLCAN.²² Por ejemplo, una corporación mexicana de dueños japoneses que conduce negocios en México será considerada como inversionista mexicana con respecto a sus inversiones en los Estados Unidos y Canadá, y por lo tanto tendrá las protecciones del capítulo 11.

Una excepción a esta amplia definición existe para las inversiones de un país signatario del TLCAN que son propiedad de inversionistas de un tercer país donde el país parte del TLCAN que recibe la inversión no reconoce el gobierno de ese inversionista, o prohíbe transacciones

19 CFTA, arts. 1608 (2), 1801 (1). Decisiones de Canadá con respecto a la admisión de nuevas inversiones bajo el *Investment Canada Act* son excluidas de revisión según las provisiones del CFTA, art. 1608 (1).

20 *Ibid.*

21 TLC, arts. 1101, 1139.

22 TLC, art. 1139.

financieras con nacionales o con el gobierno de ese país.²³ Esta provisión, por ejemplo, le permite a los Estados Unidos negar los beneficios correspondientes a las regulaciones de control de inversión extranjera de los Estados Unidos²⁴ a una compañía en los Estados Unidos propiedad de una empresa mexicana que a su vez es propiedad o controlada por intereses cubanos, libaneses o de Korea del Norte.

La sección A del capítulo 11 provee que inversionistas de otro país con trato nacional (el mismo tratamiento que para los inversionistas nacionales); con trato de la nación más favorecida (tratamiento igual al de cualquier otro país que sea el más favorecido a sus inversionistas en el país anfitrión); tratamiento de acuerdo con las mínimas regulaciones del derecho internacional; prohibición contra requisitos de desempeño, tales como el requerir un mínimo porcentaje de producción para exportar; libertad para seleccionar altos ejecutivos sin importar la nacionalidad, sujeto a ciertas excepciones respecto al número de mayoría en el consejo directivo; y libertad para transferir o repatriación de ingresos o inversiones en una libre moneda cambiaria.²⁵ Se proveen ciertas excepciones, tanto permanentemente como se refleja en los anexos del TLCAN o durante un periodo sin fase.²⁶

La expropiación directa o indirecta de propiedad de inversión extranjera, esta prohibida, excepto que sea por causa de utilidad pública, sobre bases no discriminatorias, debido proceso, en concordancia con los mínimos estándares del derecho internacional y mediante pago de compensación equivalente al precio justo de mercado basado en el valor anterior al día de expropiación. La compensación deberá ser pagada "sin retraso" y debe "realizarse por completo" en moneda convertible, con intereses desde el día de expropiación hasta el día de pago.²⁷

Las reglas de la sección A son estándares generales de inversión; se podrán encontrar provisiones inconsistentes a esta sección en otros capítulos. Estas normas se aplicarán a las cuestiones cubiertas por esos capítulos solamente.²⁸

2. Capítulo 11. Marco de trabajo para la solución de controversias

La sección B del capítulo 11 provee un mecanismo de múltiples niveles para la solución de controversias de inversión entre inversionis-

23 TLC, art. 1113.

24 31 C.F.R., partes 515, 500.500 (1992).

25 TLC, arts. 11021107, 1109.

26 TLC, art. 1108; ver los anexos del TLC I, III.

27 TLC, art. 1110 correlacionado con art. 1105(1) (relativo a Normas de derecho internacional).

28 TLC, art. 1112.

tas extranjeros y el país anfitrión o sus empresas estatales. Este capítulo no es aplicable a controversias entre inversionistas extranjeros y nacionales, excepto cuando se trate de monopolios gubernamentales y empresas estatales del país anfitrión; sin embargo, estas controversias también pueden estar sujetas al arbitraje comercial.²⁹

A. Conciliación y negociación

Antes de recurrir al arbitraje las partes en conflicto son exhortadas a buscar una solución a su controversia mediante consultas o negociación.³⁰ El requerimiento de notificar a la otra parte 90 días antes de interponer un reclamo, por arbitraje, es aparentemente diseñado para motivar tales consultas o negociaciones.³¹

B. Jurisdicción arbitral

Una vez efectuado tal exhorto, alguno de los inversionistas puede demandar arbitraje obligatorio, por su propio bien o por el bien de una persona que él controla, directa o directamente, por lo siguiente:

a) Reclamar del gobierno de otro signatario del TLCAN que haya incumplido una obligación de la sección A del capítulo 11;³²

b) Reclamar que la empresa estatal de otro signatario del TLCAN ha actuado inconsistentemente con las obligaciones de las partes según el capítulo 11 (Inversión) o capítulo 14 (Servicios financieros) en el ejercicio de sus facultades reglamentarias, administrativas o cualquier otra actividad gubernamental, y

c) Reclamar de un monopolio estatal que ha actuado de manera inconsistente con las obligaciones del capítulo 11 donde la entidad ejercite cualquier acto gubernamental que la parte le haya delegado.³³

Esta amplia disposición de jurisdicción crea una aparente dicotomía; si una empresa estatal viola las obligaciones de una parte bajo el capítulo de servicios financieros, aparentemente el caso es sujeto a arbitraje obligatorio, como se mencionó en el inciso b); sin embargo, si el propio gobierno viola esas obligaciones el caso debe remitirse a la solución de controversias de gobierno a gobierno del capítulo 20.³⁴

29 TLC, arts. 202022.

30 TLC, art. 1118.

31 TLC, art. 1119.

32 TLC, arts. 1116 (l)(A), 1117 (l)(a).

33 TLC, arts. 1116 (l)(b), 1117 (l)(b), 1503(2).

34 TLC, art. 1414.

Las controversias bajo el capítulo 11 están sujetas a tres años (el periodo de tiempo que provee la ley para promover una acción), si una acción no es ejercitada dentro de los tres años, a partir de la fecha en la cual el inversionista por primera vez supo o debió haber sabido alegada violación,³⁵ prescribe.

Si se alega expropiación gradual, donde el gobierno toma acciones, que van gravando la propiedad, eventualmente, hasta constituir una verdadera expropiación, cada una de estas acciones con respecto al tiempo en que se realizaron producen confusión, por ser equivalentes a una expropiación. Puede que exista un desacuerdo sobre la fecha en que se violó el capítulo 11 y por lo tanto, el tiempo en el cual el periodo que provee la ley para promover una acción empieza a correr.

Cuando se someta un reclamo al arbitraje, el inversionista a su propio nombre o en nombre de su empresa o de la empresa que controla, se somete por escrito al arbitraje y renuncia a cualquier derecho de iniciar o continuar administrativa o judicialmente en las Cortes del país de la parte afectada. Excepto los procedimientos para ejercer un recurso extraordinario.³⁶ Los tres gobiernos, partes en el acuerdo han dado su consentimiento por adelantado; ninguna otra acción les es requerida.³⁷ Este caso es aplicable, asimismo, a los requisitos de consentimiento de la convención de ICSID,³⁸ incluyendo el consentimiento a la jurisdicción del Centro bajo la Convención o las Reglas Adicionales de Facilidades, la Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y Cumplimiento de Resoluciones Arbitrales Extranjeras³⁹ y la Convención Interamericana de Arbitraje Comercial Internacional.⁴⁰

Esta referencia a la Convención del ICSID y las Reglas Adicionales de Facilidades es crucial; desde que México y Canadá no son partes es el previo consentimiento al arbitraje bajo las provisiones del ICSID Reglas Adicionales de facilidades lo que hace que las provisiones sobre el arbitraje obligatorio se apliquen a México y Canadá.

C. Reglas de procedimiento

La sección B provee las reglas de procedimiento que deben emplearse en ausencia de un acuerdo entre las partes, incluyendo el número y la

35 TLC, arts. 1116(2), 1117(2).

36 TLC, art. 1121.

37 TLC, art. 1122.

38 Ver nota 14, *supra*, cap. II.

39 Junio 10, 1958; 21 U.S.T. 2517, T.I.A.S. 6997, 330 U.N.T.S. 38, art. II, México, los Estados Unidos y Canadá también son partes.

40 Enero 30, 1975: T.I.A.S. Los Estados Unidos y México son partes, Canadá no lo es.

selección de árbitros (normalmente tres); consolidación de múltiples demandas que envuelvan cuestiones en común de derecho o de hechos, notificaciones, requerimientos de participación y documentos, lugar del arbitraje y usos de expertos.⁴¹ Ninguna de estas provisiones son por sí mismas inusuales. En la mayoría de las instancias donde las partes omiten escoger los árbitros, la Secretaría General del ICSID será la autoridad que los escoja.⁴² Las provisiones contemplan arbitraje bajo la convención del ICSID o las ICSID (Reglas Adicionales de Facilidades) usando las reglas de la UNCITRAL modificadas por el capítulo 11.⁴³ La ley aplicable son este acuerdo y las reglas del derecho internacional.⁴⁴

D. *Limitaciones y exclusiones*

Es reconocido que en algunas instancias, una controversia del capítulo 11 puede referirse a la interpretación de una o más de las reservas de derechos de las partes con fundamento en los anexos IIV del TLCAN. El tribunal arbitral no tiene jurisdicción sobre dichas cuestiones, pues éstas deben ser referidas a la Comisión del Libre Comercio creada bajo el capítulo 20, la cual debe proveer su interpretación por escrito al Tribunal arbitral dentro de los siguientes sesenta días.⁴⁵ Esta interpretación es obligatoria para el Tribunal. Además, diferentes tipos de decisiones gubernamentales son excluidas del arbitraje. Éstas incluyen:

a. Una decisión que excluya a un inversionista con fundamentos de seguridad nacional;⁴⁶

b. Una decisión de Canadá bajo la Ley de Inversión de Canadá o por la Comisión Mexicana de Inversión Extranjera que no permita una inversión.⁴⁷

Desde que la exclusión con base en la seguridad nacional es revisable según los procedimientos del capítulo 20, una decisión de los Estados Unidos bajo su "Exxon Florio" (procedimientos para revisar adquisiciones extranjeras con implicaciones de seguridad nacional)⁴⁸ podrá estar sujeta al capítulo 20.

41 TLC, arts. 112330, 1133.

42 TLC, art. 1124.

43 Conferencia de las Naciones Unidas sobre Derecho Comercial Internacional; ver TLC, art. 1126(1).

44 TLC, art. 1131.

45 TLC, arts. 1132, 2001.

46 TLC, arts. 2102, 1138.

47 TLC, anexo 1138.2. Estas decisiones también son excluidas de ser revisadas bajo el capítulo 20.

48 50 U.S.C. App. section 2170 et seq. (1991).

Otras excepciones reflejan la continuidad de la "cláusula Calvo" mexicana.⁴⁹ Un inversionista no podrá someter el mismo reclamo por violación de las obligaciones por el gobierno mexicano o empresas estatales a ambos, arbitraje y Cortes nacionales o recursos administrativos al mismo tiempo. Además, una vez que una empresa mexicana pase a ser propiedad o controlada por un inversionista extranjero ha sometido una demanda a las cortes nacionales o agencias administrativas afirmando una violación de derechos cubiertos por las provisiones de inversión del TLCAN, el mismo caso subsecuentemente tampoco podrá ser referido al arbitraje con fundamento en el capítulo 11.⁵⁰ Estas limitaciones, particularmente la segunda, requerirá a empresas mexicanas propiedad de extranjeros de cuidadosamente considerar los pros y contras de inicialmente referir un asunto al sistema jurídico mexicano, como la sumisión de lo que parece ser en primera instancia un asunto menor a las cortes mexicanas podrán excluir posteriormente de la posibilidad de recurrir al arbitraje sobre la misma cuestión si es que se demuestra que el asunto surge dentro de las protecciones del TLCAN.

E. Remedios y cumplimiento

Un tribunal establecido bajo el capítulo 11 puede ordenar una medida interina de protección, para proteger los derechos de las partes pendientes de resolución en la controversia.⁵¹ El fallo final puede proveer daños cuantificables en dinero e intereses y/o restitución de propiedad; sin embargo, las partes en conflicto (gobierno signatario del TLCAN o empresa estatal) tendrán la opción de pagar una pena pecuniaria incluyendo los intereses en lugar de la restitución.⁵² La lista detallada de variaciones permitidas en la resolución es inusual en las normas estadounidense.⁵³

La tasa de interés no está especificada, se deja a la discreción de los árbitros. Los costos también pueden ser incluidos en las sanciones. Penas por concepto de daños están expresamente prohibidas.⁵⁴

Las resoluciones de estos arbitrajes están limitadas en su efectividad por las partes, pero finalmente son obligatorias y se hacen cumplir por medio de cualquiera de las tres convenciones mencionadas anterior-

49 Constitución mexicana, art. 27, I.

50 TLC, anexo 1120, I.

51 TLC, art. 1134.

52 TLC, art. 1135(1).

53 Ver Tratado entre Argentina y Estados Unidos 1991, *supra* nota, art. VII.

54 TLC, arts. 1135(1), 1135(3).

mente y en las cortes nacionales de los tres países si la parte ofendida deja de pagar lo adeudado según resolución.⁵⁵ Si el gobierno del inversionista no está de acuerdo con la resolución dictada podrá llevarse el caso a una disputa gobierno a gobierno bajo el capítulo 20, bajo el fundamento de que el fallo es inconsistente con las obligaciones que las partes suscribieron bajo el capitulado del TLCAN.⁵⁶

3. *Otras provisiones de resolución de controversias aplicables a las de inversión*

Como se ha sostenido anteriormente, en tanto que el capítulo 11 es el mecanismo primordial para la resolución de controversias entre un inversionista y un gobierno, existen excepciones. La más significativa es el capítulo 14, relativo a servicios financieros. Las controversias relativas a la interpretación y aplicación de provisiones del capítulo 14 están sujetas a la solución de controversias del capítulo 20, los árbitros serán escogidos de un grupo distinto de 15 especialistas en servicios financieros.⁵⁷ Desde que sólo los gobiernos tienen capacidad procesal para promover controversias bajo el capítulo 20, un agraviado que provee servicios financieros será requerido de convencer a su gobierno para promover acción según el capítulo 20. Por supuesto, una acción de un gobierno, agencia estatal o monopolio contra un inversionista o empresa que presta servicios financieros, requisitos de la sección A del capítulo 11, dichas violaciones estarán sujetas al arbitraje bajo la sección B del capítulo 11.

III. IMPACTO DEL CAPÍTULO 11

Asumiendo que el capítulo 11 entró en vigor el 1º de enero de 1994, pasará algún tiempo antes de que el efecto de las provisiones sobre solución de controversias de inversión, particularmente por nacionales de los Estados Unidos y Canadá en México, pueda ser evaluado. La incorporación de estas significativas medidas en un acuerdo internacional obligatorio dará a los inversionistas extranjeros una medida extra de seguridad,⁵⁸ porque los beneficios se aplican a inversionistas de un país que invierte en otro sin importar su propiedad (proveyendo

55 TLC, art. 1136.

56 TLC, art. 1136(5).

57 TLC, art. 1414.

58 Ver Huffbauer y Schott, TLC: un activo p. 84 (1993); Cámara de Comercio de los Estados Unidos, *Una guía al Tratado de Libre Comercio*, pp. 2425 (1992).

que tienen una entidad corporativa y un negocio sustancial presente en la nación del inversionista), compañías asiáticas y europeas subsidiarias en Estados Unidos o Canadá podrían usar esas compañías subsidiarias como vehículo de inversión en México.

Ross Perot ha alegado que las provisiones de inversión del TLCAN hacen a México un inversionista seguro y por lo tanto eso fomentará aquellas firmas estadounidenses, anteriormente preocupadas por la estabilidad política, para cambiar sus fábricas a México.⁵⁹ Aunque no concordamos con el señor Perot virtualmente en cada cuestión concerniente al TLCAN, uno debe estar de acuerdo hasta cierto grado, con esta conclusión; sin embargo, el capítulo 11 del TLCAN con sus garantías y efectivo mecanismo para la solución de controversias, será uno de muchos factores que influirá en los inversionistas de Estados Unidos y Canadá para decidir si invierten o se expanden en México. Estas provisiones son para asegurar que los 11.6 mil millones de dólares invertidos en México (cifras de 1991) aumenten en los siguientes años.⁶⁰

Puede ser que el TLCAN no entre en vigor. El gobierno de México tendrá la opción de proveer unilateralmente, bajo las leyes mexicanas, reglas aplicables a la inversión extranjera que sean similares a aquellas encontradas en la sección A del capítulo 11; también podrá decidir ser parte de la Convención de la ICSID, pero tal adhesión no constituirá automáticamente un marco jurídico amplio *blanket* al arbitraje obligatorio. El consentimiento para el arbitraje requerido por la Convención (como distintivo del capítulo 11 del TLCAN) es normalmente incorporado tanto en un contrato de inversión entre el inversionista privado y el Estado, o dado después de que la disputa surge.⁶¹ México y los Estados Unidos podrán, por supuesto, incorporar las provisiones del capítulo 11 en un Tratado Bilateral de Inversión por separado, por lo tanto conseguir todos los beneficios de ese capítulo para ambas naciones y sus nacionales; sin embargo, tal instrumento requerirá el consentimiento de las dos terceras partes del Senado de los Estados Unidos, según su Constitución.⁶²

Las provisiones del TLCAN con respecto a la inversión extranjera son probablemente igualmente significantes como modelo para acuerdos internacionales de inversión que se puedan concluir en un futuro, por los países del TLCAN u otros. Si el TLCAN eventualmente abarcará la mayoría de las naciones del hemisferio oeste, las provisiones del

59 Perot y Choate, *Salva tu trabajo, salva tu país*, pp. 5455 (1993).

60 Huffbauer y Schott, *op. cit.*, p. 4.

61 Ver Convención, art. 25.

62 Constitución de los Estados Unidos, art. II(2).

capítulo 11 podrán finalmente convertirse en el acuerdo internacional para el tratamiento de inversión extranjera y sus controversias más reconocido en el mundo. Estas provisiones indubitadamente tendrán influencia en futuras discusiones del GATT referentes a medidas de comercio relacionadas con la inversión, sino en la Ronda de Uruguay, en negociaciones subsecuentes. Además, dado el alto nivel de competitividad para la inversión en dólares, libras, marcos y yen, puede ser esperado que ciertas naciones en África y Asia concluirán que reglas claras y fuertes de inversión extranjera son básicas para el desarrollo económico, y por lo tanto, incorporar tales reglas en futuros acuerdos bilaterales o multilaterales.

Finalmente me permito enunciar los instrumentos jurídicos internacionales que regulan las controversias en materia de inversiones:

Documentos oficiales

1. CIADI

Convenio sobre arreglos de diferencias relativas a inversiones entre estados nacionales de otros estados.

Reglamento administrativo y financiero.

Reglas procesales aplicables a la iniciación de los procedimientos de conciliación y arbitraje.

Reglas procesales aplicables a los procedimientos de arbitraje.

Reglas procesales aplicables a los procedimientos de conciliación

2. CIADI, mecanismo complementario

Reglamento del mecanismo complementario para la administración de procedimientos por el secretariado internacional de arreglo de diferencias relativas a inversiones.

Reglamento administrativo y financiero.

Reglamento de conciliación.

Reglamento de arbitraje.

Reglamento de comprobación de hechos.

3. UNCITRAL

UNCITRAL arbitration rules.

4. Legislación mexicana

Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones del Código de Comercio y del Código Federal de procedimientos civiles, *Diario Oficial de la Federación*, 22 de julio de 1993.