

PROTECCIÓN AL MEDIO AMBIENTE Y SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN MATERIA DE INVERSIONES EN EL TLCAN*

Óscar CRUZ BARNEY**

RESUMEN: La necesidad de mantenerse en un plano competitivo en la lucha por captar la inversión extranjera directa y preservar al mismo tiempo la conducción de las áreas estratégicas de la economía fueron los dos elementos destacables de la estrategia de negociación del gobierno de México en el capítulo de inversión en el TLCAN. La práctica desarrollada a lo largo de diez años de experiencia, ha manifestado vínculos destacables entre medio ambiente y solución de controversias en materia de inversión extranjera, lo que hace necesaria una revisión a este momento de cuáles han sido los casos planteados y las decisiones adoptadas en la materia.

ABSTRACT: The need to adhere to a competitive plan in the struggle to attract direct foreign investment and, at the same time, to preserve the direction of the strategic areas of the economy, were the two salient elements of the negotiating strategy of the Mexican Government in the investment chapter in the TLCAN. The practice developed during ten years of experience, has manifested salient connections between the environment and the resolution of controversies in the subject of foreign investment, which makes it necessary to now review what cases have been posed and the decisions made on the subject.

* Agradezco el apoyo recibido de don Fernando Marcin para la elaboración del presente texto. Una primera versión de este documento fue presentada en la Reunión del NACLE (North American Consortium on Legal Education) celebrada en la Ciudad de Washington, D. C., los días 10 y 11 de mayo de 2003.

** Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, catedrático de Comercio exterior en la Universidad Panamericana y de Historia del derecho en la Universidad Iberoamericana.

I. INTRODUCCIÓN

Las negociaciones para el TLCAN iniciaron en el mes de junio de 1991 y como señalamos concluyeron en agosto de 1992. La rúbrica del texto negociado se presentó en septiembre de 1992 y el Ejecutivo lo firmó el 17 de diciembre de ese mismo año.

La aprobación por la Cámara de Senadores de México se produjo el 22 de noviembre de 1993, para entrar en vigor el 1o. de enero de 1994.¹ El propósito fundamental fue el establecimiento de una zona de libre comercio.

En cuanto a su contenido, el TLCAN se divide en:

PRIMERA PARTE *Aspectos Generales*

Capítulo I: Objetivos.

Capítulo II: Definiciones generales.

SEGUNDA PARTE *Comercio de Bienes*

Capítulo III: Trato Nacional y Acceso de Bienes al Mercado.

Capítulo IV: Reglas de Origen.

Capítulo V: Procedimientos Aduaneros.

Capítulo VI: Energía y Petroquímica Básica.

Capítulo VII: Sector Agropecuario y Medidas Sanitarias y Fitosanitarias.

Capítulo VIII: Medidas de Emergencia.

TERCERA PARTE *Barreras Técnicas al Comercio*

Capítulo IX: Medidas Relativas a Normalización.

CUARTA PARTE *Compras del sector público*

Capítulo X: Compras del sector público.

¹ El TLCAN se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* de fecha 20 de diciembre de 1993.

QUINTA PARTE

Inversión, servicios y asuntos relacionados

Capítulo XI: Inversión.

Capítulo XII: Comercio transfronterizo de servicios.

Capítulo XIII: Telecomunicaciones.

Capítulo XIV: Servicios financieros.

Capítulo XV: Política en materia de competencia, monopolios y empresas del Estado.

Capítulo XVI: Entrada temporal de personas de negocios.

SEXTA PARTE

Propiedad intelectual

Capítulo XVII: Propiedad intelectual.

SÉPTIMA PARTE

Disposiciones administrativas institucionales

Capítulo XVIII: Publicación, notificación y administración de leyes.

Capítulo XIX: Revisión y solución de controversias en materia de cuotas *antidumping* y compensatorias.

Capítulo XX: Disposiciones institucionales y procedimientos para la solución de controversias.

OCTAVA PARTE

Otras disposiciones

Capítulo XXI: Excepciones.

Capítulo XXII: Disposiciones finales.

Notas.

Anexo 401 Reglas de Origen.

Anexos I al VII.

Acuerdo de Cooperación Laboral.

Acuerdo de Cooperación Ambiental.

El artículo 102 del TLCAN establece los objetivos del tratado que, incluidos el principio de trato nacional, la cláusula de nación más favorecida y la transparencia, sirven junto con el derecho internacional como

criterio de interpretación y aplicación de las disposiciones del Tratado y que son:²

1. Eliminar obstáculos al comercio y facilitar la circulación transfronteriza de bienes y servicios entre las partes;
2. Promover condiciones de competencia leal en la zona de libre comercio;
3. Aumentar sustancialmente las oportunidades de inversión en los territorios de las partes;
4. Proteger y hacer valer, de manera efectiva los derechos de propiedad intelectual en territorio de cada parte;
5. Establecer procedimientos eficaces para la aplicación y cumplimiento del Tratado, su administración conjunta y la solución de controversias;
6. Fijar los lineamientos para la ulterior cooperación trilateral, regional y multilateral encaminada a ampliar y mejorar los beneficios del Tratado.

Además, las partes confirman los derechos y obligaciones existentes entre ellas conforme al GATT.³

El TLCAN es sin duda “el tratado más importante en materia de comercio en la historia de los tres Estados”.⁴ Se enmarca dentro de las excepciones que establece el artículo XXIV del GATT, que permite a dos o más Estados otorgarse recíprocas concesiones comerciales sin tener que hacerlas extensivas al resto de los países parte.⁵ En ese sentido, el TLCAN crea una zona de libre comercio, primer paso dentro de los niveles de integración económica,⁶ aunque en realidad, en el TLCAN se incorporan algunos elementos o características propias de niveles de integración más avanzados, como son, de acuerdo con Patiño Manfer, la eliminación de restricciones a la libre circulación de factores productivos diversos a las mercancías tales como el comercio de servicios, de capi-

2 Véase en este punto Fernández Rozas, José Carlos (ed.), *Derecho del comercio internacional*, Madrid, Eurolex, 1996, pp. 75 y 76.

3 TLCAN, artículo 103.

4 Ortiz Ahlf, Loretta, Vázquez Pando, Fernando A. y Díaz, Luis Miguel, *Aspectos jurídicos del Tratado de Libre Comercio de América del Norte y sus acuerdos paralelos*, 2a. ed., México, Themis, 1998, Colección Ensayos Jurídicos, p. 3.

5 Martínez Vera, Rogelio, *Legislación del comercio exterior*, México, McGraw-Hill, 1997, p. 264.

6 A saber: zona de libre comercio, unión aduanera, mercado común, unión económica e integración económica total. Véase en este sentido a Nieves-Morillo, Luis, “TLC: Mecanismo de resolución de controversias y el arbitraje comercial internacional”, *Revista de Derecho Puertorriqueño*, vol. 35, núm. 1, enero-abril de 1996, pp. 35 y 36.

tales y la tecnología, la armonización de ciertas políticas económicas y la solución de controversias con decisiones obligatorias para los miembros.⁷

En cuanto a su naturaleza jurídica, en México el TLCAN es un tratado internacional entre Estados regido por el derecho internacional público, negociado por el Poder Ejecutivo conforme al artículo 89, fracción X, constitucional, aprobado por el Senado, artículo 76, fracción I, constitucional y publicado en el *Diario Oficial de la Federación*. Es por ende de carácter autoaplicativo, mientras que en el orden jurídico estadounidense el tratado solamente surte efectos cuando su Congreso expide una ley que lo hace valer y que en ocasiones indica criterios para su aplicación e interpretación.⁸

II. EL MECANISMO DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS DEL CAPÍTULO XI

La necesidad de mantenerse en un plano competitivo en la lucha por captar la inversión extranjera directa y preservar al mismo tiempo la conducción de las áreas estratégicas de la economía fueron los dos elementos destacables de la estrategia de negociación del gobierno de México en el capítulo de inversión en el Tratado.⁹

El Capítulo XI del TLCAN se divide en dos secciones, la A y la B. La sección A se refiere a la inversión en el territorio de las partes del Tratado, su ámbito, el nivel mínimo de trato a otorgarse a los inversionistas de una parte, que no podrá ser menos favorable que el otorgado a los nacionales del país de que se trate en circunstancias similares, así como la aplicación de la Cláusula de Nación Más Favorecida.

La sección B del Capítulo XI del TLCAN responde a la búsqueda por parte de los inversionistas de las mejores condiciones de seguridad, certeza jurídica y rendimientos. Se pretende con el Capítulo XI, ofrecer

7 Patiño Manfer, Ruperto, "Acceso a mercados", en Witker, Jorge (coord.), *El Tratado de Libre Comercio de América del Norte. Análisis, diagnóstico y propuestas jurídicas*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1993, t. I, p. 113.

8 Véase Adame Goddard, Jorge, "El Tratado de Libre Comercio en el orden jurídico mexicano", en Witker, Jorge (coord.), *El Tratado de Libre Comercio de América del Norte. Análisis, diagnóstico y propuestas jurídicas*, cit., nota 7, p. 80.

9 Heftye Etienne, Fernando, "El capítulo de inversión del Tratado de Libre Comercio de Norteamérica", *Panorama jurídico del Tratado de Libre Comercio II*, México, Universidad Iberoamericana, Departamento de Derecho, 1993, p. 31.

un clima más atractivo a las inversiones extranjeras en México,¹⁰ de ahí la creación de un mecanismo arbitral especial para prevenir y resolver las controversias que pudieren surgir cuando un inversionista considere que se le está vulnerando algún derecho. Dicho mecanismo se encuentra en la sección B del Capítulo XI.¹¹

El mecanismo busca asegurar un trato igual entre inversionistas de las partes del tratado, de acuerdo con el principio de reciprocidad internacional y de debido proceso legal ante un tribunal imparcial.¹²

El sistema que se utilizará para resolver las controversias es, como señalamos, el arbitraje, pero primero deberá acudirse a las consultas y a la negociación.¹³

El artículo 1116 establece que el inversionista de un Estado parte podrá someter al arbitraje una reclamación en el sentido de que otro Estado parte ha violado una obligación relativa a:

1. La sección A del Capítulo XI relativa al concepto de inversión, trato nacional, nivel de trato, requisitos de desempeño, transferencias, expropiación e indemnización, apertura sectorial, altos ejecutivos y consejos de administración, y denegación de beneficios.¹⁴

2. El artículo 1503(2) relativo a la obligación de los Estados parte de que las empresas de Estado actúen en conformidad con los Capítulos XI y XIV del Tratado.

3. El párrafo 3(a) del artículo 1502 relativo a monopolios y empresas de Estado, cuando el monopolio ha actuado de manera incompatible

¹⁰ Resulta interesante la crítica de José E. Álvarez en el sentido de que “The rhetoric of NAFTA investment chapter suggest that all three NAFTA parties assume the «same» duties and take the same risks. The reality is a world in which U.S. laws and risk-taking remain essentially the same while Mexican policymakers are expected to complete and institutionalize an economic revolution without the resources needed to alleviate the inevitable adjustment pains”. Véase su trabajo “North American Free Trade Agreement’s Chapter Eleven”, *The University of Miami Inter-American Law Review*, vol. 28, núm. 2, invierno de 1996-1997, p. 305.

¹¹ Sobre este capítulo véase Cruz Miramontes, Rodolfo y Cruz Barney, Óscar, “El arbitraje: los diversos mecanismos de solución de controversias. Análisis y práctica en México”, *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, t. VII.

¹² TLCAN, artículo 1115.

¹³ TLCAN, artículo 1118. Sobre el tema de solución de controversias en el tema de inversiones véase Ortiz Ahlf, Loretta, “Mecanismos internacionales para la solución de controversias internacionales en materia de inversión extranjera”, *Jurídica, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, México, núm. 21, 1992.

¹⁴ TLCAN, artículos 1101 a 1114.

con las obligaciones de la parte de conformidad con la sección A del Capítulo XI.

4. Que el inversionista haya sufrido pérdidas o daños en virtud de la violación o a consecuencia de ella.

Cabe destacar que el inversionista pierde su derecho a presentar una reclamación si han transcurrido más de tres años a partir de la fecha en la cual tuvo conocimiento por primera vez o debió haber tenido conocimiento de la presunta violación, así como conocimiento de que sufrió pérdidas o daños.

De acuerdo con el artículo 1120 del Tratado, para que un inversionista pueda someter una reclamación al arbitraje, deben haber transcurrido seis meses desde que tuvieron lugar los actos que la motivaron.¹⁵

El arbitraje del Capítulo XI del TLCAN se puede llevar a cabo conforme a alguno de los siguientes reglamentos de arbitraje:

1. El convenio del Centro Internacional para el Arreglo de las Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI),¹⁶ siempre y cuando tanto la parte contendiente como la parte del inversionista sean Estados parte del mismo;

2. Las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI, cuando la parte contendiente o la parte del inversionista, pero no ambas, sean parte del CIADI;¹⁷

3. Las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI o UNCITRAL.

Como señala Claus Von Wobeser, a la fecha sólo los Estados Unidos de América son parte del CIADI, no siéndolo ni México ni Canadá.

¹⁵ México hizo una importante reserva a este artículo al señalar que no se le podrá demandar invocando violaciones al TLCAN tanto en un procedimiento arbitral conforme al Capítulo XI como en un tribunal judicial o administrativo mexicano, siendo jurisdicciones excluyentes entre sí. Véase Anexo 1120.1. Se ha mencionado a este lapso de seis meses como un “periodo de enfriamiento”. Véase Rábago Dorbecker, Miguel, “La interpretación del Capítulo XI del TLCAN: la práctica por parte de los tribunales arbitrales en los que ha participado México”, *The University Journal (sic)*, México, vol. II, núm. 1, primavera de 2002, p. 195.

¹⁶ Sobre el CIADI véase Vives Chillida, Julio A., *El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)*, Madrid, McGraw-Hill, 1998.

¹⁷ El arbitraje del CIADI es de naturaleza mixta al presentarse entre Estados soberanos por un lado y entes particulares o privados por el otro. Véase González de Cossío, Francisco, “México ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones”, *Pauta, Boletín informativo del Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio*, México, núm. 32, 2001, p. 38.

Por tanto, mientras Canadá y México no se adhieran a ese Convenio, los arbitrajes del Capítulo XI del TLCAN se regularán siempre por las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI o por las Reglas de UNCITRAL. En cambio se regularán por el Mecanismo Complementario cuando el inversionista sea de los Estados Unidos de América o el demandado sea este país y por las Reglas de UNCITRAL en todos los demás casos. Por tanto los conflictos entre inversionistas canadienses y México o entre inversionistas mexicanos y Canadá se regularán por las Reglas de UNCITRAL.¹⁸

Cada una de los Estados parte consintió en someter reclamaciones al arbitraje con apego a los procedimientos establecidos en el TLCAN. El consentimiento y el sometimiento de una reclamación al arbitraje por parte de un inversionista contendiente deberá hacerse por escrito y cumplir con los requisitos establecidos en el capítulo II del CIADI y las Reglas del Mecanismo Complementario; el artículo II de la Convención de Nueva York o el artículo I de la Convención Interamericana que requiere un acuerdo.¹⁹

El tribunal arbitral se integrará por tres árbitros, cada parte contendiente podrá nombrar uno y el tercero, presidente del tribunal, será designado de común acuerdo de las partes.

En caso de que una de las partes no designen al arbitro que les corresponde o cuando las partes contendientes no se pongan de acuerdo en el nombramiento del presidente corresponde al secretario general del CIADI su nombramiento.²⁰

Salvo que las partes acuerden otra cosa, el procedimiento arbitral se lleva a cabo en el territorio de un Estado parte que sea parte de la Convención de Nueva York, determinado de conformidad con las reglas que rijan el arbitraje en particular.²¹ Esto se contempló con la intención de evitar que el procedimiento se desahogase en jurisdicciones ajenas a la región.²²

18 Von Wobeser, Claus, "Arbitraje entre Estados e inversionistas de acuerdo al TLCAN y a los APPRIS suscritos por México", *El Foro, Órgano de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados*, México, undécima época, t. XII, núm. 2, segundo semestre de 1999, p. 25. Sobre este capítulo véase también a Pérez Miranda, Rafael, "La protección de la inversión extranjera y la solución de controversias en la materia", *Abogados*, México, núm. 32, enero-abril de 1996.

19 TLCAN, artículo 1122.

20 Von Wobeser, Claus, *op. cit.*, nota 18, p. 26. TLCAN, artículo 1124. En este sentido se salva el escollo presente en los mecanismos de los Capítulos XIX y XX relativos a la falta de nombramiento de los panelistas o árbitros.

21 TLCAN, artículo 1130.

22 Heftye Etienne, Fernando, *op. cit.*, nota 9, p. 40.

En cuanto al derecho aplicable a la controversia, el tribunal arbitral decidirá la controversia de acuerdo con el texto del TLCAN y con las disposiciones aplicables del derecho internacional.

En lo que se refiere al laudo arbitral, éste será obligatorio y podrá considerar el pago de daños pecuniarios más los intereses correspondientes, inclusive en el caso de la restitución de la propiedad. Cabe destacar que el tribunal arbitral sólo podrá otorgar daños pecuniarios e intereses debidos, en ciertos casos la restitución de la propiedad al inversionista, quedando vedada la posibilidad de condenar al pago de intereses punitivos.²³

El Capítulo XI del TLCAN constituye así un novedoso instrumento de solución de controversias, con plena vigencia práctica, que se refleja en casos importantes como el “Caso Azinian”²⁴ cuyo laudo se dictó el primero de noviembre de 1999, favorable a México.²⁵

Este mecanismo no deja de ser inequitativo y discriminatorio en perjuicio de los inversionistas nacionales quienes no podrán acudir a los paneles en cuestión si el problema posible lo causa una decisión de autoridad mexicana. Durante las negociaciones del TLCAN Rodolfo Cruz Miramontes manifestó públicamente el rechazo a tal tratamiento y a la posible afectación de la Cláusula Calvo (publicada en el periódico *El Nacional* de 3 de junio de 1992). Algunos estudiosos en la materia lo explican como una medida más política que jurídica ya que el TLCAN “...significa en sí mismo, un paso demasiado audaz en la posición tradicional de México”.²⁶

23 Siqueiros, José Luis, “Una visión panorámica de los mecanismos de arbitraje entre Estados e inversionistas”, *De Legibus, Revista de The Harvard Law School Association*, México, año I, núm. 1, 2002, pp. 103 y 104.

24 Caso núm. ARB(AF)97/2 de 24 de marzo de 1997, entre *Robert Azinian y otros vs. los Estados Unidos Mexicanos*.

25 Sobre este caso véase los trabajos de Estavillo Castro, Fernando, “Azinian vs. México: First Final Award Rendered under Chapter Eleven of NAFTA”, *News and Notes from The Institute for Transnational Arbitration*, Estados Unidos de América, vol. 14, núm. 1, 2000, y “Solución de controversias en materia de inversión, conforme al Capítulo XI del Tratado de Libre Comercio de América del Norte”, *Pauta, Boletín informativo del Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio*, México, año 99, núm. 29, 2000.

26 Pereznierto Castro, Leonel, “Algunos aspectos del sistema de solución de controversias en el tratado norteamericano de libre comercio”, *Jurídica, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, México, núm. 23, 1994.

Las notas interpretativas de ciertas disposiciones del Capítulo XI

El 31 de julio de 2001 la Comisión de Libre Comercio del TLCAN emitió en la Ciudad de Washington D. C. unas *Notas interpretativas de ciertas disposiciones del Capítulo XI* para aclarar y confirmar el significado de algunos de sus artículos. Conocer su contenido es importante para entender el desarrollo de los procedimientos a partir de su fecha de emisión.²⁷

El documento firmado por los señores Robert B. Zoellick (United States Trade Representative), Luis Ernesto Derbez Bautista (Secretaría de Economía de México) y Pierre S. Pettigrew (Minister for International Trade del Canadá) se refiere a dos temas en particular que son: *a)* el Acceso a Documentos y *b)* el Nivel Mínimo de Trato conforme al derecho internacional.

A. Acceso a documentos

Se establecen los siguientes puntos:

1. Nada en el TLCAN impone un deber general de confidencialidad a las partes en la disputa en un arbitraje del Capítulo XI y sujeto a la aplicación del artículo 1137(4), nada en el TLCAN impide a las partes proveer acceso público a los documentos presentados o emitidos ante o por un tribunal arbitral del Capítulo XI.

2. Nada en las Reglas de Procedimiento aplicables conforme al artículo 1120(2) impone un deber de confidencialidad a las partes para proveer acceso público a los documentos presentados o emitidos ante o por un tribunal arbitral del Capítulo XI.

En virtud de lo anterior, las partes se comprometen a poner a disposición del público en el menor tiempo posible todos los documentos presentados ante o emitidos por un tribunal arbitral del Capítulo XI, sujetos a las limitaciones de divulgación derivadas de la información confidencial de negocios, información privilegiada u otra información que la parte deba retener conforme a las reglas de procedimiento aplicables.

Asimismo, las partes señalan que la información confidencial o privilegiada podrá compartirse con aquellas personas directamente relacio-

²⁷ Puede consultarse su versión en idioma inglés en la página web del *Ministère des Affaires étrangères et du Commerce International del Canadá*. <http://www.dfait-maeci.gc.ca/tma-nac/NAFTA-Interpr-en.asp>. Se incluye como apéndice al final del presente estudio.

nadas con el caso en disputa para la presentación del mismo caso, o bien, con los funcionarios públicos correspondientes, asegurando siempre el mantenimiento de dicha información como confidencial o privilegiada.

Se deja claro que estas notas interpretativas no obligan a las partes a divulgar información que afecte a la seguridad nacional o impida el cumplimiento de las leyes conforme a los artículos 2102 y 2105.

Este acuerdo es de gran importancia, ya que los procedimientos se han llevado tradicionalmente con gran secrecía y reserva. En su implementación, llama la atención que las páginas web del Departamento de Estado de los Estados Unidos y del Ministerio de Asuntos Internacionales de Canadá no contienen la misma información sobre los casos existentes, llama más la atención que en la correspondiente de la Secretaría de Economía no aparece información alguna hasta el mes de junio de 2003.

La página que contiene la información más completa es de un particular.²⁸

B. Nivel mínimo de trato conforme al derecho internacional

Las partes confirmaron que el artículo 1105(1) establece el nivel mínimo de trato para los extranjeros conforme al derecho internacional consuetudinario como el que debe otorgarse a las inversiones de inversionistas de una de las partes. En este sentido conceptos como “trato justo y equitativo” y “protección y seguridad totales” no exigen de un trato adicional o más allá de lo establecido por el derecho internacional consuetudinario como nivel mínimo de trato para un extranjero.

Finalmente, las partes hacen una declaración que debe tomarse en cuenta en los procedimientos subsecuentes consistente en que la determinación de que ha habido una violación a alguna disposición del TLCAN o de otro tratado internacional, no constituye por sí misma una violación al artículo 1105(1).

El tema del nivel mínimo de trato se ve ahora acotado por las notas interpretativas, en favor de los gobiernos que reciben la inversión extranjera, beneficio que se refuerza con la aclaración hecha al final de las *Notas* en relación a la violación de otra disposición del tratado.

III. LA PROTECCIÓN AL MEDIO AMBIENTE EN EL TLCAN

La inversión extranjera es uno de los objetivos fundamentales del TLCAN, vista como medio para obtener un crecimiento económico y un desarrollo sustentable, sin embargo, existe la preocupación de que las disposiciones relativas a inversión dentro del TLCAN se conviertan en “armas estratégicas” para aquellas empresas que busquen evadir las disposiciones ambientales locales.

El gobierno del entonces presidente de los Estados Unidos William Clinton promovió y presionó²⁹ a la firma de dos acuerdos “paralelos” al TLCAN que fueron el Acuerdo de Cooperación Ambiental³⁰ y el Acuerdo de Cooperación Laboral, firmados ambos en 1993.³¹

En el preámbulo del Acuerdo Ambiental se confirma la importancia de las metas ambientales del TLCAN y de la participación de la sociedad en la conservación, protección y mejoramiento del medio ambiente.

En sus 51 artículos, el Acuerdo Ambiental se divide en siete partes y cinco anexos.³²

Se crea una Comisión para la Cooperación Ambiental (CCA), integrada por un Consejo,³³ un Secretariado y un Comité Consultivo.

El CCA representa una muestra patente del compromiso adquirido en el Acuerdo Ambiental,³⁴ y un reto serio para las políticas ambientales en México.³⁵

29 Steinberg, Richard H., “Trade-Environment Negotiations in the EU, NAFTA and WTO: Regional Trajectories of Rule Development”, *American Journal of International Law*, Washington, vol. 91, núm. 2, abril de 1997, pp. 248 y 249.

30 En lo sucesivo “Acuerdo Ambiental”.

31 “...in order to explicitly and qualitatively provide mechanisms to protect the environment”. Véase Blum, Jonathan S., “The FTAA and the Fast Track to Forgetting the Environment: A Comparison of the NAFTA and the MERCOSUR Environmental Models as Examples for the Hemisphere”, *Texas International Law Journal*, Austin, Texas, vol. 35, núm. 3, verano de 2000, p. 449.

32 Para este Acuerdo Ambiental véase Cruz Miramontes, Rodolfo, *El TLC: controversias, soluciones y otros temas conexos*, 2a. ed., México, Porrúa, 2002.

33 Integrado a su vez por representantes de las partes a nivel de secretaría de Estado o su equivalente, o por las personas designadas por ellos, fijando sus propias reglas y procedimientos y reuniéndose cuando menos una vez al año en sesiones ordinarias. Artículo 8o., Acuerdo Ambiental.

34 Díaz, Luis Miguel, “Private Rights under the Environment and Labor Agreements”, *United States-Mexico Law Journal*, Albuquerque, Nuevo México, vol. 2, Symposium de 1994, p. 15.

35 Gaines, Stanford E., “NAFTA, the Environment, and México: the Challenge and the Opportunity for Change from New International Institutions”, *Ars Iuris, Revista del Instituto de Documentación e Información Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana*, México, núm. 27, 2002, p. 238.

Por su parte el Capítulo XI en su artículo 1114 establece en materia de medidas relativas al medio ambiente:

1. Nada de lo dispuesto en este capítulo se interpretará como impedimento para que una parte adopte, mantenga o ponga en ejecución cualquier medida, por lo demás compatible con este capítulo, que se considere apropiada para asegurar que las inversiones en su territorio de efectúen tomando en cuenta inquietudes en materia ambiental.

2. Las partes reconocen que es inadecuado alentar la inversión por medio de un relajamiento de las medidas internas aplicables a salud o seguridad o relativas a medio ambiente. En consecuencia, ninguna parte debería renunciar o derogar, dichas medidas como medio para inducir el establecimiento, la adquisición, la expansión o conservación de la inversión de un inversionista en su territorio. Si una parte estima que otra parte ha alentado una inversión de tal manera, podrá solicitar consultas con esa otra parte y ambas consultarán con el fin de evitar incentivos de esa índole.³⁶

Este artículo 1114 busca ofrecer una protección efectiva en contra de la relajación de medidas ambientales internas para favorecer el flujo de inversiones, de ahí la importancia de su estricta aplicación y observancia en los procedimientos iniciados conforme a la sección B del Capítulo XI.

Se considera que el TLCAN constituye uno de los acuerdos comerciales internacionales más “verdes” en la historia, si bien, no contiene disposiciones específicas en el tema de desechos peligrosos,³⁷ pese a que el incremento en la producción derivado de la firma del tratado, tiene como consecuencia el incremento en la generación de desechos peligrosos. Tampoco hace nada por fortalecer las disposiciones internas en materia ambiental.³⁸

Sin embargo, las Partes del TLCAN incorporan al tratado conforme al artículo 104, párrafo 1, y al Anexo 104.1 diversos acuerdos sobre el tema ambiental:

³⁶ De no tener éxito dichas consultas, se podría acudir al mecanismo general del Capítulo XX.

³⁷ En este sentido Eaton, David W., “NAFTA and the Environment: A proposal for Free Trade in Hazardous Waste between the United States and México”, *St. Mary's Law Journal*, San Antonio, Texas, vol. 27, núm. 4, 1996, pp. 737 y 738. Asimismo, Condon, Bradley J., “NAFTA and the Environment: a Trade-Friendly Approach”, *Northwestern Journal of International Law & Business*, Chicago, Illinois, vol. 14, núm. 3, primavera de 1994, pp. 528.

³⁸ Condon, Bradley J., “NAFTA and the Environment: a Trade-Friendly Approach”, *Northwestern Journal of International Law & Business*, nota anterior, p. 548.

— La Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Flora y Fauna Silvestres, celebrada en Washington el 3 de marzo de 1973, enmendada el 22 de junio de 1979.

— El Protocolo de Montreal Relativo a las Sustancias Agotadoras de la Capa de Ozono, del 16 de septiembre de 1987, modificado el 29 de junio de 1990.

— El Convenio de Basilea sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de los Desechos Peligrosos y su Eliminación, del 22 de marzo de 1989 a su entrada en vigor para las partes del TLCAN.

— El Acuerdo entre el Gobierno de Canadá y el Gobierno de Estados Unidos de América en los Relativo al Movimiento Transfronterizo de Desechos Peligrosos, firmado en Ottawa el 28 de octubre de 1986; y

— El Convenio entre los Estados Unidos Mexicanos y los Estados Unidos de América sobre Cooperación para la Protección y Mejoramiento del Medio Ambiente en la Zona fronteriza, firmado el 14 de agosto de 1983 en La Paz, Baja California Sur.³⁹ Este acuerdo incluye un anexo III en materia de exportación de desechos peligrosos en la zona fronteriza.⁴⁰

IV. LOS CASOS METALCLAD CORPORATION *vs.* LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS; WASTE MANAGEMENT INC. *vs.* LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS Y METHANEX COP. *vs.* LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

Pese a la secrecía que rodea los procedimientos del Capítulo XI, se sabe que conforme al apartado B del mismo se han desarrollado cerca de 31 arbitrajes,⁴¹ algunos de ellos bajo el Mecanismo Complementario del CIA-

³⁹ Lucio Cabrera sostiene respecto de este convenio: “El Acuerdo de la Paz, de 1983, no es un tratado aprobado por el Senado mexicano y el Congreso de los Estados Unidos, sino un convenio entre los poderes ejecutivos. Por ello, también podría incluirse el convenio de febrero de 1992, entra la EPA estadounidense y SEDESOL, sobre la protección ambiental fronteriza...”. Véase Cabrera Acevedo, Lucio, “Aspectos del TNLC y la protección al ambiente”, *Panorama jurídico del Tratado de Libre Comercio II*, México, Universidad Iberoamericana, Departamento de Derecho, 1993, p. 111.

⁴⁰ Sobre el tema del medio ambiente en la zona fronteriza véase Williams, Edward J., “The Maquiladora Industry and Environmental Degradation in the United States-Mexico Borderlands”, *St. Mary’s Law Journal*, San Antonio, Texas, vol. 27, núm. 4, 1996.

⁴¹ Sobre los primeros véase Stephen Zamora en su trabajo “NAFTA at Seven Years”, *Ars Iuris, Revista del Instituto de Documentación e Información Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana*, México, núm. 27, 2002, p. 257.

DI, siendo en 14 de ellos México la parte demandada,⁴² 9 contra Canadá⁴³ y 8 contra Estados Unidos.⁴⁴ Se han resuelto tres de ellos: el primer caso es el de *Metalclad Corporation vs. United Mexican States*,⁴⁵ el segundo es

42 1) *Robert Azinian, Kenneth Davitian y Ellen Baca (EUA) vs. Estados Unidos Mexicanos* ICSID Case No. ARB (AF)/97/2;

2) *Metalclad Corporation (EUA) vs. Estados Unidos Mexicanos* ICSID Case No. ARB (AF)/97/1;

3) *Waste Management Inc. (EUA) vs. los Estados Unidos Mexicanos* ICSID Case No. ARB (AF)/98/2;

4) *Marvin Roy Feldman Karpa (EUA) vs. los Estados Unidos Mexicanos* ICSID Case No. ARB (AF)/99/1;

5) *Hachette Distribution Services (EUA y CAN) vs. los Estados Unidos Mexicanos*;

6) *Corn Products International, Inc. (EUA) vs. los Estados Unidos Mexicanos*;

7) *Inversionistas de GAM (EUA) vs. los Estados Unidos Mexicanos*.

8) *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. vs. los Estados Unidos Mexicanos* ICSID Case No. ARB (AF)/00/2;

9) *Waste Management Inc. (EUA) vs. los Estados Unidos Mexicanos* ICSID Case No. ARB (AF)/00/3;

10) *Adams et al. vs. los Estados Unidos Mexicanos*, registrado el 16 de febrero de 2001;

11) *International Thunderbird Gaming Corporation vs. los Estados Unidos Mexicanos*;

12) *Calmark Commercial Development Inc. (USA) vs. los Estados Unidos Mexicanos*;

13) *Robert S. Frank vs. los Estados Unidos Mexicanos*,

14) *Firemans Fund Insurance Company vs. los Estados Unidos Mexicanos* ICSID Case No. ARB (AF)/02/01.

43 1) *Signa, S.A. de C.V. (México) vs. Canadá*;

2) *Ethyl Corporation (EUA) vs. Canadá*;

3) *S.D. Myers, Inc. (EUA) vs. Canadá*;

4) *Sun Belt Water Inc. (EUA) vs. Canadá*;

5) *Pope & Talbot Inc. (EUA) vs. Canadá*;

6) *Crompton Corp. vs. Canadá*;

7) *Ketcham Investments, Inc. vs. Canadá*;

8) *Trammel Crow Company vs. Canadá*;

9) *United Parcel Service vs. Canadá*.

44 1) *ADF Group Inc. vs. United States of América* (Laudo dictado el 9 de enero de 2003). (Conforme a la información disponible en la página web del Departamento de Estado de los Estados Unidos de América. Véase <http://www.state.gov/s/l/c3741.htm>).

2) *Canfor Corporation vs. United States of América*.

3) *Kenex Ltd vs. United States of América*.

4) *The Loewen Group Inc. and Raymond L. Loewen vs. United States of América*.

5) *Mondev International Ltd. vs. United States of América*.

6) *Methanex Corp. vs. United States of América*. (1er Laudo parcial dictado el 7 de agosto de 2002).

7) *Doman Industries Ltd. vs. United States of América*.

8) *Tembec Corporation vs. United States of América*.

45 Caso núm. ARB(AF)/97/1 del 30 de agosto de 2000, entre *Metalclad Corporation vs. los Estados Unidos Mexicanos*.

el de de *Robert Azinian, Kenneth Davitian and Ellen Baca vs. United Mexican States*,⁴⁶ un tercero es el de *Waste Management Inc. vs. los Estados Unidos Mexicanos*.⁴⁷

Se han presentado otros dos más recientemente promovidos, uno por Corn Products Internacional Inc. en contra del impuesto al uso de fructosa en refrescos en México; y el otro por los accionistas de Grupo Gam S.A. de C.V. en contra del decreto de expropiación de los ingenios azucareros.

Algunos de los casos se han referido a temas ambientales o bien han tenido implicaciones en esa área, veremos dos de ellos.⁴⁸

1. *Metalclad Corporation vs. los Estados Unidos Mexicanos*

Este primer caso en iniciarse, resuelto el 30 de agosto de 2000 por un tribunal arbitral integrado por Benjamin R. Civiletti, José Luis Siqueiros y Elihu Lauterpacht como presidente del tribunal, involucró temas de carácter ambiental y violaciones en su resolución al artículo 1114 del TLCAN.

El conflicto se presentó entre la empresa estadounidense Metalclad Corp.⁴⁹ y el gobierno municipal de la localidad de Guadalcázar en el estado de San Luis Potosí,⁵⁰ alrededor de la negativa del municipio a otorgar un permiso de construcción para que Metalclad edificase un centro de confinamiento de desechos tóxicos en la entidad, pese a que Me-

46 Caso núm. ARB(AF)/97/2 de 24 de marzo de 1997, entre *Robert Azinian y otros* (Desechos Sólidos de Naucalpan o “Desona”) vs. *los Estados Unidos Mexicanos*. El laudo final se envió a las partes el 1o. de noviembre de 1999. Véase Von Wobeser, Claus, “El régimen legal de la inversión extranjera en el TLCAN y sus efectos en los flujos de capital hacia México”, en Leycegui, Beatriz y Rafael Fernández de Castro (coords.), *TLCAN ¿socios naturales? Cinco años del Tratado de Libre Comercio de América del Norte*, México, ITAM-Miguel Ángel Porrúa, 2000, p. 263. Zamora Etcharren, Rodrigo, “El Capítulo XI del TLCAN a la luz de tres laudos arbitrales”, *El Foro, Órgano de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, A.C.*, México, undécima época, t. XIII, núm. 2, segundo semestre de 2000, p. 9.

47 Caso núm. ARB(AF)/98/2 entre *Waste Management Inc. vs. los Estados Unidos Mexicanos*. El laudo se dictó el 2 de junio de 2000.

48 Existen otros casos además del de Metalclad y de Waste Management, como el de *Ethyl Corporation of Richmond, Virginia vs. the Government of Canada* (resuelto conforme a las reglas de la UNCITRAL). Sobre este caso véase Byrne, Justin, “NAFTA dispute resolution: Implementing true rule-based diplomacy through direct access”, *Texas International Law Journal*, Austin, Texas, vol. 35, núm. 3, verano de 2000, pp. 423 y ss. Asimismo, Zamora Etcharren, Rodrigo, *op. cit.*, nota 46, pp. 4-40.

49 En lo sucesivo “Metalclad”.

50 En lo sucesivo el “municipio”.

talclad contaba con los permisos correspondientes del gobierno federal, incluyendo los relativos al medio ambiente.⁵¹

El lugar del conflicto se ubica en La Pedrera, dentro del municipio de Guadalcázar, en donde una empresa mexicana Confinamiento Técnico de Residuos Industriales, S. A. de C. V.⁵² obtuvo del gobierno federal en 1990 un permiso para operar un centro de transferencia de desechos tóxicos, si bien aparentemente la empresa dispuso incorrectamente de los desechos al depositarles en dicho centro sin el tratamiento previo correspondiente. Esta actividad motivó que en septiembre de 1991 el gobierno federal clausurase el centro de transferencia.⁵³

En 1991 y 1992 el gobierno municipal negó a Confinamiento Técnico el permiso para construir en ese lugar un centro de confinamiento de desechos tóxicos. El argumento fue la oposición de la comunidad y el hecho de que la empresa no había llevado a cabo tareas de restauración del suelo contaminado.

En 1993, Confinamiento Técnico recibió de la Semarnap la autorización de impacto ambiental y el permiso de uso de suelo del gobierno estatal.

En ese entonces, Confinamiento Técnico estaba en negociaciones con Metalclad que en abril de 1993 resultaron en el derecho a favor de Metalclad para adquirir la empresa. El acuerdo estaba sujeto a la condición de que Confinamiento Técnico obtuviese el permiso de construcción correspondiente por parte del Municipio o bien una resolución judicial que le eximiese de dicho permiso.

En septiembre de 1993, Metalclad ejerció su opción de compra y adquirió a través de la empresa Ecosistemas Nacionales S. A. de C. V. (propiedad de Metalclad al 100%) a Confinamiento Técnico sin que ninguna de las dos condiciones señaladas se hubiesen cumplido, confiando en los ofrecimientos por parte del gobierno federal de que los permisos estarían en tiempo y forma.

51 Es por ello que en opinión de Stanford E. Gaines, este no es un caso de medidas ambientales, ya que Metalclad había cumplido con todas las medidas ambientales federales. Véase Gaines, Stanford E., *op. cit.*, nota 35, pp. 243 y 244.

52 En lo sucesivo "Confinamiento Técnico".

53 Para la descripción del problema nos basamos fundamentalmente en el trabajo de Tollefson, Chris, "Metalclad Corporation vs. United Mexican States Revisited: Judicial Oversight of NAFTA's Chapter Eleven Investor-State Claim Process", *Minnesota Journal of Global Trade*, Minneapolis, Minnesota, vol. 11, núm. 2, verano de 2002, pp. 187-191.

La construcción del centro se inició en abril de 1994 y en el mes de octubre de ese año el municipio detuvo las operaciones con base en que Metalclad no contaba con el permiso de construcción correspondiente a lo que Confinamiento Técnico inmediatamente solicitó el permiso correspondiente y reinició la construcción, misma que concluyó en marzo de 1995. El día de la inauguración, una manifestación popular impidió la apertura del mismo.

Por su parte, Metalclad estaba en negociaciones con Semarnap que llevaron a la firma de un Convenio por virtud del cual la Semarnap autorizaba a Metalclad a operar el centro por cinco años, a cambio de diversas obligaciones a cargo de Metalclad entre las que destacan:

- a) La restauración ecológica del lugar.
- b) El pago de dos pesos al municipio por tonelada recibida en el centro.
- c) La reserva de 34 hectáreas como zona de reserva para la conservación de las especies endémicas.
- d) Un descuento del 10% en el manejo de los desechos generados en el estado.
- e) Servicio de consulta médica gratuita para los habitantes del municipio.

Cabe destacar que en la negociación y firma del Convenio no participaron ni el municipio ni las autoridades estatales.⁵⁴

En diciembre de 1995 en una reunión celebrada sin la presencia de Metalclad, el municipio negó una vez más el permiso de construcción a Confinamiento Técnico, argumentando además de lo ya anteriormente dicho, el impacto ambiental adverso que se derivaría de la operación del centro.

Por su parte, el municipio inició un procedimiento administrativo en contra del Convenio firmado por la Semarnap que no prosperó. Entonces decidieron acudir al juicio de amparo para evitar la recepción de nuevos desechos tóxicos, obteniendo la suspensión provisional.

En mayo de 1996, Metalclad inició también un juicio de amparo, que le fue sobreesédo. Una vez interpuesta la revisión, decidieron desistirse tiempo después por virtud de las negociaciones con el municipio.

En octubre de 1996 Metalclad conforme al artículo 1119 del TLCAN notificó su intención de someter una reclamación al arbitraje. El artículo en cuestión establece:

⁵⁴ *Ibidem*, p. 190.

“El inversionista contendiente notificará por escrito a la parte contendiente su intención de someter una reclamación a arbitraje, cuando menos 90 días antes de que se presente formalmente la reclamación...”.

Durante la substanciación del procedimiento, el gobierno de San Luis Potosí emitió un decreto en materia de ecología que declaraba 188,758 hectáreas como zona de reserva ecológica, en donde se incluían las 814 que correspondían al centro, si bien el decreto garantizaba los derechos adquiridos con anterioridad y permitía el establecimiento de nuevas actividades siempre y cuando se hicieran conforme a derecho.

El arbitraje se llevó a cabo conforme a las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI, conforme al artículo 1120, párrafo 1, b) del TLCAN. La sede del arbitraje fue la ciudad de Vancouver, Canadá.

El tribunal arbitral tuvo que examinar las seis violaciones al TLCAN alegadas por Metalclad, destacando la violación a los artículos 1105 y 1110 por parte del gobierno de México, en términos del no otorgamiento a la inversión en La Pedrera de un trato acorde con el derecho internacional, un trato justo y equitativo, protección y seguridad plenas.

En agosto de 2000 el tribunal emitió su laudo habiendo tomado en consideración las pruebas y alegatos de las partes, incluidos los gobiernos de los tres países firmantes del TLCAN, declarando responsable al gobierno de México por las acciones tanto estatales como locales en el caso. El tribunal consideró que el gobierno de México violó sus obligaciones conforme al artículo 1105 en dos sentidos:

1. Al permitir la indebida negativa por parte del Municipio de otorgar el permiso de construcción a Metalclad, ya que los permisos para este tipo de centros son responsabilidad de las autoridades federales; y
2. El gobierno de México no garantizó la transparencia y seguridad del marco jurídico aplicable a la inversión.⁵⁵

Respecto del artículo 1110, éste se refiere a la imposibilidad de las partes para expropiar directa o indirectamente una inversión de un inversionista de otra parte en su territorio, salvo que sea:

- a) Por causa de utilidad pública;
- b) Sobre bases no discriminatorias;
- c) Con apego al principio de legalidad y al artículo 1105 (1); y
- d) Mediante indemnización conforme a los párrafos 2 a 6 del propio artículo 1110.

⁵⁵ Véase los números 100 y 101 del laudo en cuestión.

En este caso, el tribunal consideró que el gobierno de México había violado el artículo 1110 en dos formas:

1. Al permitir que el municipio actuara indebidamente frente a la inversión de Metalclad, que fue equivalente a una expropiación;⁵⁶ y
2. Por la ausencia de bases suficientes para que el municipio negara el permiso de construcción solicitado.

La violación a los artículos 1105 y 1110 llevaron a la frustración completa de la operación, acabando con cualquier posibilidad para Metalclad de recuperar su inversión. Por ello se fijó un monto de \$16,685.00 millones de dólares de indemnización a cargo del gobierno mexicano.⁵⁷

Cabe destacar que México solicitó en octubre de 2000 ante la Suprema Corte de Columbia Británica la revisión judicial del laudo arbitral, siendo aplicables a la revisión las disposiciones jurídicas del foro del lugar en donde fue emitido el fallo. Correspondió conocer de dicha revisión al juez Tysoe, quien emitió su resolución en mayo de 2001, complementando su fallo en octubre siguiente.

México alegó entre otros puntos, que el tribunal se excedió en sus facultades y se equivocó en su interpretación de los artículos 1105 y 1110. El exceso en su facultades lo cometió al haber fijado obligaciones de transparencia al gobierno mexicano que no existen como tales en el TLCAN y al haber actuado como si fuese un tribunal de apelaciones mexicano y no un tribunal arbitral.

Uno de los argumentos planteados por el gobierno del Canadá y de México ante el juez Tysoe fue la falta de consideración al carácter ambiental de la inversión y la ausencia de estudio por parte del laudo arbitral del artículo 1114(1) del TLCAN. El juez no atendió la petición canadiense y desestimó la petición mexicana, argumentando en la segunda que el análisis hecho por el tribunal arbitral respecto de dicho artículo no era patentemente falto de razón.⁵⁸

⁵⁶ Se debe tener presente que el TLCAN en ningún momento impide o niega el derecho de las partes a expropiar, únicamente atiende a la legalidad de tales expropiaciones. El TLCAN protege contra expropiaciones *de jure*, indirectas y medidas equivalentes. Véase Brower, Charles N., "NAFTA Chapter 11 Protections Against Expropriation", *White & Case LLP*, Washington, Documento del 19 de enero de 2000, pp. 3 y 5.

⁵⁷ *Ibidem*, pp. 193-195.

⁵⁸ *Ibidem*, pp. 226 y 227.

El juez Tysoe determinó la validez del laudo arbitral y confirmó la obligación de pago por parte de México, si bien consideró que México no había violado sus obligaciones en materia de transparencia conforme al artículo 1105.

2. *Waste Management Inc. vs. los Estados Unidos Mexicanos*

En este caso, Waste Management Inc. actuó por cuenta propia y en representación de Acaverde, S.A. de C.V. en contra del gobierno de México por violación supuesta a los artículos 1105 y 1110 del TLCAN a través del Banco Nacional de Obras y Servicios Públicos, S. N. C., el Estado de Guerrero y el Consejo de la Ciudad de Acapulco de Juárez.

En este caso, el tribunal arbitral declino la jurisdicción mediante laudo dictado el 2 de junio de 2000, en virtud de que la parte reclamante no había cumplido con el requisito establecido en el artículo 1121(2)(b) del TLCAN en el sentido de haber renunciado a los recursos locales o bien haberse desistido de los ya iniciados.⁵⁹

Una segunda demanda se presentó el 27 de septiembre de 2000.⁶⁰

3. *Methanex Corp. vs. los Estados Unidos de América*⁶¹

Methanex Corporation es una empresa comercializadora y distribuidora de metanol (componente del aditivo conocido como MTBE, utilizado para el octanaje y oxigenación de las gasolinas),⁶² constituida conforme a las leyes de Alberta, Canadá y actualmente funcionando bajo la *Canadian Business Corporations Act*.

Con sede en Vancouver, Columbia Británica, Methanex tiene instalaciones en Canadá, los Estados Unidos, Nueva Zelanda, Chile y Trinidad & Tobago.

El 3 de diciembre de 1999, Methanex notificó al gobierno de los Estados Unidos su intención de acudir al arbitraje conforme al Capítulo

⁵⁹ González de Cossío, Francisco, *op. cit.*, nota 17, p. 45.

⁶⁰ González de Cossío, Francisco, "The Mexican Experience with Investment Arbitration- A Comment", *The Journal of World Investment*, vol. 3, núm. 3, junio de 2002, p. 478.

⁶¹ Información sobre este caso y el texto del Primer Laudo Parcial se pueden consultar en la página web del Departamento de Estado de los EUA <http://www.state.gov/s/l/c5818.htm>

⁶² El MTBE es un competidor directo del ethanol, que desempeña una función similar en las gasolinas y que se obtiene tanto de la caña de azúcar como del maíz. En Estados Unidos el principal productor de ethanol es la empresa Archer Daniels Midland ADM.

XI del TLCAN, acompañando el texto de su reclamación (“reclamación original”), iniciando el procedimiento arbitral en los Estados Unidos de América conforme al artículo 3(2) de las Reglas del UNCITRAL y 1137(1) del TLCAN.

Methanex alegó la violación por parte del gobierno de los Estados Unidos a través del gobierno del Estado de California de los artículos 1105 y 1110 del TLCAN. La reclamante planteó que dicho gobierno local no otorgó a la empresa el nivel mínimo de trato requerido por el artículo 1105 y que tanto el gobierno local como el gobernador tomaron medidas equivalentes a la expropiación en contra de Methanex violando el artículo 1110(1). Esta reclamación original se presentó conforme al artículo 1116 del TLCAN solamente.

El 12 de febrero de 2001 Methanex presentó, pese a la oposición del gobierno de los Estados Unidos, una versión modificada de su reclamación “Reclamación modificada”, incluyendo una queja de discriminación por nacionalidad conforme al artículo 1102 del TLCAN, así como mayor argumentación en torno a los artículos 1105 y 1110 del Tratado. La reclamación modificada se presentó esta vez conforme a los artículos 1116 y 1117 del TLCAN.

Methanex presentó su reclamación en contra de las medidas tomadas por el gobierno del estado de California restringiendo el uso a nivel estatal del MTBE en la gasolina. Tales medidas se originaron en la Ley número 521 adoptada por el Senado estatal el 9 de octubre de 1997 que otorgó fondos (\$500,000 US) a la Universidad de California para llevar a cabo una investigación sobre los efectos del MTBE en las gasolinas para la salud humana y el medio ambiente en comparación con otros aditivos entre ellos el ethanol.

Mediante la orden ejecutiva D-5-99 expedida por el gobernador del estado de California del 25 de marzo de 1999 se señaló que existía un riesgo significativo de daño al medio ambiente por el uso de MTBE en las gasolinas en el estado. La citada orden fijaba el 31 de diciembre de 2002 como fecha límite para la suspensión del uso del MTBE a nivel estatal.

Además, se ordenó que en las gasolineras se señalara claramente cuáles bombas expendían gasolina adicionada con MTBE para así posibilitar al consumidor a tomar una decisión informada sobre cuál gasolina consumir.

La orden ejecutiva señalada fue implementada a través de las *Reglas CaRFG3* obligando a etiquetar las bombas de gasolina con la siguiente leyenda:

“Contains MTBE. The state of California has determined that use of this chemical presents a significant risk to the environment”.

Ordenó así mismo que a partir del 31 de diciembre de 2002 ninguna persona podría vender, ofrecer para su venta, proporcionar u ofrecer proporcionar gasolina californiana que hubiese sido elaborada con MTBE.⁶³

El gobierno de los Estados Unidos alegó la inadmisibilidad de la reclamación original de Methanex y la falta de jurisdicción del tribunal arbitral para conocer del caso. Tanto Canadá como México presentaron, conforme al artículo 1128 del TLCAN, escritos sobre el tema de la jurisdicción del tribunal.

Ante lo anterior, los días 11 a 13 de julio de 2001 se llevó a cabo una audiencia para tratar los temas de admisibilidad, jurisdicción y asuntos relacionados en las oficinas del Banco Mundial.

A la audiencia acudieron representantes no sólo de las partes sino también de los gobiernos de Canadá y de México. La audiencia se limitó a alegatos jurídicos con base en los hechos alegados por las partes. El tribunal permitió a Methanex la presentación de la reclamación modificada.

En las reclamaciones presentadas por Methanex, se alega la arbitrariedad en las decisiones del gobierno estatal y la falta de equidad al penalizar solamente a uno de los componentes de la gasolina, en violación al artículo 1105 del TLCAN, así como del 1102 por discriminación al buscar beneficiar a la industria doméstica de ethanol.

Methanex adujo asimismo, que las medidas acabarían con el negocio de la empresa filial Methanex-US y de la dueña de sus acciones Methanex-Fortier en el estado. Inclusive llevarían al cierre de la planta de Methanex-Fortier. En resumen, Methanex alega que las medidas estadounidenses constituyen una retención disfrazada al comercio y a la inversión con el fin de otorgar ventajas y proteger a la industria estadounidense del ethanol a través de disposiciones medioambientales que ponen el desventaja al methanol y al MTBE.

En el primer laudo parcial, el tribunal (integrado por tres árbitros que son Van Vechten Veeder de la Essex Court Chambers, Inglaterra como

63 Véase *Methanex Corp. vs. United States of America*, 1er. laudo parcial, núms. 25-34.

presidente, William Rowley, abogado canadiense y Warren Christopher, abogado estadounidense) señala que su laudo parcial no ha escuchado todavía evidencia alguna por parte del gobernador del estado, ni de su legislatura ni de ADM. Por lo mismo, el laudo solamente se refiere a la jurisdicción del propio tribunal y a la admisibilidad de la reclamación.

Los Estados Unidos presentaron siete argumentos en contra de la admisibilidad de la reclamación y de la jurisdicción del tribunal arbitral, consistentes en:⁶⁴

- I. La no existencia de una causa próxima conforme al artículo 1116(1).
- II. La no existencia de una violación a los derechos de la reclamante por las medidas de los EUA conforme a los artículos 1105 y 1110.
- III. La falta de una conexión o vínculo suficiente entre las medidas de los Estados Unidos de América y Methanex o sus inversiones.
- IV. La ausencia de pérdidas por parte de la reclamante conforme al 1116(1) ya que la prohibición del MTBE no ha sido llevada a efecto.
- V. La imposibilidad para Methanex de presentar la reclamación conforme al 1116(1) a nombre de sus inversiones en los Estados Unidos de América.
- VI. El que la reclamante no renunció a su derecho a iniciar o continuar cualquier procedimiento con respecto a la medida de los Estados Unidos de América ante cualquier tribunal administrativo o judicial, tal como lo exige el artículo 1121(b).
- VII. La improcedencia de la reclamación de discriminación conforme al 1102.

El tribunal decidió en su laudo desechar las reclamaciones I, II, IV, V y VII.

En cuanto al punto VI, consideraron que no hay razón para pronunciarse sobre el mismo ya que la renuncia fue acordada en la audiencia de julio de 2001.

Respecto al punto III, el tribunal decidió que el artículo 1101(1) del TLCAN requiere de algo más que el mero efecto de una medida, exigiendo una conexión jurídica significativa entre la medida y el inversionista. Lo anterior conforme a una interpretación derivada del significado ordinario del término “relating to” (“relativas a” en el texto en español) al hablar

⁶⁴ *Ibidem*, núms. 84-94.

de la falta de una conexión o vínculo suficiente entre las medidas de los Estados Unidos de América y Methanex o sus inversiones alegada por los Estados Unidos de América. Sin embargo, el tribunal también señala que en la reclamación modificada y en los alegatos orales presentados por Methanex se podría encontrar el vínculo o relación exigidas por el TLCAN, por lo que se deja para otro laudo parcial la decisión en este punto, tan pronto se cuente con los elementos necesarios, conforme a los artículos 21(4) y 32(1) de las reglas de la UNCITRAL.

Finalmente, el tribunal decidió lo siguiente:

1. En cuanto a la admisibilidad de la reclamación, se desechan las alegaciones de los Estados Unidos de América.

2. En cuanto a la jurisdicción sobre la reclamación original, se decidió que dicha reclamación no cumple con los requisitos del artículo 1101(1) del TLCAN, por lo que el tribunal carece de jurisdicción para conocer de tal reclamación original.

3. En cuanto a la jurisdicción sobre la reclamación modificada, se decidió que dicha reclamación modificada *como un todo* no cumple con los requisitos del artículo 1101(1) del TLCAN, por lo que el tribunal carece de jurisdicción para conocer de tal reclamación modificada *como un todo*.

4. Sin embargo, el tribunal decidió que ciertas partes de la reclamación Modificada y de los alegatos orales sí caen bajo la jurisdicción del mismo, pero dada la imposibilidad del tribunal de decidir sobre el caso sin una nueva reclamación conforme a los artículos 18 y 19 de la UNCITRAL, se ordena que:

5. La Reclamante deberá presentar una Nueva Reclamación en un plazo no mayor a 90 días contados desde el 7 de agosto del 2002.⁶⁵

V. CONCLUSIÓN

El artículo 1114 es claro al establecer que nada de lo dispuesto en el Capítulo XI se interpretará como impedimento para que una parte adopte, mantenga o ponga en ejecución cualquier medida, por lo demás compatible con dicho capítulo, que se considere apropiada para asegurar que las inversiones en su territorio de efectúen tomando en cuenta inquietudes en materia ambiental.

⁶⁵ Se presentó el 5 de noviembre de 2002.

El caso Metalclad es un ejemplo lamentable de falta de coordinación entre las entidades del gobierno federal y los gobiernos locales, de haberse contado con la misma quizás se habrían evitado los problemas subsecuentes y el haber perdido el caso ante el mecanismo del Capítulo XI.

El otro caso notable es el de Methanex, por las implicaciones políticas y de aparente protección a la industria local que se ha alegado están presentes en las acciones del gobierno estatal, quedando el medio ambiente en un segundo plano.

El propósito claro del mecanismo del Capítulo XI es garantizar al inversionista extranjero un clima de seguridad jurídica, de ahí el abrirle un mecanismo especial de solución de controversias. Esto se traduce en un trato discriminatorio para el inversionista nacional.

La gran cantidad de casos iniciados bajo el esquema estudiado, que en el caso de México es ciertamente alarmante llevó a las partes a firmar las *Notas interpretativas* que analizamos en páginas anteriores, con la idea fundamental de remitir al derecho internacional consuetudinario y no simplemente al derecho internacional como se planteaba originalmente en el tema del nivel mínimo de trato, trato justo y equitativo y protección a la inversión extranjera.

El tema del acceso a la información derivada de los paneles del Capítulo XI, pese a la interpretación de las *Notas*, sigue estando pendiente de resolverse, pues no deja de ser notable el que la mayor cantidad de información sobre los procedimientos se encuentre en una página particular y no en los sitios oficiales de los tres gobiernos, que en el caso del mexicano todavía está pendiente de poner al alcance del público la información correspondiente.

VI. APÉNDICE

Notes of Interpretation of Certain Chapter 11 Provisions (NAFTA Free Trade Commission, July 31, 2001)

Having reviewed the operation of proceedings conducted under Chapter Eleven of the North American Free Trade Agreement, the Free Trade Commission hereby adopts the following interpretations of Chapter Eleven in order to clarify and reaffirm the meaning of certain of its provisions:

A. *Access to documents*

1. Nothing in the NAFTA imposes a general duty of confidentiality on the disputing parties to a Chapter Eleven arbitration, and, subject to the application of Article 1137(4), nothing in the NAFTA precludes the parties from providing public access to documents submitted to, or issued by, a Chapter Eleven tribunal.

2. In the application of the foregoing:

a. In accordance with Article 1120(2), the NAFTA parties agree that nothing in the relevant arbitral rules imposes a general duty of confidentiality or precludes the parties from providing public access to documents submitted to, or issued by, Chapter Eleven tribunals, apart from the limited specific exceptions set forth expressly in those rules.

b. Each party agrees to make available to the public in a timely manner all documents submitted to, or issued by, a Chapter Eleven tribunal, subject to redaction of:

i. confidential business information;

ii. information which is privileged or otherwise protected from disclosure under the Party's domestic law; and

iii. information which the Party must withhold pursuant to the relevant arbitral rules, as applied.

c. The parties reaffirm that disputing parties may disclose to other persons in connection with the arbitral proceedings such unredacted documents as they consider necessary for the preparation of their cases, but they shall ensure that those persons protect the confidential information in such documents.

d. The parties further reaffirm that the Governments of Canada, the United Mexican States and the United States of America may share with officials of their respective federal, state or provincial governments all relevant documents in the course of dispute settlement under Chapter Eleven of NAFTA, including confidential information.

3. The parties confirm that nothing in this interpretation shall be construed to require any party to furnish or allow access to information that it may withhold in accordance with articles 2102 or 2105.

B. *Minimum Standard of Treatment in Accordance with International Law*

1. Article 1105(1) prescribes the customary international law minimum standard of treatment of aliens as the minimum standard of treatment to be afforded to investments of investors of another party.

2. The concepts of “fair and equitable treatment” and “full protection and security” do not require treatment in addition to or beyond that which is required by the customary international law minimum standard of treatment of aliens.

3. A determination that there has been a breach of another provision of the NAFTA, or of a separate international agreement, does not establish that there has been a breach of article 1105(1).

Closing Provision

The adoption by the Free Trade Commission of this or any future interpretation shall not be construed as indicating an absence of agreement among the NAFTA Parties about other matters of interpretation of the Agreement.

Done in triplicate at Washington, D.C., on the 31st day of July, 2001, in the English, French and Spanish languages, each text being equally authentic.

For the government of the United States of America

Robert B. Zoellick
United States Trade Representative

For the government of the United Mexican States

Luis Ernesto Derbez Bautista
Secretary of Economy

For the government of Canada

Pierre S. Pettigrew
Minister for International Trade