

## **SOLUCION DE CONTROVERSIAS EN MATERIA DE INVERSION, CONFORME AL CAPITULO XI DEL TRATADO DE LIBRE COMERCIO DE AMERICA DEL NORTE.**

*Lic. Fernando Estavillo C.\**

Las cuestiones relativas a la protección de inversiones, constituyen siempre una fuente de preocupación y de interés, para todos aquellos inversionistas potenciales que se proponen realizar inversiones en el extranjero. En el escenario actual de los negocios internacionales, caracterizado por una globalización creciente, el tema adquiere asimismo un interés creciente.

Una muestra de lo anterior, lo constituye el hecho de que países como México, tradicionalmente celosos de su soberanía y en los que la llamada cláusula Calvo se mantiene vigente y forma parte de nuestro derecho positivo, no pueden mantenerse al margen de la creciente tendencia aperturista que conlleva la espiral globalizadora y, para no perder su competitividad como posible sede de nuevas inversiones de extranjeros, modifican convencionalmente su derecho positivo para adoptar, en el marco de tratados bilaterales o multilaterales, compromisos en materia de protección de las inversiones de extranjeros.

Es ésta la tendencia que prevalece a nivel mundial y la Cámara de Comercio Internacional ha sido sensible a esta inquietud y activa en esta materia, como lo denota la reunión internacional que organizó en París el 29 de marzo de 2000, con motivo del vigésimo aniversario de su Instituto de Derecho Mundial de los Negocios (ICC Institute of World Business Law).

Dicha reunión ratificó la importancia de la promoción de reglas que garanticen la protección de las inversiones de extranjeros, haciendo además una reseña de los convenios internacionales existentes en materia de protección de inversiones, así como enfatizando la importancia de los convenios de inversión entre estados e inversionistas extranjeros y de la disponibilidad de medios extrajudiciales de solución de controversias en materia de inversión, entre el estado anfitrión y el inversionista extranjero.

La celebración de tratados internacionales en materia de protección de las inversiones de extranjeros y el establecimiento de medios extrajudiciales privados, para la solución definitiva y obligatoria de las controversias en materia de inversión, que surjan entre el estado anfitrión y el inversionista extranjero, hasta hace pocos años habría parecido impensable en México; sin embargo, en ese marco de globalización y apertura que se ha mencionado, empezó a ser una realidad de gran envergadura a partir de la celebración del Tratado de Libre Comercio de América del Norte. El Capítulo Mexicano de la Cámara de Comercio Internacional (ICC México) ha estado igualmente interesado en el tema y los siguientes comentarios reflejan lo expuesto en la reunión organizada el 1º. de marzo de 2000 por ICC México, para analizar las disposiciones del Capítulo XI de dicho Tratado en lo relativo a solución de controversias en materia de inversión.

Independientemente de los métodos de solución de controversias que regula el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), en su Capítulo XIX (Revisión y solución de controversias en materia de cuotas antidumping y compensatorias) y en su Capítulo XX (Disposiciones institucionales y procedimientos para la solución de controversias), el Capítulo XI regula, específicamente, la solución de controversias en materia de inversión.

---

\* Socio del despacho Miranda, Estavillo, Staines y Pizarro-Suárez, S.C.; miembro mexicano suplente de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional; miembro de la Comisión de Arbitraje del Capítulo Mexicano de la Cámara de Comercio Internacional; miembro suplente del Comité Consultivo de Solución de Controversias del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (“Comité 2022”).

El Capítulo XI se divide en tres secciones: la Sección A, que define los conceptos de inversión; la Sección B, que regula la solución de controversias entre una Parte y un inversionista de otra Parte del TLCAN; y la Sección C, que contiene ciertas definiciones.

A continuación, se comentan las secciones A y B de dicho Capítulo XI y, al hacerlo, se incluyen algunas de las definiciones contenidas en la Sección C y en otros capítulos del TLCAN. Finalmente se reseña brevemente el primer laudo que ha sido dictado en el ámbito del TLCAN, respecto de una controversia en materia de inversión.

### **Sección A. Inversión**

#### Ambito de Aplicación

El Capítulo XI se aplica a las medidas que adopte o mantenga una Parte (México, Canadá o Estados Unidos de América), relativas a:

Inversionistas de otra Parte;  
Inversiones de inversionistas de otra Parte, realizadas en territorio de la Parte; y  
Todas las inversiones en el territorio de la Parte, en lo relativo a:

Artículo 1106 (Requisitos de Desempeño), que se refiere a diversos requisitos cuya imposición a las partes prohíbe el TLCAN.

Artículo 1114 (Medidas Relativas al Medio Ambiente), ya que en términos generales el TLCAN reconoce facultades absolutas a las Partes y declara inadecuado alentar inversión mediante relajamiento de medidas internas en materia de salud y medio ambiente.

El Capítulo XI cubre tanto las inversiones existentes a la fecha de entrada en vigor del TLCAN (1º. de enero de 1994), como las inversiones posteriores.

Para efectos del Capítulo XI, cada Parte tiene el derecho de desempeñar exclusivamente las actividades económicas señaladas en el Anexo III (actividades reservadas al Estado) y de negarse a autorizar inversiones en esas actividades.

Así mismo, el Capítulo XI no se aplica a medidas comprendidas en el Capítulo XIV (Servicios Financieros).

Para efectos del Capítulo XI:

#### Inversión significa:

una empresa;  
acciones de una empresa;  
instrumentos de deuda de una empresa:  
cuando la empresa es una filial del inversionista, o  
cuando la fecha de vencimiento original del instrumento de deuda sea por lo menos de tres años,  
pero no incluye una obligación de una empresa del estado, independientemente de la fecha original del vencimiento  
un préstamo a una empresa,  
cuando la empresa es una filial del inversionista, o  
cuando la fecha de vencimiento original del préstamo sea por lo menos de tres años,  
pero no incluye un préstamo a una empresa del estado, independientemente de la fecha original del vencimiento;  
una participación en una empresa, que le permita al propietario participar en los ingresos o en las utilidades de la empresa;

una participación en una empresa que otorgue derecho al propietario para participar del haber social de esa empresa en una liquidación, siempre que éste no derive de una obligación o un préstamo excluidos conforme los incisos ( c ) o ( d );

bienes raíces u otra propiedad tangibles o intangibles, adquiridos o utilizados con el propósito de obtener un beneficio económico o para otros fines empresariales; y

la participación que resulte del capital u otros recursos destinados para el desarrollo de una actividad económica en territorio de otra Parte, entre otros, conforme a:

contratos que involucran la presencia de la propiedad de un inversionista en territorio de otra Parte, incluidos, las concesiones, los contratos de construcción y de llave en mano, o

contratos donde la remuneración depende sustancialmente de la producción, ingresos o ganancias de una empresa;

pero inversión no significa:

reclamaciones pecuniarias derivadas exclusivamente de:

contratos comerciales para la venta de bienes o servicios por un nacional o empresa en territorio de una Parte a una empresa en territorio de otra Parte; o

el otorgamiento de crédito en relación con una transacción comercial, como el financiamiento al comercio, salvo un préstamo cubierto por las disposiciones del inciso d); o

cualquier otra reclamación pecuniaria;

que no conlleve los tipos de interés dispuestos en los párrafos (a) a (h);

inversionista de una Parte significa una Parte o una empresa de la misma, o un nacional o empresa de dicha Parte, que pretenda realizar, realiza o ha realizado una inversión;

empresa significa cualquier entidad constituida u organizada conforme al derecho aplicable, tenga o no fines de lucro y sea de propiedad privada o gubernamental, incluidas cualesquiera sociedades, fideicomisos, asociaciones (“partnerships”), empresas de propietario único, coinversiones u otras asociaciones;

### Trato Nacional

Cada una de las Partes está obligada a otorgar a los inversionistas de otra Parte un trato nacional, que consiste en un trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a sus inversionistas o a las inversiones de sus propios inversionistas.

En relación con ésto, ninguna Parte podrá:

Imponer a un inversionista de otra Parte, el requisito de que un nivel mínimo de participación accionaria en una empresa establecida en territorio de la Parte, esté en manos de sus nacionales; o

Requerir que un inversionista de otra Parte, por razón de su nacionalidad, venda o disponga de cualquier otra manera de una inversión en territorio de una Parte.

### Trato de Nación más Favorecida

Conforme al Capítulo XI, cada una de las Partes otorgará a los inversionistas de otra Parte, así como a las inversiones de inversionistas de otra Parte, el trato de nación más favorecida, consistente en que cada una de las Partes otorgará a los inversionistas de otra Parte, un trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a los inversionistas de cualquier otra Parte o de un país que no sea Parte.

### Nivel de Trato

Así mismo, el nivel de trato que se otorgue a los inversionistas de otra Parte y a sus inversiones, deberá ser el mejor de los tratos requeridos por los artículos 1102 (Trato Nacional) y 1103 (Trato de Nación más Favorecida), en forma acorde con el derecho internacional, incluyendo trato justo y equitativo, protección y

seguridad plenas y, en caso de pérdida de inversiones por conflictos armados o contiendas civiles, trato no discriminatorio respecto de cualquier medida en relación con esas pérdidas.

#### Requisitos de Desempeño/Altos Ejecutivos

Conforme al Artículo 1106, ninguna de las Partes podrá imponer requisitos o hacer cumplir compromisos o iniciativas de desempeño en relación con las inversiones de un inversionista de una Parte o de un país no Parte en su territorio, para alcanzar ciertos niveles de exportación, contenido nacional, otorgar preferencia a bienes producidos en su territorio u otras medidas similares.

Así mismo, ninguna de las Partes podrá exigir que una empresa de esa Parte, que sea una inversión de un inversionista de otra Parte, designe a individuos de alguna nacionalidad en particular para ocupar puestos de alta dirección; aún cuando podrá exigir que la mayoría de los miembros de un consejo de administración o de un comité del mismo, sea de una nacionalidad en particular o sea residente en territorio de la Parte, siempre que el requisito no menoscabe significativamente la capacidad del inversionista para ejercer el control de su inversión.

#### Reservas y Excepciones

El Artículo 1108 contiene reservas y excepciones, consistentes en los casos en que en que el trato nacional (Art. 1102); el trato de nación más favorecida (Art. 1103); la prohibición de requisitos de desempeño (Art. 1106) y los requisitos en relación con altos ejecutivos y consejos de administración (Art. 1107), no se aplicarán, en virtud de medidas disconformes estipuladas en el Anexo I (reservas en relación con medidas existentes y compromisos de liberalización) y en el Anexo III (actividades reservadas al Estado).

#### Transferencias

En materia de transferencias, el Artículo 1109 establece que cada una de las Partes permitirá que cada una de las transferencias relacionadas con la inversión de un inversionista de otra de las Partes en territorio de la Parte se hagan libremente y sin demora. Dichas transferencias incluyen:

- Ganancias, dividendos, intereses, regalías y otros;
- Productos de la venta o liquidación total o parcial de la inversión;
- Pagos realizados conforme a contratos, incluyendo préstamos;
- Pagos de indemnizaciones por expropiación y
- Pagos que provengan de solución de controversias.

Así mismo, ninguna de las Partes podrá exigir a sus propios inversionistas que efectúen transferencias de sus ingresos, ganancias o utilidades derivados de sus inversiones en territorio de otra Parte, ni los sancionará en caso de contravención.

#### Expropiación e Indemnización

Ninguna de las Partes podrá nacionalizar ni expropiar, directa o indirectamente, una inversión de un inversionista de otra Parte en su territorio, ni adoptar ninguna medida equivalente, salvo que sea:

- Por causa de utilidad pública;
- Sobre bases no discriminatorias;
- Con apego al principio de legalidad y al nivel mínimo de trato acorde con el Derecho Internacional previsto en el Artículo 1105 (1), incluido trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas; y
- Mediante indemnización, equivalente al valor justo de mercado que tenga la inversión antes de la expropiación, sujeto a que el pago de la indemnización se haga sin demora, sea completamente liquidable y, de pagarse en moneda de un país miembro del Grupo de los Siete, la indemnización incluya intereses a una tasa comercial razonable o, de pagarse en moneda distinta, la cantidad pagada no sea inferior a la equivalente a la que se hubiera pagado en la divisa del Grupo de los Siete y pueda ser transferida libremente.

Para estos efectos, moneda del Grupo de los Siete significa la moneda de Alemania, Canadá, Estados Unidos, Francia, Italia, Japón o el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte;

En caso de incompatibilidad entre el Capítulo XI y otro capítulo del TLCAN, prevalecerá la del otro capítulo en la medida de la incompatibilidad.

#### Denegación de Beneficios

Una Parte podrá denegar los beneficios del Capítulo XI a un inversionista de otra Parte que sea una empresa de esa Parte y a las inversiones de dicho inversionista, si dichas empresas son propiedad o están controladas por inversionistas de un país que no sea Parte, en caso de que la Parte que deniegue los beneficios o mantenga relaciones diplomáticas con el país que no es Parte, o bien en caso de que la Parte que deniegue los beneficios mantenga medidas en relación con el país que no es Parte, que prohíban transacciones con esa empresa o serían violadas si se otorgaran los beneficios.

#### Medidas Relativas a Medio Ambiente

Lo dispuesto en el Capítulo XI no impide que una Parte adopte medidas en materia ambiental y las Partes reconocen que es inadecuado alentar la inversión por medio de un relajamiento de las medidas internas en materia de salud y medio ambiente.

## **II. Sección B. Solución de Controversias entre una Parte y un Inversionista de otra Parte.**

#### Objetivo

Esta Sección del Capítulo XI es independiente de lo establecido en el Capítulo XX (Disposiciones institucionales y procedimientos para la solución de controversias) y establece un mecanismo específico para la solución de controversias en materia de inversión, que tiene como objetivo asegurar trato igual entre inversionistas de las Partes de acuerdo con el principio de reciprocidad internacional, así como debido proceso legal ante un tribunal imparcial.

#### Materia de Reclamación

Conforme a esta Sección, el inversionista de una Parte, por cuenta propia o en representación de una empresa, podrá someter a arbitraje una reclamación en contra de otra Parte, de considerar que ésta ha violado una obligación establecida en:

La Sección A (Inversión) o el Artículo 1503 (2), “Empresas del Estado”; ó

El párrafo 3(a) del Artículo 1502, “Monopolios y Empresas del Estado”, cuando el monopolio ha actuado de manera incompatible con las obligaciones de la Parte de conformidad con la Sección A del Capítulo XI y que el inversionista ha sufrido pérdidas o daños en virtud de la violación o a consecuencia de ella.

En los procedimientos arbitrales conforme a la Sección B del Capítulo XI, ninguna de las Partes podrá aducir como defensa, contrademanda, derecho de compensación, u otros, que el inversionista contendiente ha recibido o recibirá una indemnización o compensación, por todos o por parte de los presuntos daños, de acuerdo a un contrato de seguro o garantía.

El inversionista no podrá presentar una reclamación si han transcurrido más de tres años a partir de la fecha en que tuvo o debió haber tenido conocimiento de la presunta violación y de las pérdidas o daños.

#### Consulta y Negociación

Las Partes contendientes deben intentar dirimir la controversia por vía de consulta o negociación, antes de acudir al arbitraje, aún cuando la disposición correspondiente (Artículo 1118) no señala procedimiento ni límites de tiempo para ello, con excepción de que, entre la notificación de la intención de someter la reclamación a arbitraje y la presentación formal de la reclamación, deben mediar cuando menos 90 días.

Para todos los efectos del TLCAN, el término días significa días naturales, incluso sábado, domingo y días festivos. Así mismo, inversionista contendiente significa un inversionista que formula una reclamación en los términos de la sección B; y parte contendiente significa el inversionista contendiente o la Parte contendiente.

#### Notificación de Intención de Someter la Reclamación a Arbitraje

En efecto, conforme al Artículo 1119, el inversionista contendiente debe notificar 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.

#### Sometimiento de la Reclamación al Arbitraje

Se podrá someter la reclamación a arbitraje, siempre que hayan transcurrido seis meses desde que tuvieron lugar los actos que motivan la reclamación.

Se podrá someter la reclamación a arbitraje de acuerdo con:

El Convenio del CIADI o ICSID (Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacional de otros Estados, celebrado en Washington el 18 de marzo de 1965), siempre que la Parte contendiente y la Parte del inversionista sean Estados Parte del Convenio del CIADI;

Las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI, cuando la Parte contendiente o la Parte del inversionista, pero no ambas, sea Parte del Convenio del CIADI; o

Las Reglas de Arbitraje de CNUDMI o UNCITRAL (Reglas de Arbitraje de la Comisión de Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil Internacional).

Al respecto, cabe hacer notar que México no es parte del Convenio del CIADI.

Las reglas aplicables al procedimiento arbitral seguirán el procedimiento elegido, salvo en la medida de lo modificado en la Sección B del Capítulo XI del TLCAN.

La reclamación se considera sometida a arbitraje, cuando:

La solicitud conforme al Convenio del CIADI o conforme a las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI, según sea el caso, ha sido recibida por el Secretario General de éste; o

La notificación de arbitraje contemplada en las Reglas de Arbitraje de CNUDMI, se ha recibido por la Parte contendiente.

#### Condiciones Previas al Sometimiento de Una Reclamación al Procedimiento Arbitral

Un inversionista contendiente podrá someter una reclamación al procedimiento arbitral, solo si tanto el inversionista como la empresa:

Consienten en someterse al arbitraje en los términos de los procedimientos establecidos en el TLCAN; y

Renuncian a su derecho a iniciar o continuar cualquier procedimiento de solución de controversias ante cualquier tribunal administrativo o judicial respecto a la medida presuntamente violatoria del TLCAN, con

excepción de la aplicación de medidas precautorias de carácter suspensivo que no impliquen pago de daños ante el tribunal administrativo o judicial.

El consentimiento y la renuncia mencionados deben ser por escrito, deben ser entregados a la Parte contendiente y deben incluirse en el sometimiento de la reclamación de arbitraje. Esta renuncia no será requerida, en caso de que la Parte contendiente haya privado al inversionista contendiente del control de una empresa.

#### Consentimiento al Arbitraje

Mediante la celebración del tratado, cada una de las Partes ha consentido en someter las reclamaciones en materia de inversión a arbitraje, con apego a los procedimientos del TLCAN. El consentimiento de las Partes y el sometimiento de una reclamación a arbitraje por parte de un inversionista contendiente deberá reunir los requisitos señalados en el Capítulo II del Convenio del CIADI (Jurisdicción del Centro) y las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI; el Artículo II de la Convención de Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales, celebrada en Nueva York el 10 de junio de 1958; y el Artículo I de la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, celebrada en Panamá el 30 de enero de 1975.

#### Arbitros

Salvo acuerdo distinto entre las Partes contendientes, el tribunal estará integrado por tres árbitros. Cada una de las partes contendientes nombrará a uno y el tercero, quien será Presidente del Tribunal Arbitral, será designado por acuerdo de las Partes contendientes.

En caso de que no se integre el tribunal en un plazo de noventa días siguientes al sometimiento de la reclamación a arbitraje, el Secretario General del CIADI (Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones) nombrará a su discreción a los árbitros no designados, pero no al presidente del tribunal, a quien deberá designar de entre los árbitros incluidos en la lista de 45 árbitros que deben establecer y mantener las Partes, asegurándose que el presidente del tribunal no sea nacional de la Parte contendiente o nacional de la Parte del inversionista contendiente. De no encontrar en dicha lista un árbitro disponible para presidir el tribunal, el Secretario General del CIADI debe designarlo del panel de árbitros del CIADI, siempre que sea de nacionalidad distinta a la de cualquiera de las partes.

#### Consentimiento para la Designación de Arbitros

Sin perjuicio del derecho a objetar a un árbitro por cuestiones de nacionalidad o por otra causa, la Parte contendiente acepta la designación de cada uno de los miembros del tribunal, de conformidad con el Convenio del CIADI o de las Reglas del Mecanismo Complementario.

Un inversionista o empresa contendiente, o ambos, podrán someter su reclamación a arbitraje o continuar el procedimiento a las Reglas del Mecanismo Complementario, únicamente a condición de que manifiesten su consentimiento por escrito sobre la designación de cada uno de los miembros del tribunal.

#### Acumulación de Procedimiento

Un tribunal establecido conforme al Artículo 1126 (Acumulación de Procedimientos) se instalará conforme a las Reglas de Arbitraje de CNUDMI, salvo lo que disponga la propia Sección B del Capítulo XI del TLCAN.

Cuando un tribunal establecido conforme al Artículo 1126 determine que las reclamaciones sometidas a arbitraje plantean cuestiones en común, de hecho o de derecho, el tribunal arbitral, después de escuchar a las Partes y en interés de una resolución justa y eficiente, podrá ordenar que:

asuma jurisdicción, desahogue y resuelva todas o parte de las reclamaciones de manera conjunta; o

asuma jurisdicción, desahogue y resuelva una o más de las reclamaciones sobre la base de que ello contribuirá a la resolución de las otras.

Una parte contendiente que pretenda se determine una acumulación de procedimientos, debe solicitar al Secretario General del CIADI que instale un tribunal, especificando la parte contendiente o inversionistas contendientes sobre los cuales se pretenda obtener la orden de acumulación, así como la naturaleza de la orden de acumulación solicitada.

#### Procedimiento Para Designación de Arbitros en el Tribunal de Acumulación

En un plazo de 60 días a partir de la fecha de recepción de la solicitud, el Secretario General del CIADI debe instalar un tribunal integrado por tres árbitros. El Secretario General debe nombrar al presidente del tribunal y a los otros dos árbitros de la lista de 45 árbitros de las Partes y, de no encontrarlos, los designará de la lista de árbitros del CIADI.

El Presidente del Tribunal no debe ser nacional de ninguna de las Partes, mientras que uno de los árbitros será nacional de la Parte contendiente y otro será nacional de una Parte de los inversionistas contendientes.

#### Sede del Procedimiento Arbitral

Salvo que las Partes contendientes acuerden otra cosa, el procedimiento arbitral se llevará a cabo en territorio de una Parte que sea Parte en la Convención de Nueva York, que será elegido de conformidad con: Las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI, el Convenio del CIADI o las Reglas de Arbitraje de CNUDMI, según sea el caso.

#### Derecho Aplicable

Las controversias sometidas a arbitraje se decidirán de conformidad con el TLCAN y con las reglas aplicables del derecho internacional. La interpretación que formule la Comisión de Libre Comercio del TLCAN sobre una disposición del TLCAN, en su caso, será obligatoria para el tribunal arbitral.

En caso de que una de las partes alegue como defensa que cierta medida haya sido violatoria de cualquiera de los Anexos I a IV del TLCAN, a petición de la Parte contendiente el tribunal solicitará a la Comisión de Libre Comercio una interpretación, que será obligatoria para el tribunal. En caso de que la Comisión no someta su interpretación en un plazo de 60 días, el tribunal decidirá sobre el asunto.

#### Dictámenes de Expertos

El tribunal arbitral podrá designar expertos por iniciativa propia, a menos que las partes contendientes no lo acepten, sin perjuicio de los que dispongan las reglas de arbitraje aplicables.

#### Medidas Provisionales de Protección

El tribunal arbitral podrá tomar medidas provisionales de protección para preservar derechos o asegurar que la jurisdicción del tribunal surta plenos efectos; sin embargo, no podrá ordenar el embargo ni la suspensión de la aplicación de la medida presuntamente violatoria que origine la reclamación de arbitraje.

#### Laudo Definitivo

Al dictar laudo definitivo desfavorable, el tribunal sólo podrá otorgar, por separado o en combinación:

Daños pecuniarios y los intereses correspondientes;  
Restitución de la propiedad, en cuyo caso la Parte contendiente podrá pagar los daños pecuniarios e intereses, en lugar de hacer la restitución.



El tribunal también podrá otorgar el pago de costas, de acuerdo con las reglas de arbitraje aplicables.

El tribunal arbitral no podrá ordenar que una Parte pague daños que tengan carácter punitivo. Esto último es importante, ya que si bien los llamados “punitive damages” son desconocidos en nuestro sistema jurídico y son totalmente distintos del “daño moral”, son en cambio comunes en los Estados Unidos de América y pueden rebasar sustancialmente la cuantía de la indemnización por los daños reales sufridos.

#### Definitividad y Ejecución del Laudo

El laudo será obligatorio sólo para las Partes contendientes y únicamente respecto del caso concreto.

Las partes contendientes deben acatar y cumplir el laudo sin demora, sujeto sin embargo al cumplimiento previo de los requisitos necesarios para su ejecución.

#### Requisitos para Solicitar Ejecución del Laudo Definitivo

Una parte contendiente podrá solicitar la ejecución de un laudo definitivo una vez que:

Tratándose de un laudo definitivo dictado conforme al Convenio CIADI:

Hayan transcurrido 120 días; desde la fecha en que se dictó el laudo y ninguna parte contendiente haya solicitado su revisión o anulación; o bien,

Hayan concluido los procedimientos de revisión o anulación.

Tratándose de un laudo definitivo dictado conforme a las Reglas del Mecanismo Complementarias del CIADI o a las Reglas de Arbitraje de CNUDMI:

Hayan transcurrido tres meses desde la fecha en que se dictó el laudo y ninguna contendiente parte haya iniciado procedimiento para revisarlo, desecharlo o anularlo; o

Un tribunal haya desechado o admitido una solicitud de reconsideración, desechamiento o anulación del laudo y esta resolución no pueda recurrirse.

Cada una de las Partes debe disponer la debida ejecución de un laudo en su territorio.

En caso de que una Parte contendiente incumpla o no acate un laudo definitivo, la Comisión de Libre Comercio, a solicitud de una Parte cuyo inversionista haya sido parte en el procedimiento, integrará un panel arbitral conforme al Artículo 2008 para:

Determinar si el incumplimiento o desacato del laudo es contrario a las obligaciones del TLCAN; y, en su caso,

Emitir una recomendación para que la Parte omisa cumpla y acate el laudo definitivo.

El inversionista contendiente podrá recurrir a la ejecución de un laudo arbitral, conforme el Convenio del CIADI, la Convención de Nueva York o la Convención Interamericana, independientemente de que se hayan iniciado o no los procedimientos antes citados.

Primer laudo dictado en el ámbito del TLCAN, respecto de una controversia en materia de inversión.

El Capítulo XI del TLCAN es ya una realidad en México, no sólo desde el punto de vista del derecho convencional internacional aplicable en México, sino como un novedoso instrumento de solución extrajudicial de controversias, con plena vigencia práctica.

El asunto conocido como “Caso Azinian” o “Caso DESONA”, que no es el único en materia de Capítulo XI del TLCAN, es sin embargo importante y de particular interés, por ser el primero en dar lugar a un laudo final bajo dicho capítulo. Este asunto constituye sin lugar a dudas un importante precedente arbitral en el ámbito del Capítulo XI del TLCAN y se reseña brevemente a continuación.

Identificación: Robert Azinian y otros vs Estados Unidos Mexicanos (Caso No. ARB(AF)/97/2)

Asunto: Empresa de disposición de basura

Fecha de Registro: 24 de marzo de 1997

Fecha de Constitución del Tribunal: 9 de julio de 1997

Composición del Tribunal:

Presidente: Jan Paulsson (Francés);

Coárbitros: Benjamín R. Civiletti (Estadounidense)

Claus von Wobeser (Mexicano)

Estado del Procedimiento: Laudo dictado el 1° de noviembre de 1999

#### Generalidades

La notificación de la reclamación de arbitraje fue presentada por tres ciudadanos estadounidenses el 24 de noviembre de 1996 y se presentó formalmente la reclamación ante el CIADI el 17 de marzo de 1997.

La pretensión de las demandantes, de que se violaron las disposiciones del TLCAN, se basó en la supuesta expropiación de un negocio suyo por parte del Ayuntamiento del Municipio de Naucalpan de Juárez, Estado de México.

El tribunal arbitral dictó el laudo definitivo el 1° de noviembre de 1999, resolviendo la reclamación a favor del Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y sin hacer condenación en costas.

Esta resolución es en sí misma interesante por ser la primera que se dicta conforme al Capítulo XI del TLCAN y proporciona precedentes interesantes que adelante se comentan. Sin duda estos precedentes podrán ser importantes para casos similares en el futuro.

#### Reglas y Tribunal Arbitral

Dado que México no es Parte Contratante en el Convenio sobre Arreglos de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, celebrado en Washington el 18 de marzo de 1965 (Convenio CIADI), el procedimiento se condujo conforme a las Reglas de Arbitraje del Mecanismo Complementario del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI). Por convenio entre las partes y el tribunal arbitral, se eligió la Ciudad de Toronto como sede del arbitraje. El tribunal fue integrado por las personas arriba señaladas, con amplísima experiencia arbitral y capacidad reconocida indiscutiblemente en sus respectivos países.

#### Partes

Los demandantes fueron el señor Robert Azinian, el señor Kenneth Davitian y la señora Ellen Baca, como ciudadanos estadounidenses y accionistas de la sociedad mexicana Desechos Sólidos de Naucalpan, S.A. de C.V. (DESONA).

La demandada fue el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos, representado por la Secretaría de Negociaciones Comerciales Internacionales de la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial (SECOFI), por conducto del licenciado Hugo Perezcano Díaz, Consultor Jurídico, en su carácter de Director General de Consultoría Jurídica de Negociaciones.

### Reclamación

En la reclamación de arbitraje se sostiene que el Gobierno de México violó el TLCAN en virtud de que el 21 de marzo de 1994 el Ayuntamiento de Naucalpan anuló un Contrato de Concesión otorgado el 15 de noviembre de 1993 a DESONA.

La reparación económica pretendida por las demandantes fue de aproximadamente \$20 millones de dólares y se basó en el supuesto valor de la concesión, pretendida ésta como un negocio en marcha. Los demandantes pretendieron que la anulación del Contrato de Concesión por parte del Ayuntamiento de Naucalpan violó los Artículos 1110 (“Expropiación y Compensación”) y 1105 (“Nivel mínimo de Trato”) del TLCAN.

### Reclamación en representación de un no nacional de una Parte del TLCAN

Una parte de la tenencia accionaria del señor Azinian en DESONA, supuestamente perteneció al señor Ariel Goldenstein, quien llegó a ser Gerente General de DESONA. El señor Goldenstein no es nacional de una Parte del TLCAN y, en virtud de ello, SECOFI cuestionó la capacidad del Sr. Azinian para presentar una reclamación como accionista formalmente capacitado, en representación de un no nacional de una Parte del TLCAN.

Al respecto, en una Resolución Provisional de 22 de enero de 1998, el tribunal determinó que esta objeción sería decidida únicamente en caso de existir algún grado de responsabilidad respecto al fondo de la reclamación. Para efectos del procedimiento, todos los reclamantes fueron considerados mientras tanto como “inversionistas de una Parte” titular de una “inversión”, según se definen ésta en el Artículo 1139 del TLCAN.

### Antecedente

El Tribunal Arbitral advirtió que los demandantes presentaron al Ayuntamiento de Naucalpan un “Proyecto de Solución Integral” para el manejo de desechos sólidos. El “Proyecto” supuestamente involucraría un consorcio con 40 años de experiencia en el manejo de desechos sólidos y una sólida capacidad técnica y financiera. DESONA propuso al Ayuntamiento de Naucalpan sustituir equipo de recolección de basura existente, por 70 vehículos de recolección de desechos sólidos con tecnología de punta y convertir biomasa de desperdicio en energía.

Inducido por lo que después del procedimiento arbitral resultó ser una serie de declaraciones falsas, el Ayuntamiento de Naucalpan celebró un Contrato de Concesión con DESONA el 15 de noviembre de 1993. Conforme a dicho Contrato, se suponía que DESONA recogería, manejaría y trataría los desechos sólidos del Municipio de Naucalpan y reemplazaría los vehículos de recolección de basura existentes, conforme a los términos de la propuesta de los demandantes.

Posteriormente, en virtud de la evidente falta de cumplimiento de las obligaciones contractuales de DESONA y después de numerosas discusiones al respecto con DESONA, el Ayuntamiento de Naucalpan decidió anular el Contrato de Concesión el 21 de marzo de 1994. El fundamento para esta medida, fueron 27 “irregularidades” en relación con la conclusión y ejecución del Contrato de Concesión. DESONA presentó una serie de demandas ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Estado de México, el Tribunal Superior de Justicia de dicho Estado y finalmente ante el Tribunal Colegiado de Circuito, en vía de amparo. La resolución del Ayuntamiento de Naucalpan fue confirmada en todas las instancias.

### Controversia

En el análisis de la controversia, el tribunal arbitral estuvo de acuerdo con las demandantes en que, aunque el Contrato de Concesión disponía la jurisdicción de los Tribunales Mexicanos, ello no impediría el recurso al arbitraje conforme al Capítulo XI del TLCAN.

El tribunal arbitral estuvo también de acuerdo con las demandantes en que el hecho de que hubieran ejercitado acciones ante diversos tribunales mexicanos, no ocasionaba la pérdida de jurisdicción del tribunal arbitral para conocer de esta reclamación.

Respecto al fondo de la controversia, el tribunal arbitral determinó que la queja fundamental de las demandantes consistió en que se consideraron víctimas de una violación del Contrato de Concesión por parte del Ayuntamiento de Naucalpan y, al respecto, el tribunal arbitral decidió que el TLCAN no otorga a los inversionistas el derecho de intentar el arbitraje internacional conforme al TLCAN por meras violaciones contractuales.

En virtud de esto, el tribunal arbitral consideró que sería necesario examinar si la anulación del Contrato de Concesión pudiera ser considerada como un acto de expropiación en violación del Artículo 1110 del TLCAN.

Por lo que respecta a la pretensión de las demandantes, de que la anulación del Contrato de Concesión por parte del Ayuntamiento de Naucalpan constituyó un acto de expropiación, el tribunal arbitral también concluyó –y decidió– que las demandantes no alegaron ni probaron que las disposiciones legales mexicanas en materia de anulación de concesiones sean violatorias de las obligaciones de México conforme al Capítulo XI del TLCAN y concluyó que las leyes mexicanas que rigen dichas anulaciones no son expropiatorias.

El tribunal resolvió además que las demandantes no formularon consideraciones para demostrar que las decisiones de los tribunales mexicanos se apartasen o fuesen violatorias de las disposiciones legales mexicanas.

Las demandantes también habían alegado al respecto, que dichas disposiciones violan el Artículo 1110 del TLCAN. El tribunal manifestó que nada en la aplicación de dichas disposiciones con respecto a la cuestión de la invalidez del Contrato de Concesión parece ser arbitrario o insostenible a la luz de las constancias de autos, dado que las pruebas aportadas apoyan positivamente las conclusiones de los tribunales mexicanos.

#### Resolución

En virtud de todo lo anterior, el tribunal sostuvo que no existió violación al Artículo 110 del TLCAN y, consecuentemente, tampoco violación al Artículo 1105, decidiendo en su totalidad la demanda a favor del Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos.

#### Costas

Respecto a la cuestión de las costas, el tribunal decidió que, aunque la reclamación fue totalmente infundada y la parte demandada fue colocada en una situación de considerable molestia, no se haría adjudicación de costas en este caso, ya que aún cuando esas circunstancias proporcionan de ordinario suficiente fundamento como para que la demandante perdedora soporte los costos del arbitraje y contribuya asimismo a los costos de representación razonables de la parte demandada cuyo derecho prevaleció, la resolución en este caso, independientemente de lo anterior, era que cada una de las partes sufragase sus propios gastos y las cantidades pagadas al CIADI fuesen soportadas a partes iguales.

La falta de una condonación de costas en este caso, es interesante. En su razonamiento, el tribunal arbitral tomó en consideración la novedad de este procedimiento arbitral como un mecanismo de solución de controversias internacionales en materia de inversión y también tuvo en consideración que, a pesar de que la incapacidad de la demandante para sostener su reclamación conforme al TLCAN, las exigencias legales de este tipo de procedimientos no eran aún suficientemente conocidas y no obstante ello las demandantes presentaron su caso de una manera profesional y eficiente.

Por lo que respecta a la parte demandada, el tribunal consideró que el Ayuntamiento de Naucalpan dio lugar en alguna medida al litigio al invocar algunas cuestiones de cumplimiento deficiente por parte de las demandadas, sin tener en cuenta las disposiciones relativas al aviso que debía haber dado a DESONA para corregir dichas deficiencias, conforme a lo estipulado en el Contrato de Concesión.

Finalmente, el tribunal también consideró que a todas luces la persona con mayor responsabilidad por el comportamiento indebido de las demandantes, sería la que menos resultaría afectada por una condenación en costas, lo cual resulta del hecho de que el señor Ariel Goldenstein no es una nacional de una Parte del TLCAN y por ello queda fuera de la jurisdicción del tribunal arbitral.