

TRATADO DE LIBRE COMERCIO DE AMÉRICA DEL NORTE. INVERSIÓN Y SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

Francisco Ciscomani Frenaner

*Sumario: I. Introducción; II. Inversión; III. Solución de controversias;
IV. Conclusiones.*

I. INTRODUCCIÓN

El propósito de la Sección A del capítulo 11 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLC) es promover los flujos de inversión extranjera otorgando mejores concesiones y garantías a los inversionistas provenientes de los países miembros del TLC (inversionista TLC). Las concesiones y garantías conferidas por los países miembros del TLC (partes) son superiores a las previstas para los inversionistas extranjeros en general en las legislaciones nacionales y las derivadas del Acuerdo General de Aranceles y Tarifas (GATT) ¹.

Por otro lado, uno de los principales temas dentro de las negociaciones del TLC lo constituye el mecanismo de solución de controversias en materia de inversión ². El referido mecanismo se encuentra

¹ Artículo 102. **Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLC)**. Tomo I. SECOFI, p.11 y respecto de la Sección A del capítulo 11, pp.223-228. Asimismo, las garantías y concesiones en el TLC son más ambiciosas que aquellas que se encuentran siendo negociadas en la mesa de Aspectos Relacionados con las Medidas de Inversión (TRIM's) de la Ronda de Uruguay de GATT.

² Al efecto el secretario de Comercio de Fomento Industrial expone: «Con el propósito de asegurar la aplicación uniforme del Tratado en la solución de controversias sobre inversión, se establecerán mecanismos internacionales para resolverlas... (que) se fundamenten en los principios jurídicos de legalidad, reciprocidad, igualdad y decisión por órganos imparciales... los inversionistas mexicanos (así como estadounidenses y canadienses) contarán con certidumbre y garantías...». **Presentación del doctor Jaime Serra Puche de los resultados de la negociación del Tratado de Libre Comercio a la Comisión de Comercio de la Honorable Cámara de Senadores**, México, D F. 14 de agosto de 1992.

contemplado en la Sección B del capítulo 11, siendo su objetivo la resolución de disputas entre un inversionista TLC y una Parte ³.

El propósito del presente ensayo es resaltar los aspectos más relevantes del capítulo citado, exponiendo algunos puntos de vista y comentarios en torno de nuestra legislación.

II. INVERSIÓN

1. Principios

La sección relativa a inversión establece los principios básicos. Las garantías respecto de la inversión extranjera dentro del TLC son: Tratamiento Nacional; Cláusula de Nación más Favorecida; Prohibición de imposición de Requisitos de Desempeño respecto de las inversiones; Libertad respecto de Alta Dirección y Órganos de Administración; No Discriminación y Tratamiento Equitativo conforme a Derecho Internacional; Libre Transferencia y Convertibilidad de divisas; y, Expropiación sólo bajo ciertas condiciones ⁴.

En principio, la Sección A elimina importantes barrera a la inversión extranjera y otorga garantías básicas para los inversionistas TLC. Además, abarca casi todas las formas posibles de inversión, salvo ciertas actividades que se encuentran expresamente reservadas al Estado Mexicano o a los inversionistas mexicanos.

2. Reservas y Excepciones

El ámbito de aplicación del Capítulo de Inversión debe observarse a la luz de los Anexos I, II, III y IV del TLC. Sobre el particular, el TLC establece cuatro tipos de anexos; el Anexo I, mismo que refiere

³ TLC. Tomo I. *op.cit.*, pp.229 a 238.

⁴ Lo anterior se deriva del articulado de la referida sección.

ciertas actividades restringidas para los inversionistas TLC sobre las cuales una parte no puede adoptar medidas más restrictivas que las existentes al momento de la suscripción del tratado; el Anexo II, cuya naturaleza es similar a la del Anexo I, sólo que en este caso una Parte puede, a su discreción, adoptar medidas más restrictivas; el Anexo III, que se encarga de prescribir las actividades reservadas al Estado; y, el Anexo IV, que exceptúa actividades que son normalmente acordadas mediante convenios bilaterales ⁵.

El efecto de los referidos anexos es exceptuar cuatro principios básicos contenidos en la Sección A, a saber: Tratamiento Nacional; cláusula de Nación Más Favorecida, prohibición de imposición de Requisitos de Desempeño respecto de las inversiones; y, libertad respecto de Alta Dirección y Órganos de Administración ⁶.

3. Ámbito Territorial de Aplicación

Las garantías y concesiones proveídas por el TLC se hacen extensivas y obligatorias a los Estados y Municipios que regulan en cualquier forma la inversión extranjera. El artículo 133 de la Constitución mexicana hace posible su instrumentación, ya que los tratados internacionales y las leyes federales son la ley suprema de la nación. Consecuentemente, en caso de conflicto con leyes de los Estados o Municipios, o con leyes federales anteriores, es claro que prevalecerá el TLC ⁷.

4. Prohibición de Requisitos de Desempeño

Los principios multicitados prohíben a las Partes imponer requisitos especiales (diversos de aquéllos previstos para los nacionales) a

⁵ Anexos I, II, III y IV del TLC, *op.cit.*, Tomo II. pp.125-233.

⁶ Estos principios se encuentran en los artículos 1102, 1103, 1106 y 1107 del TLC, respectivamente.

⁷ Lo anterior, siempre que las disposiciones de esos tratados internacionales resulten constitucionales.

los inversionistas TLC. Por citar algunos, niveles de exportación e importación; preferencia por proveedores nacionales; condiciones especiales para la transferencia de tecnología; ubicación de la inversión, requisitos de nacionalidad o residencia respecto de las personas con puestos gerenciales, balanza de divisas, entre otros ⁸.

No obstante, la prohibición de no imponer requerimientos especiales a la inversión extranjera no es aplicable a las entidades públicas en lo que se refiere a programas especiales de gobierno, incentivos a la exportación, entre otros. Tampoco es aplicable a cierto tipo de inversiones que se encuentran expresa y separadamente reguladas por el TLC, como los servicios financieros ⁹.

Respecto del medio ambiente, salubridad y el interés público, el TLC prescribe que sus disposiciones no deben ser interpretadas como un impedimento para que las Partes realicen la adopción, mantenimiento o ejecución de las medidas tendientes a la preservación de los mismos, siempre que sean consistentes con el TLC ¹⁰.

5. Libre Transferencia y Convertibilidad de Divisas

Otra garantía implícita en el TLC es la convertibilidad de divisas al tipo de cambio vigente al momento de la conversión. Dicha garantía permitirá a los inversionistas TLC convertir sus dividendos y recursos en moneda extranjera para cumplir con sus obligaciones,

⁸ Artículo 1106 del TLC. El requisito del balance de divisas respecto de las importaciones y exportaciones es uno de los principales inconvenientes para atraer la inversión de las Partes en el TLC, ya que sus inversionistas, por ley, deben mantener dicho balance al fin de un período de tres años. Como resultado de estas disposiciones contenidas en el TLC, el contenido del artículo 5 del Reglamento de la Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera (RLINV) quedará sin efecto. Dicho artículo prescribe ciertas condiciones o requisitos de desempeño para que la Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras (CNIIE) autorice una inversión.

⁹ Artículos 1101 y 1106 del TLC.

¹⁰ Artículo 1106 del TLC.

préstamos u otras transacciones contraídas fuera de México. Esta garantía representa para los inversionistas TLC una seguridad más respecto de la viabilidad de dichas divisas.

Aun cuando México no posee actualmente un sistema de control de cambios, la Libertad de Transferencia significa para los inversionistas TLC, la existencia de un compromiso entre las Partes de no adoptar un sistema de esa naturaleza sino bajo ciertas condiciones, a saber: crisis en la balanza de pagos e instrumentación del referido control de acuerdo a los lineamientos del Fondo Monetario Internacional (FMI). En este caso particular el TLC no impide a las Partes decretar disposiciones de control de cambios ¹¹.

No obstante el párrafo precedente, una parte puede impedir tales transferencias en casos de quiebra, instrumentos bursátiles, delitos, instrumentos monetarios, asuntos relacionados con medidas precautorias en juicios y procedimientos civiles y administrativos, siempre que sean aplicados de una forma equitativa y no discriminatoria ¹².

6. Expropiación

La expropiación de inversiones sólo es permitida bajo ciertas condiciones como son: razones de interés público; pago de compensación sin demora; y al valor justo de mercado ¹³.

7. Denegación de Beneficios

Existen disposiciones en el capítulo 11 del TLC concernientes a ciertas reservas que pueden adoptar las Partes para negar los beneficios proporcionados a inversiones dentro del territorio que abarca el

¹¹ Artículo 1109 del TLC.

¹² *Ídem*.

¹³ Artículo 1108 del TLC.

TLC (constituidas u organizadas acorde a las leyes de una Parte del TLC) pero pertenecientes moritariamente o controladas por un inversionista (persona física o moral) de un país no-miembro del TLC (inversión extranjera al TLC).

Aun cuando no existen reglas de origen en el TLC respecto de la inversión, esta disposición permite a las Partes oponerse en forma efectiva al otorgamiento de los beneficios del tratado en favor de una inversión extranjera al TLC en ciertos casos ¹⁴.

Dicha reserva opera cuando una Parte no posee relaciones diplomáticas o bien ha establecido o mantiene medidas para restringir el comercio con un país determinado, cuyos inversionistas controlan la inversión extranjera al TLC.

Existe también otro tipo de reserva, sujeta a notificación y consulta con los otras Partes, siempre que la inversión extranjera al TLC no posea actividades comerciales sustanciales en el territorio de la Parte bajo cuyas leyes ha sido constituida u organizada.

III. SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

I. Objetivo

El mecanismo especial para resolver controversias de inversión se encuentra basado esencialmente en las reglas aplicables al arbitraje comercial internacional ¹⁵. Los objetivos de este mecanismo son asegurar un trato igual entre inversionistas TLC de acuerdo con el principio de reciprocidad internacional y un debido proceso legal ante un tribunal (arbitral) imparcial ¹⁶.

¹⁴ Artículo 1113 del TLC.

¹⁵ Así se desprende de la simple lectura de la Sección B del capítulo en comento.

¹⁶ La Ley de Tratados autoriza la celebración de acuerdos internacionales donde las controversias son susceptibles de ser sometidas a mecanismos internacionales de resolución, siempre que cumplan con los requisitos estipulados en el artículo 8. Ley sobre la Celebración de Tratados, D.O.F., 2 de enero de 1992.

2. Acceso al Mecanismo

A este mecanismo puede recurrir cualquier inversionista del TLC, sea por cuenta propia o en representación de una empresa (inversión) de la que es dueño o controla en forma directa o indirecta. Los requisitos son los siguientes:

1. Que el inversionista argumente una presunta violación de la Parte a la Sección A del Capítulo 11 o de las disposiciones del TLC que regulan monopolios y empresas del Estado, cuando estos últimos hayan actuado de manera incompatible con la referida Sección A.
2. Que su inversión se encuentre localizada en el territorio de la Parte, y,
3. Que el inversionista haya incurrido en una pérdida o daño como consecuencia de la presunta violación de las disposiciones mencionadas ¹⁷.

De esta forma, los inversionistas TLC poseen una vía de libre acceso para someter las controversias en materia de inversión, al arbitraje internacional, sin requerir para ello la aprobación de sus respectivos gobiernos y sin invocar la protección diplomática (ya que esto último sería contrario a la cláusula Calvo).

3. Excepción en el Sometimiento de Controversias

Es importante aclarar que no todas las controversias en materia de inversión pueden ser sujetas a arbitraje internacional. Por ejemplo, México ha excluido expresamente las determinaciones de la Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras con respecto a sus

¹⁷ Artículos 1116 y 1117 del TLC.

decisiones sobre la procedencia o improcedencia de las adquisiciones de empresas mexicanas por parte de los inversionistas TLC ¹⁸.

4. Solución de Disputas Mediante Consultas y Negociación

El TLC establece las reglas que habrá de seguir el inversionista TLC o contendiente y la Parte contendiente (país receptor de la inversión). Primero, existe un requisito de que el inversionista TLC y la Parte contendiente realicen consultas y negociaciones a fin de resolver la controversia en forma amigable. Bajo esta perspectiva, el tratado obliga a que el inversionista TLC deje pasar cuando menos seis meses contados a partir de los hechos que motivan su reclamación antes de someterla a arbitraje. Asimismo, requiere que el inversionista TLC notifique a la Parte contendiente con 90 días de anticipación su intención de someter la disputa a arbitraje. En este período es factible resolver la disputa mediante negociación ¹⁹.

5. No Requisito del Agotamiento Previo de Recursos Internos

Otro aspecto interesante es que no existe requerimiento de agotar los recursos internos antes de someter la controversia a arbitraje ²⁰. No obstante, el inversionista TLC debe renunciar a su derecho de iniciar todo procedimiento ante cualquier tribunal judicial de las del TLC con respecto a la medida presuntamente violatoria, salvo el desahogo de los recursos administrativos ante las propias autoridades ejecutoras de la medida en cuestión, o los procedimientos judiciales de carácter suspensivo, declaratorio o extraordinario que no impliquen el pago de daños al referido inversionista ²¹.

¹⁸ Anexo 1120.1. **Sometimiento de la Reclamación al Arbitraje**. México, *Ídem*, p.237.

¹⁹ Artículos 1118 y 1119 del TLC.

²⁰ Ello se desprende de la lectura del texto y se avala por la Ley sobre la Celebración de Tratados.

²¹ Artículo 1112 del TLC.

6. Procedimientos Arbitrales Aplicables

Los procedimientos arbitrales aplicables (salvo ciertas modificaciones dentro de los mismos de acuerdo con el Capítulo 11, Sección B), pueden ser encontrados en la Convención sobre el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (CIADI), su Mecanismo Complementario y las reglas de arbitraje de la Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho Comercial Internacional (UNCITRAL) ²².

La aplicabilidad de los diferentes procedimientos arbitrarios es la siguiente: en el caso de la Convención de CIADI, siempre que ambos –el país miembro del TLC y receptor de la inversión, y el país del inversionista TLC– sean integrantes de la misma; en el caso de su Mecanismo Complementario de CIADI, siempre que alguno, pero no ambos de los referidos países, sea miembro de la Convención de CIADI; por último, respecto de las reglas de UNCITRAL, cuando ninguno de los países sea miembro de dicha Convención ²³. Como dato, debemos decir que México y Canadá no pertenecen al CIADI, mientras que los Estados Unidos sí.

7. Acumulación de Procedimientos

Asimismo, el TLC prescribe reglas claras para los casos en que se sometan dos o más reclamaciones al arbitraje por la misma medida presuntamente violatoria. Al efecto obliga la creación de un tribunal de acumulación según UNCITRAL ²⁴.

²² Artículo 1120 del TLC.

²³ *Ídem*.

²⁴ Artículo 1126 del TLC.

8. Nombramiento de Árbitros

El TLC provee el número de árbitros y los métodos para su designación, además de requerir que los mismos posean experiencia en materia de inversión. Por ejemplo, tanto el inversionista TLC como la Parte contendiente deberán nombrar un árbitro cada uno. Los dos árbitros designados nombrarán al presidente del tribunal arbitral. En caso de faltar nombramientos de árbitros o un acuerdo entre los dos árbitros designados respecto del nombramiento del presidente del tribunal arbitral (tercer árbitro), el Secretario General de CIADI los nombrará siguiendo ciertas reglas establecidas en el TLC (los nombrará de una lista proveída por las Partes para este propósito) y cuidando que el mismo no sea nacional del país inversionista TLC o de la Parte contendiente. Por último, tanto el inversionista TLC como la Parte contendiente poseen la posibilidad de objetar un árbitro sobre bases distintas a las de la nacionalidad (*Vg.* no poseer experiencia en inversión, interés en el negocio etcétera)²⁵.

9. Sede del Procedimiento Arbitral

Además, el tratado establece que el tribunal de arbitraje deberá llevar a cabo sus procedimientos en un país que haya suscrito la Convención de Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y Fortalecimiento de Laudos Arbitrales Extranjeros de 1958 (Convención de Nueva York).

10. Ley Aplicable

La ley aplicable a los procedimientos arbitrales es el TLC y las normas pertinentes de Derecho Internacional. Los dictámenes de peritos o expertos y medidas provisionales o precautorias de protección son aceptados²⁶.

²⁵ Artículo 1124 del TLC.

²⁶ Artículo 1131 del TLC.

11. Laudo Arbitral

Los laudos arbitrales pueden condenar al pago de daños mediante la determinación de una suma de dinero más el interés correspondiente, o bien la restitución de la propiedad, en cuyo caso se faculta a la Parte contendiente condenada a escoger entre dicha restitución o el pago en dinero. Los daños punitivos o ejemplares se encuentran expresamente prohibidos ²⁷.

El TLC provee la definitividad y ejecución de los laudos arbitrales considerando términos y procedimientos de revisión o anulación. Asimismo, obliga a los países miembros del TLC a la debida ejecución de los mismos en su territorio. Su ejecución puede ser realizada por medio de la Convención de CIADI, la Convención de Nueva York o la Convención Interamericana de Arbitraje Comercial Internacional.

Si alguna Parte contendiente condenada incumpliere o desacatare el laudo arbitral, el TLC faculta al inversionista TLC afectado para solicitar que se integre un Panel Arbitral de acuerdo al Capítulo 20.

En México, la ejecución de los laudos arbitrales dictados en el extranjero o conforme al TLC se encuentra contemplada en la Ley de Tratado, el Código de Comercio y el Código de Procedimientos Civiles en materia federal.

Un inversionista TLC que pretenda la ejecución de un laudo arbitral deberá probar que tanto él como la Parte contendiente en la controversia se han sometido adecuadamente a la jurisdicción de un tribunal de arbitraje conforme al TLC y que el laudo no contraviene al interés público.

²⁷ Artículo 1135 del TLC.

No obstante, los jueces o tribunales mexicanos verificarán que hayan sido observados los estándares mínimos dentro del procedimiento arbitral (garantías constitucionales). Tales estándares serían la jurisdicción, el derecho de ser oído y vencido en juicio y tribunal imparcial (artículos 14 y 16 de la Constitución).

IV. CONCLUSIONES

Los principios y mecanismos de resolución de controversias establecidos por el TLC en el Capítulo de Inversión contribuyen, sin lugar a dudas, a un mejor manejo y desarrollo de sus objetivos primordiales.

Por un lado, el inversionista TLC posee una serie de garantías transparentes que incentiva la atracción recíproca de flujos de inversión.

Por otro lado, el mecanismo de resolución de disputas en materia de inversión brinda una garantía más a los inversionistas TLC. Estos últimos, ven mejorada su posición ya que el tratado no tan sólo otorga garantías sustantivas a sus inversiones, sino que también establece disposiciones adjetivas que canalizan cualquier controversia en una forma expedita, transparente e imparcial.

Lo anterior influirá positivamente en la atracción a nuestra economía de flujos de inversión directa y tecnología de parte de nuestros socios comerciales norteamericanos y canadienses, mismos que contribuirán a impulsar el desarrollo.