

# **ACADEMIA MEXICANA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO Y COMPARADO**

## **SEMINARIO INTERNACIONAL**

---

*Bye TLCAN y Canadá, llega T-MEC con principios y  
conceptos de medidas de inversión más acotadas*

---

**MÁXIMO ROMERO JIMÉNEZ**

5 DE OCTUBRE DE 2020

## TABLA DE CONTENIDO

<b>TABLA DE CONTENIDO</b>	<b><i>i</i></b>
<b>I. INTRODUCCIÓN</b>	<b>2</b>
<b>II. EL T-MEC Y EL CAPÍTULO 14 DE INVERSIÓN</b>	<b>6</b>
<b>III. TRATO A LA INVERSIÓN</b>	<b>6</b>
A. TRATO NACIONAL	7
B. TRATO DE NACIÓN MÁS FAVORECIDA	10
C. NIVEL MÍNIMO DE TRATO	11
<b>IV. EXPROPIACIÓN</b>	<b>18</b>
<b>V. EL CONCEPTO “MEDIDA” EN EL TLCAN</b>	<b>22</b>
<b>VI. CONCLUSIÓN</b>	<b>25</b>
<b>VII. BIBLIOGRAFÍA</b>	<b>27</b>

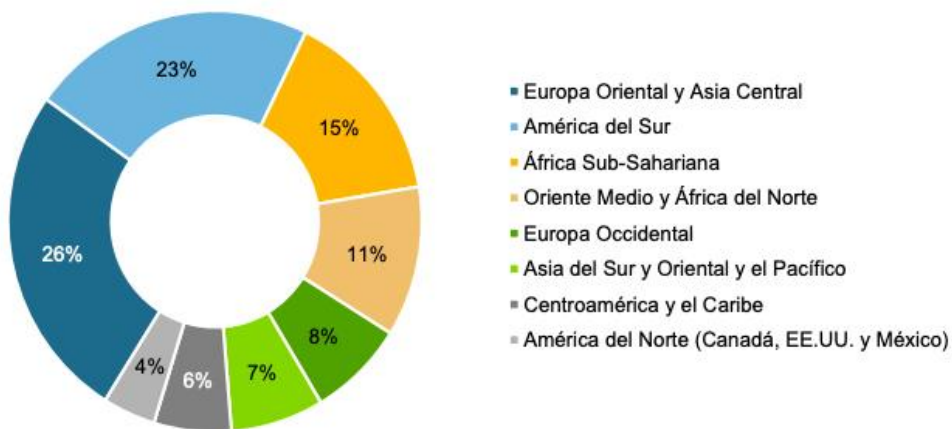
## **I. INTRODUCCIÓN**

En 1994 se suscribió el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN); un tratado que innovaba al incorporar por primera vez un capítulo para la protección de las inversiones, en complemento a las reglas para el comercio de bienes y servicios. Recordemos que los Acuerdos en materia de inversión tuvieron su origen en Europa; siendo Alemania el primer país en suscribirlos en los años 50s. La naturaleza del instrumento tenía la intención de proteger los intereses e inversiones de los países desarrollados en países en vías de desarrollo. En un contexto en donde las guerras se habían acabado, y donde existía poca credibilidad en los sistemas nacionales internos de los países receptores de inversión, se consolidó un instrumento de protección de inversiones que garantizaba pago pronto y justo, a través del arbitraje internacional por presuntas violaciones a conceptos y principios internacionales pactados por las partes. Durante décadas, a partir de los años 50s, se popularizó la suscripción de dichos acuerdos, principalmente en Europa hacía países de África y Asia. En todos los casos, la premisa era la misma, por una parte, el país desarrollado, por la otra el país en vías de desarrollo, receptor de la inversión.

26 años han pasado desde la entrada en vigor del TLCAN. Para México representó un gran aprendizaje. Tenemos que recordar que previo al tratado, México no permitía el arbitraje internacional, incluso fue la propia AMEDIP la que participó activamente en la incorporación del Título V del Código de Comercio que incluía el arbitraje. En ese entonces nuestro país estaba en pañales en materia de arbitraje. Las escuelas de derecho no prestaban importancia a medios alternativos de solución de controversias. Sin duda ha existido una evolución en la materia y ahora existen diferentes Centros regionales e internacionales que ofrecen servicios de arbitraje y conciliación; pero el inicio no fue fácil. Pasaron dos años desde la entrada en vigor para que comenzaran a presentarse las primeras reclamaciones internacionales en materia de inversión. En la actualidad, de acuerdo con el Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversión del Banco Mundial, el CIADI, a la fecha se han registrado más de 768 casos de arbitraje inversionista – Estado. Resulta importante destacar que la mayoría de las reclamaciones se han llevado a cabo en contra de países de Asia Central 26% y América del Sur con 23%. En el caso de América del Norte, ocupa el último lugar con sólo un 4%.

## 5. Distribución por región geográfica de todos los casos CIADI según el Estado Parte de que se trate

**Gráfico 7:** Distribución por región geográfica de todos los casos registrados en virtud del Convenio del CIADI y el Reglamento del Mecanismo Complementario según el Estado Parte de que se trate



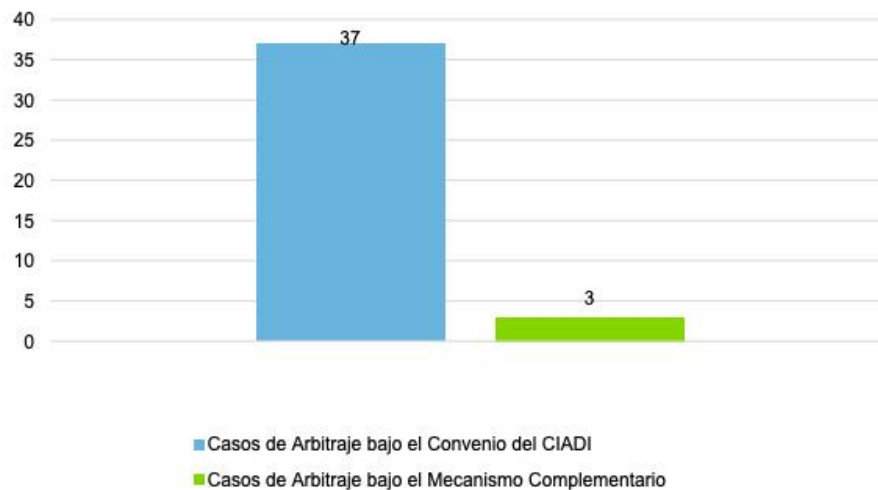
Fuente: CIADI. 2020.

En este año, se han presentado 37 casos al amparo del Convenio del CIADI, 3 conforme al Mecanismo Complementario del CIADI, 16 arbitrajes de acuerdo con las reglas de la CNUDMI y sólo 5 casos a través de otras reglas.

# Estadísticas- Ejercicio de 2020

## 1. Casos nuevos registrados por el CIADI durante el ejercicio de 2020

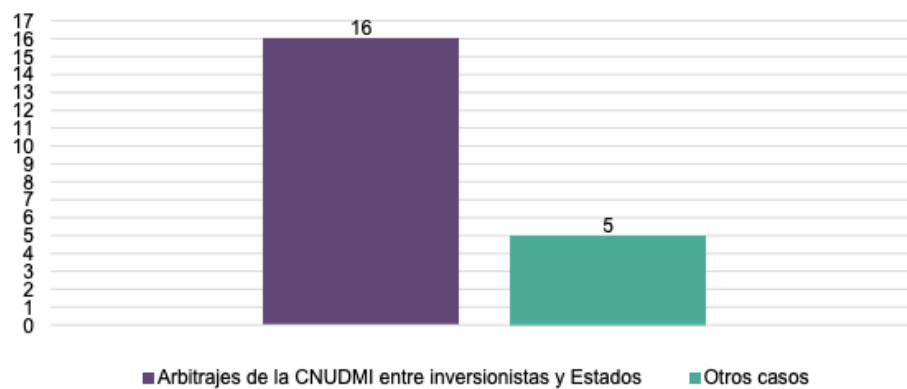
**Gráfico 1:** Número de casos nuevos registrados en virtud del Convenio del CIADI y el Reglamento del Mecanismo Complementario durante el ejercicio de 2020



Fuente: CIADI. 2020.

## 2. Casos ajenos al CIADI administrados por el Secretariado del CIADI durante el ejercicio de 2020

**Gráfico 2:** Número de casos administrados por el Secretariado del CIADI en virtud de reglas distintas a las del CIADI durante el ejercicio de 2020



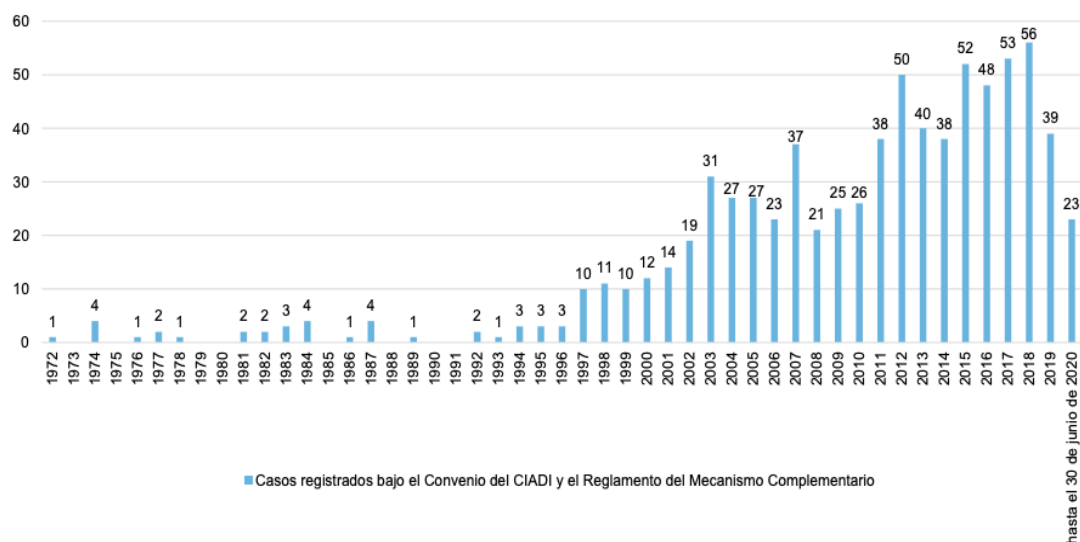
Fuente: CIADI. 2020.

Es decir, tan sólo en lo que va de 2020, el CIADI – que no es la única instancia para administrar procedimientos de arbitraje internacional- ha recibido 61 solicitudes de arbitraje. Esta cifra rebaza por mucho la presentada en el 2018 con 56 casos y 2019 con 39. Habrá que esperar el cierre del año, pero sin duda, la crisis económica mundial y la pandemia, contribuirán al alza exponencial de las reclamaciones.

## Estadísticas 1966 – 2020

### 2. Casos registrados por el CIADI en virtud del Convenio del CIADI y el Reglamento del Mecanismo Complementario

Gráfico 1: Número total de casos CIADI registrados por año calendario



Al 30 de junio de 2020, el CIADI ha registrado 768 casos en virtud del Convenio del CIADI y el Reglamento del Mecanismo Complementario.

Fuente: CIADI. 2020.

Para México el TLCAN ha significado un importante instrumento comercial que ha contribuido sustancialmente al crecimiento económico de nuestro país. Las lecciones aprendidas de las decisiones arbitrales han permitido ir definiendo el alcance y contenido de sus principios y reglas. Ahora, con la firma del T-MEC y la inminente salida del TLCAN, existe un nuevo panorama legal que vale la pena analizar. La pregunta necesaria es ¿han contribuido las decisiones de los últimos años en arbitrajes para el nuevo entendimiento del T-MEC? La respuesta a esta pregunta es importante, a la luz del capítulo de inversión. De un análisis que se explicará más adelante, se puede apreciar que si hay cambios y límites que antes no existían. Tal vez la mayor crítica es la salida de Canadá del mecanismo inversionista – Estado. Esta decisión resulta fundamental para entender la problemática. Con el TLCAN, se había roto el paradigma de protección norte – sur de las inversiones, al permitir que dos países desarrollados pudieran

dirimir controversias en materia de inversión a través del arbitraje. Los resultados definitivamente debieron no gustarles a los Estados Unidos que prefirió excluir al país canadiense, convirtiendo el T-MEC -en su capítulo de inversión-, como un acuerdo más para la protección de las inversiones.

Por otra parte, el T-MEC en materia de inversión contiene una nueva estructura. Este ensayo se limitará explicar el esquema legal que permite a un inversionista de una Parte, poder iniciar una reclamación en contra de la otra, tomando en cuenta dos principios que son los que generalmente son impugnados: el trato a la inversión y la expropiación; entendiendo el momento y relación entre la presunta violación del principio y su relación con la medida impugnada, a la luz de las decisiones arbitrales. Como se verá más adelante, efectivamente los laudos arbitrales han limitado el alcance de los principios, además de que existen sectores excluidos que antes no existían. Pareciera que la negociación del T-MEC en materia de inversión, impone a México un compromiso que sirve más a las inversiones estadounidenses que a las mexicanas; tal vez por eso Canadá prefirió salirse.

## **II. EL T-MEC Y EL CAPÍTULO 14 DE INVERSIÓN**

El T-MEC incluye un capítulo para la protección de las inversiones parecido al que existe en el capítulo XI del TLCAN. Sin duda, los principios más importantes que continúan con ciertos matices ahora son los principios de:

Trato nacional (T-MEC artículo 14.4, TLCAN 1102),

Trato de nación más favorecida (T-MEC artículo 14.5, TLCAN 1103),

Nivel Mínimo de Trato (T-MEC 14.6, TLCAN 1105), y

Expropiación (T-MEC 14.8, TLCAN 1110).

En este sentido, resulta interesante descubrir que el artículo de Trato de Nación Más Favorecida (TLCAN 1103) está excluido en el régimen de transición de reclamaciones T-MEC-TLCAN (Anexo 14-C) respecto a contratos de gobierno cubiertos (Anexo 14-E). En este sentido, las reclamaciones que en el TLCAN podrían presentarse en virtud del capítulo XV (Monopolios y Empresas del Estado) se encuentran excluidas de la cobertura del T-MEC en lo que respecta a compras de gobierno. Pero entremos en materia. Analicemos las deposiciones.

## **III. TRATO A LA INVERSIÓN**

Los acuerdos internacionales relativos a inversión otorgan a la inversión extranjera un marco jurídico que incluye el principio de trato a la inversión. El trato a la inversión puede presentar diferentes modalidades que dependerán del grado de protección que el Estado anfitrión este dispuesto a otorgar a la inversión extranjera. En el caso del TMEC, el trato a la inversión incluye

el trato nacional, trato de nación más favorecida y nivel mínimo de trato. Sin embargo, cabe señalar que existen otros conceptos que eran innovadores cuando se suscribió el TLCAN y que alimentaban el concepto tradicional de trato a la inversión, como, trato justo y equitativo y protección y seguridades plenas, incluidas en el nivel mínimo de trato en el capítulo XI del TLCAN.

En este sentido, expertos en la materia como Dolzer y Stevens han señalado que el trato es un término muy general que en el contexto de un acuerdo internacional de inversión se refiere al régimen legal que aplica a las inversiones, una vez que están admitidos en el Estado receptor. No obstante, a pesar de las diferencias en redacción y estilo de los acuerdos de inversión, la mayoría contienen los mismos estándares, por ejemplo, trato justo y equitativo, protección y seguridades plenas, trato no discriminatorio, trato nacional y trato de la nación más favorecida<sup>1</sup>. En virtud de lo antes dicho, un análisis preliminar indica que los estándares negociados en otros acuerdos internacionales en materia de inversión fueron incorporados en el TLCAN.

#### **A. TRATO NACIONAL**

El trato nacional se define como un principio por medio del cual un Estado receptor extiende a los inversionistas extranjeros el trato que es por lo menos igual de favorable que el trato otorgado a sus nacionales en igualdad de circunstancias. Además, existe un vínculo muy fuerte entre el trato nacional y trato de nación más favorecida que más adelante se explicará. El trato nacional implica que un inversionista extranjero o su inversión debe de ser tratada de manera no menos favorable que los inversionistas nacionales. Debido a que el trato de nación más favorecida no es suficiente para excluir todo tipo de actos discriminatorios en contra de inversionistas extranjeros, surge la necesidad de complementarlo con el principio de trato nacional para garantizar un marco legal no discriminatorio, de lo contrario una Parte podría favorecer a sus empresas nacionales al otorgarles un mejor trato y un lugar privilegiado en su mercado interno. En un caso extremo, una Parte podría denegar a la inversión extranjera todos sus derechos. Por consiguiente, siempre y cuando esto ocurra con bases no discriminatorias, no estaría violando el trato de nación más favorecida<sup>2</sup>.

Dolzer señala en relación con la obligación de una Parte para otorgar un trato no discriminatorio que se reconoce generalmente que el derecho internacional, obliga a los Estados a abstenerse de otorgar a los extranjeros un trato discriminatorio, sin embargo, resulta difícil determinar lo que de hecho constituye dicho trato. Esto debido a que un trato diferenciado entre nacionales y extranjeros y entre distintos grupos de extranjeros no constituyen por ese hecho una violación a los estándares internacionales. Para Dolzer, se necesita de dos condiciones para que un acto se considere discriminatorio, a saber, que la medida resulte en daño al extranjero y que se haya realizado con la intención de causarle un daño o agravio. Es decir, no basta con la simple distinción del trato entre el extranjero y el nacional. Además, la mayoría de los acuerdos

---

<sup>1</sup> DOLZER AND STEVENS, *Bilateral Investment Treaties*, Martinus Nijhoff Publishers, Holanda, 1995, pág. 58.

<sup>2</sup> MOST FAVORITE NATION TREATMENT, UNCTAD Series on issues in international investment agreements, Ginebra, 1999, E.99.II.D.11, págs. 30-31.



internacionales de inversión y el Borrador de Convenio de la OCDE para el trato a la propiedad de extranjeros, señalan que para que se determine un daño debe existir una reducción de las actividades relacionadas con la inversión, por lo que no se considera un trato discriminatorio que un nacional tenga un mejor trato que otro de otro Estado<sup>3</sup>.

Asimismo, muchos acuerdos internacionales de inversión imponen la obligación de otorgar a los inversionistas extranjeros el mismo trato que gozan sus propios nacionales. Sin embargo, este estándar rara vez se otorga sin limitaciones por lo que la mayoría de los tratados disponen que el trato nacional se otorgará únicamente en donde el extranjero y el inversionista nacional se encuentren en igualdad de circunstancias. Cabe destacar que el problema que enfrenta el estándar de trato nacional es que cuando lo limitan al término de igualdad de circunstancias, el trato estará determinado por la legislación nacional existiendo la posibilidad que dicho estándar se encuentre por debajo del requerido por el derecho internacional. En estos casos muchos acuerdos estipulan lo que el estándar deberá incluir, mientras que otros prefieren optar por adoptar otros principios como el del nivel mínimo de trato que se explica posteriormente.

En el derecho internacional, el trato nacional ha sido invocado de dos diferentes maneras. La primera sostiene la doctrina de derecho internacional conocida como cláusula calvo. Conforme a esta doctrina, que es utilizada en la mayoría de los países latinoamericanos, incluido México, los extranjeros y sus propiedades están facultados únicamente para recibir el mismo trato que el otorgado a sus nacionales conforme a sus leyes municipales<sup>4</sup>. Dolzer y Stevens señalan que los países latinoamericanos tienen una larga tradición en oponerse con las reglas internacionales relativas a la inversión extranjera ya sea en la forma de derecho internacional consuetudinario o en manera de un tratado internacional. Fue el argentino Carlos Calvo en 1896 quien propuso las reglas para el trato de la inversión extranjera, estableciendo que se debería de basar en el concepto de trato nacional y que las reglas nacionales no deberían verse modificados por las normas del derecho internacional. De esta forma, los países latinos apoyaban la posición de no otorgar a la inversión extranjera un trato más favorable que el otorgado a sus inversionistas nacionales<sup>5</sup>. Cabe señalar que esta doctrina que fue reconocida por mucho tiempo se ve ahora relajada con la aceptación de los Estados latinoamericanos de los modelos actuales de acuerdos internacionales de inversión en donde se contiene un mecanismo para la solución de controversias. Por otra parte, en contraste tenemos a la doctrina de la responsabilidad del Estado por daños a extranjeros y a sus propiedades. Esta doctrina ha sido apoyada por la mayoría de los países desarrollados y asegura que el derecho internacional consuetudinario establece un estándar mínimo internacional a los cuales los extranjeros tienen derecho, permitiendo un trato más favorable que el otorgado a los nacionales cuando éste se encuentre por abajo del estándar mínimo internacional<sup>6</sup>.

Respecto al término de “igualdad de circunstancias”, en el caso de servicio de transporte transfronterizo al amparo del capítulo XX del TLCAN, el panel concluyó que el término “en

---

<sup>3</sup> DOLZER AND STEVENS: Ob. Cit., pág. 60-62.

<sup>4</sup> NATIONAL TREATMENT, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements, ONU, Ginebra, 1999, Sale No. E.99.II.D.16, pág. 7.

<sup>5</sup> DOLZER AND STEVENS: Ob. Cit., pág. 8.

<sup>6</sup> NATIONAL TREATMENT: Ob. Cit., pág. 7.

igualdad de circunstancias” puede incluir tratos diferenciados. Sin embargo, este trato debe ser consistente con los objetivos previstos por el artículo 102(2) del TLCAN. En opinión del panel, la interpretación del artículo 1202 (trato nacional), respecto al término “en igualdad de circunstancias” –que puede aplicarse en el mismo sentido al artículo 1102–, permite un trato diferenciado siempre y cuando no vayan más allá de ciertos motivos normativos específicos, tales como la seguridad. No obstante, este trato diferenciado debe ser equivalente al trato otorgado a los prestadores de servicios nacionales<sup>7</sup>.

En el caso S.D. Myers en contra del gobierno de Canadá<sup>8</sup>, Canadá trató de justificar sus medidas impuestas en contra de la exportación de los bifenilos policlorados (PCB's), argumentando que tampoco los nacionales canadienses estaban autorizados a exportarlos. En opinión del tribunal, y usando como fundamento la Declaración sobre Inversión y Empresas Multinacionales de la OCDE de fecha 21 de junio de 1976, determinó que era necesario examinar si las empresas en igualdad de circunstancias estaban en el mismo sector. El tribunal concluyó que si lo estaban y que la medida impuesta por Canadá buscaba proteger a la industria canadiense. Además, el tribunal determinó que la medida era explicable, sin embargo, existían otras formas legales para conseguir la protección de la industria nacional, por lo que la medida utilizada por Canadá no era justificable al ir en contra de las disposiciones del tratado<sup>9</sup>.

En consecuencia, debe entenderse que el término “en igualdad de circunstancias”, permite analizar por qué inversionistas extranjeros pueden recibir un trato menos favorable dentro de un mismo sector, respecto a inversionistas nacionales. Es decir, el gobierno tiene la obligación de poder justificar actos regulatorios, en donde otorguen tratos diferenciados en un mismo sector. Estos actos regulatorios pueden ser para proteger el interés público. Sin embargo, el Estado debería poder justificar ese interés público, en cuyo caso, no significaría que, por ser en orden del interés público, estuviera exento del pago de una indemnización.

---

<sup>7</sup> Reporte final, Panel sobre la circulación transfronteriza de transporte, *México vs. Estados Unidos de América*, 6 de febrero 2001, párrafos 216-278, págs. 50-75.

<sup>8</sup> El origen de la reclamación de S.D. Myers data desde noviembre de 1995, cuando el gobierno federal de Canadá sorpresivamente impuso una prohibición a las exportaciones de bifenilos policlorados (PCB's). La empresa S.D. Myers Inc. (de origen estadounidense), había obtenido contratos de empresas canadienses para la confinación de los residuos de PCB, en donde éstos serían embarcados a los Estados Unidos para ser destruidos por S.D. Myers. En opinión de la empresa, la prohibición perjudicó las operaciones de S.D. Myers. La empresa ganó sus licitaciones con las empresas canadienses, justo cuando el gobierno de Alberta había desarrollado su planta en Swan Hills para el desarrollo de una planta de tratamiento de PCB's. Sin embargo, el gobierno de Ottawa declaró que la prohibición era temporal, dado que Canadá necesitaba tiempo para asegurarse que los PCB's exportados, fueran tratados de una forma ecológicamente segura. Después de 15 meses fue levantada la prohibición argumentando que se había garantizado la seguridad en el traslado de los PCB's bajo las leyes de los Estados Unidos. S.D. Myers presentó su reclamación al amparo del TLCAN después de que la prohibición fue levantada porque argumentó que tiene derecho a la compensación por los daños sufridos durante el tiempo de la prohibición. S.D. Myers busca el pago de \$20 millones de dólares. El inversionista argumenta que el gobierno de Canadá actuó en mala fe al crear la prohibición de PCB's, así como en el método de negociación. El tribunal bifurcó el caso y determinó en su primera fase que Canadá había violado las disposiciones del tratado relativas a trato nacional y nivel mínimo de trato. No obstante, Canadá interpuso un recurso ante la sede del procedimiento Ottawa para buscar desechar el laudo. La segunda fase arbitral sobre la determinación de daños se encuentra en proceso de ser decidida.

<sup>9</sup> Laudo parcial, caso *S.D. Myers, Inc c. el Gobierno de Canadá*, párrafos 237-269, págs. 59-67.

## **B. TRATO DE NACIÓN MÁS FAVORECIDA**

El trato de la nación más favorecida es un elemento fundamental de los acuerdos internacionales relativos a inversión. Esto significa que una Parte debe otorgar a las inversiones provenientes de la otra Parte un trato no menos favorable que el que otorga en igualdad de circunstancias a sus nacionales o inversionistas extranjeros de otra Parte. El principio de trato de nación más favorecida otorga al inversionista una garantía en contra de ciertas formas de discriminación por la Parte receptora de la inversión. Cabe señalar que el capítulo XI cubre tanto a las inversiones existentes a la fecha de entrada en vigor del tratado como a las inversiones hechas o adquiridas con posterioridad. En este sentido, el T-MEC incorpora el Anexo 14-C un régimen de transición para las reclamaciones de inversiones existentes y reclamaciones pendientes del TLCAN hasta por 3 años después de su terminación. Un aspecto para destacar es que ahora la Comisión de Libre Comercio del TLCAN ya no podrá solicitar la integración de un panel arbitral Estado – Estado por el incumplimiento de la ejecución del tratado. Así mismo, el Anexo 14-E exceptúa a las compras de gobierno.

En este sentido, el principio de nación más favorecida, que consiste en la obligación de hacer extensivo a los inversionistas del TLCAN aquellos beneficios que cualquiera de las Partes otorgue a inversionistas ajenos a la región (artículo 1103), ahora con el T-MEC se ve limitado y acotado al no asegurar, por lo menos, un trato equitativo para las inversiones provenientes de la zona.

La cláusula de nación más favorecida otorga a los inversionistas una garantía en contra de ciertos tipos de actos discriminatorios de parte de Estados receptores de las inversiones extranjeras. Para la UNCTAD dicho principio es crucial para el establecimiento de igualdad en oportunidad de competencia entre inversionistas de diferentes regiones<sup>10</sup>, sin embargo, esto ya no va a ser posible con el T-MEC. Es importante señalar que el estándar de nación más favorecida interactúa con otros principios relativos al trato a la inversión, por ejemplo, con el llamado nivel mínimo de trato, así como el estándar de nación más favorecida. Al igual que el trato nacional, la cláusula de nación más favorecida busca evitar la discriminación en contra de inversionistas de otros países basados en su nacionalidad. Sin embargo, la redacción del artículo de nación más favorecida limita la aplicación de dicho principio a que el trato sea otorgado en igualdad de circunstancias. El término en igualdad de circunstancias permite a un Estado receptor el otorgar un trato diferenciado en distintos sectores de actividades económicas o en diferenciar entre empresas de diferente tamaño. En este sentido, un Estado receptor no estaría violando dicha cláusula si otorga subsidios sólo a inversiones en industrias de alta tecnología, mientras que excluye inversiones en otras áreas. De igual manera, la cláusula de nación más favorecida no daría a una gran compañía el derecho de reclamar de parte del gobierno del Estado receptor su ayuda conforme a un programa que fue diseñado sólo para pequeñas o medianas empresas. Sin embargo, señala el estudio de la UNCTAD que tal distinción podría equipararse a una discriminación de hecho, si el único propósito de la discriminación era el de excluir a inversionistas de una especial nacionalidad de los beneficios de dicho programa<sup>11</sup>.

---

<sup>10</sup> MOST FAVORITE NATION TREATMENT: Ob. Cit., pág. 1.

<sup>11</sup> Ibídem, pág. 7.

## C. NIVEL MÍNIMO DE TRATO

El artículo 1105 del TLCAN dispone que:

### *Nivel mínimo de trato*

1. Cada una de las Partes otorgará a las inversiones de los inversionistas de otra Parte, trato acorde con el derecho internacional, incluido trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas. [Énfasis agregado].

Ahora el artículo 14.6 del T-MEC dispone respecto a Nivel Mínimo de Trato lo siguiente:

1. Cada Parte otorgará a las inversiones cubiertas un trato acorde con el derecho internacional consuetudinario, incluido trato justo y equitativo, y protección y seguridad plenas. [Énfasis agregado].

Es importante mencionar que además de que el texto se ve modificado por el artículo 14.6 del T-MEC, las partes acordaron además el Anexo 14-A que trata de explicar el alcance de este derecho internacional consuetudinario. La referencia parece no ser una inferencia espontánea o caprichosa. Hay que recordar que incluso, que además de que ha sido un argumento reiterado de los Estados Parte del TLCAN ante tribunales arbitrales, en opinión de la UNCTAD, el estándar internacional del nivel mínimo de trato forma parte del derecho internacional consuetudinario. Este estándar prohíbe el trato que se equipare a una acción negligente o de mala fe de parte del Estado, que se encuentre por abajo del estándar mínimo internacional, en el sentido de que cualquier persona pudiera reconocer razonablemente. La mayoría de los acuerdos internacionales de inversión por lo general se refieren a este estándar para prohibir cualquier acción arbitraria o injustificada. Una discriminación con base a la nacionalidad no da lugar a la violación de este estándar<sup>12</sup>. En este sentido, la referencia es importante porque muchos autores destacados han concluido que el derecho internacional consuetudinario no nace de un día para otro. Es decir, no depende de una sola decisión, sino de una práctica de reconocimiento reiterada por los tribunales como un criterio generalmente aceptado. Como crítica a este paso, que se entiende natural, existe lo dispuesto por el artículo 38 de los Estatutos de la Corte Internacional de Justicia que describe las fuentes del derecho internacional, en las que se encuentran las decisiones conforme al derecho internacional, convenciones internacionales, costumbre internacional, principios generales de derecho, así como decisiones judiciales y doctrina. Conforme a lo anterior, el T-MEC en su artículo 14.6 de Nivel Mínimo de Trato ahora acota las fuentes del derecho para argumentar una violación al principio a simplemente acciones derivadas del derecho internacional consuetudinario.

En lo que respecta a las referencias a otorgar “trato justo y equitativo” y “protección y seguridades plenas” están directamente relacionada con el estándar proporcionado por el derecho internacional consuetudinario que incluye la posibilidad de que una inversión de un inversionista de la otra Parte sea tratada de mejor manera que a las inversiones de inversionistas nacionales,

---

<sup>12</sup> Ibídem, pág. 35.

siempre y cuando el trato otorgado a éstos últimos sea menor que el estándar mínimo internacional. Lo anterior es tal vez la principal diferencia entre el nivel mínimo de trato y el principio de trato nacional que obliga a una Parte a otorgar al inversionista de la otra Parte, así como a sus inversiones, un trato en igualdad de circunstancias que, al otorgado a los inversionistas o inversiones de sus nacionales, dejando a un lado el estándar internacional. No obstante, existe basta bibliografía que difiere sobre el alcance preciso del estándar mínimo requerido por el derecho internacional consuetudinario. Una referencia sobre el alcance dado por el derecho consuetudinario lo encontramos en uno de los casos resueltos a través del Tribunal de Reclamaciones Estados Unidos – México derivado por la destrucción y toma de propiedades de nacionales estadounidenses durante la revolución mexicana. En el caso *Neer*, se concluyó que para que el trato al extranjero sea considerado como contrario al derecho internacional, éste debe de ser extraordinariamente negligente o de mala fe o tratarse de un acto de gobierno contrario al derecho internacional en donde cualquier persona imparcial pueda estar de acuerdo de lo anterior<sup>13</sup>.

De manera semejante, el nivel mínimo de trato especifica el estándar de nivel mínimo de trato internacional al requerir que las inversiones de inversionistas de la otra Parte sean tratados de manera justa y equitativa y que gocen de protección y seguridades plenas. En opinión de Ibrahim Shihata, el propósito de esta redacción es la de proporcionar un estándar básico independiente del derecho interno de las Partes del TLCAN<sup>14</sup>.

Para Estados Unidos, los principios de “trato justo y equitativo” y “protección seguridades plenas” son ejemplos que emanan del estándar otorgado por el derecho internacional consuetudinario y que fue incorporado en el artículo 1105(1) con ese propósito. La redacción de dicho artículo, en opinión de EE. UU., obliga a que estos principios sean aplicados en la medida que estén reconocidos por el derecho internacional consuetudinario y no deben de ser aplicados de forma subjetiva o de manera indefinida que no esté contemplada por la costumbre internacional<sup>15</sup>. La nueva redacción del T-MEC guarda este entendimiento, de manera que se impone el criterio de los EE. UU. sobre una disposición que debió guardar un equilibrio y balance con su antecesor TLCAN.

Dolzer y Stevens señalan que existe un debate sobre si la referencia a trato justo y equitativo es equivalente al nivel mínimo de trato requerido por el derecho internacional o si el principio representa un concepto auto contenido e independiente<sup>16</sup>. Para F.A. Mann, la referencia a un nivel mínimo de trato no tiene importancia ya que el término de trato justo y equitativo incluye conductas que van más allá del nivel mínimo de trato. Asimismo, señala que un tribunal no deberá preocuparse de un mínimo, máximo o un estándar promedio; sino que tendrá que decidir si en todas las circunstancias, la conducta en cuestión es justa y equitativa o injusta e inequitativa. Por eso, concluye que el término debe de ser empleado y aplicado de manera

---

<sup>13</sup> United States (Faulkner) vs. United Mexican States (1926), 4R.I.A.A. 60 (Mexico-U.S. General Claims Commission), pág. 60.

<sup>14</sup> Shihata, *Recent Trends Relating to Entry of Foreign Direct Investment*, 9 ICSID Review, Foreign Investment Law Journal (1994), págs. 47-64.

<sup>15</sup> Cuarto Escrito de los EE.UU. en el caso *Pope & Talbot c. el Gobierno de Canadá*, conforme al artículo 1128 de fecha 1 de noviembre de 2000, pág. 2-4.

<sup>16</sup> DOLZER AND STEVENS: Ob. Cit., pág. 59.

independiente y autónoma<sup>17</sup>. Sin embargo, la anterior interpretación únicamente podría ser aceptada cuando en los acuerdos de inversión se omita la referencia al derecho internacional. Sólo en esos casos, se pudo sostener una interpretación auto contenida. En el caso del TLCAN y ahora T-MEC, Dolzer y Stevens señalan que el estándar de trato justo y equitativo está expresamente limitado por el estándar mínimo que es definido por el derecho internacional consuetudinario<sup>18</sup>.

Dolzer y Stevens afirman que el término “protección y seguridades plenas” enfrenta el mismo problema que trato justo y equitativo al no contar con una definición exacta sobre el alcance de la frase. Una referencia a este principio lo vemos en el FCN (*Friendship, Commerce and Navigation (treaties)*) celebrados por los Estados Unidos en donde se disponía que los nacionales de cada Parte deberían de recibir la más constante protección y seguridades y que en ningún caso podrían ser menor al requerido por el derecho internacional. Este estándar obliga a un Estado anfitrión de la inversión a llevar a cabo buenos oficios para la protección de la inversión extranjera y no tiene la intención de crear “una responsabilidad estricta” en contra del Estado receptor de inversión por la destrucción de la inversión, incluso cuando es causado por personas cuyos actos no pueden ser atribuidos al Estado<sup>19</sup>. Muchos acuerdos de inversión han tomado como base el Proyecto de Convenio de la OCDE en donde se combinan el principio de protección y seguridades plenas y trato justo y equitativo de una manera consistente con el derecho internacional. Así, el nivel mínimo de trato del artículo 1105 fue negociado para proveer de un estándar mínimo de trato justo, independientemente de si los inversionistas nacionales fueran tratados peor que los extranjeros<sup>20</sup>.

En el caso *Estados Unidos Mexicanos vs. Metalclad Corporation*<sup>21</sup>, el Juez Tysoe, citando al tribunal en el caso Myers, señaló respecto al alcance de Nivel Mínimo de Trato que:

---

<sup>17</sup> Ibídem, pág. 59. [Se omite referencia al pie de página].

<sup>18</sup> Ibídem, pág. 60.

<sup>19</sup> Ibídem, pág. 61.

<sup>20</sup> MANN, *Private Right, Public Problems. A guide to NAFTA's controversial chapter on investor's rights*, IISD & WWF, 2001, pág. 28.

<sup>21</sup> *Metalclad Corporation c. los Estados Unidos Mexicanos*. En 1989, la empresa Confinamiento Técnico de Residuos Industriales, S.A. de C.V. (COTERIN) propiedad de inversionistas mexicanos, inició el proceso para la obtención de las autorizaciones correspondientes para construir y operar un confinamiento de desechos peligrosos en el municipio de Guadalcázar, S.L.P. Mientras tanto, obtuvo de la SEDUE un permiso para funcionar como estación de transferencia y almacenar residuos peligrosos de manera temporal. Sin embargo, sin contar con los permisos ni con una infraestructura adecuada, entre 1990 y 1991 depositó más de 20,000 toneladas de desechos peligrosos. Esto motivó la clausura del sitio. Sin ser tratados ni separados, los residuos fueron confinados en celdas que no cumplen con la normatividad ambiental. Este problema no ha sido remediado aún. En 1993, COTERIN obtuvo los permisos federales en materia de impacto ambiental para la construcción y operación del confinamiento, así como la licencia estatal de uso de suelo; sin embargo, carecía del permiso municipal de construcción (negado en dos ocasiones). Ese mismo año, la empresa estadounidense Metalclad Corporation (Metalclad) adquirió la titularidad de las acciones de COTERIN. No obstante no contar con el permiso municipal necesario y pese a la oposición de la comunidad y de las autoridades estatales y locales, procedió a la construcción del confinamiento, obra que concluyó a principios de 1995. Esta situación impidió la apertura y funcionamiento del confinamiento. Metalclad trató de llegar a un arreglo con las respectivas autoridades que le permitiera operar el confinamiento. A finales de 1996, el municipio ofreció a la empresa operar inicialmente como un confinamiento de desechos no peligrosos. La empresa rechazó el ofrecimiento. Metalclad optó por iniciar, en octubre de 1996, un arbitraje al amparo del capítulo XI del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) en contra de México. La empresa argumentó que México había

El Tribunal en el laudo interlocutorio de Myers discutió la adecuada interpretación del artículo 1105:

El artículo 1105(1) expresa un concepto total. Las palabras del artículo deben leerse como un todo. Las frases ... trato justo y equitativo . y protección y seguridades plenas... no pueden ser leídas de manera aislada. Deben de leerse en conjunto con la frase introductoria... trato acorde con el derecho internacional.

Lo que el tribunal de Myers correctamente señaló fue que para poder calificar como una violación al artículo 1105, el trato en cuestión debe ser menor al del derecho internacional. Dos ejemplos potenciales son “trato justo y equitativo” y “protección y seguridades plenas”, pero estas frases no pueden subsistir independientemente. Por ejemplo, puede percibirse que un trato es injusto o inequitativo, pero no constituiría una violación del artículo 1105, salvo que el trato no sea de acuerdo con el derecho internacional. Al utilizar las palabras “derecho internacional”, el artículo 1105 se refiere al derecho internacional consuetudinario, que es desarrollado por la práctica común de los países<sup>22</sup>.

Otro punto relevante es la denegación de justicia. La hipótesis de que el estándar mínimo internacional puede abarcar principios de igualdad procedimental o denegación de justicia ha

---

violado disposiciones en materia de inversión previstas en el propio tratado, que le impidieron operar el mencionado confinamiento. Reclamó el pago por daños de aproximadamente 130 millones de dólares (90 millones más los intereses respectivos). Tres días antes de concluir su mandato, el entonces gobernador de SLP, Horacio Sánchez Unzueta, emitió un decreto ecológico en el que se declaró reserva ecológica el área donde se ubica el confinamiento. El gobernador expresó públicamente que con este acto se impedía para siempre cualquier posibilidad de funcionamiento del confinamiento en el futuro. El 30 de agosto de 2000, el tribunal arbitral emitió su laudo. Determinó que México había incurrido en responsabilidad internacional por haber violado los artículos 1105 (nivel mínimo de trato) y 1110 (expropiación) del TLCAN. En consecuencia, condenó a México a pagar la cantidad de 16 millones 850 mil dólares, más un interés compuesto anual del 6%, hasta la fecha de pago. El gobierno de México consideró que el laudo emitido por el tribunal de arbitraje era deficiente porque: i) había actuado en exceso de sus facultades; ii) había interpretado erróneamente las disposiciones del tratado; iii) había ignorado por completo las pruebas presentadas por México; iv) no había motivado sus determinaciones; y v) había omitido resolver cuestiones que le fueron planteadas. México decidió impugnar el laudo ante la Suprema Corte de la provincia de Colombia Británica, Canadá, por haber sido Vancouver el lugar de arbitraje. Mediante sentencia del 2 de mayo de 2001, la Suprema Corte de Colombia Británica desechó una parte significativa del laudo. Sin embargo, mantuvo la determinación del tribunal internacional de que el decreto ecológico emitido por el gobernador de San Luis Potosí en 1997 impedía el funcionamiento del confinamiento y que, por tanto, era un acto equivalente a una expropiación. La corte manifestó que, de no haber sido por el decreto, hubiera desechado el laudo en su totalidad. La Corte redujo los intereses respectivos, ya que consideró como fecha de expropiación el día de publicación del decreto ecológico. En consecuencia el monto de la indemnización es de 15.6 millones de dólares al 1 de junio, con un interés diario a razón de 2,254 dólares. Con fecha 26 de octubre de 2001, el gobierno de México y Metalclad llegaron a un acuerdo conforme al cual México indemnizó a la compañía de conformidad con la sentencia de fecha 2 de mayo de 2001. Metalclad a cambio, renunció a su derecho a continuar litigado su reclamación tanto en los foros judiciales de Canadá como de arbitraje conforme al capítulo XI del TLCAN. Igualmente, Metalclad transfirió la propiedad del predio en disputa denominado La Pedrera en el Municipio de Gualdalcázar, SLP. al gobierno Federal.

<sup>22</sup> Sentencia en el caso *Estados Unidos Mexicanos vs. Metalclad Corporation*, 2 de mayo de 2001, Vancouver, L002904 (B.C.S.C.), pág. 23.

sido muy debatido. El “*Harvard Research Draft on International Law*”, descrito por Brownlie como la mejor referencia<sup>23</sup>, define a la denegación de justicia de la siguiente manera:

La denegación de justicia existe cuando hay una denegación, dilación injustificada o una obstrucción para tener acceso a las cortes, una deficiencia fragante en la administración de justicia o en los medios de defensa, que fallan en proveer de esas garantías que son generalmente considerados indispensables para la adecuada administración de justicia, o una clara sentencia injusta. Un error de parte de una corte nacional que no de lugar a una injusticia manifiesta no da lugar a una denegación de justicia<sup>24</sup>.

Para Brierly, la denegación de justicia se limita a un daño que involucra la responsabilidad de un Estado llevada a cabo por un órgano judicial<sup>25</sup>. Una corte puede otorgar un estándar menor al justamente demandado por los estados civilizados, si por ejemplo hay:

...corrupción, amenazas, dilación injustificada, abuso fragante del procedimiento judicial, una sentencia dictada por el ejecutivo o una injusticia tan manifiesta que ninguna corte competente y honesta pudiera acordar<sup>26</sup>.

Brierly concluye señalando que incluso si el término “denegación de justicia” es interpretado de manera general, debe de tratarse de una conducta demasiadamente grave<sup>27</sup>.

Asimismo, varios autores se han pronunciado en contra de una interpretación general de la denegación de justicia en un procedimiento judicial diciendo que el estándar mínimo tiene la intención de representar el estándar que tienen todas las naciones civilizadas. Brownlie en particular señala respecto a la denegación de justicia, que el estándar mínimo de trato internacional ha sido aplicado de manera ambiciosa por tribunales y escritores, originando las siguientes dificultades:

Primero, que la aplicación del estándar puede involucrar decisiones sobre puntos muy finos referentes a derecho nacional y la calidad de los medios de defensa nacionales. Por lo tanto, en relación con los trabajos de las cortes, se busca hacer una distinción entre un error y una injusticia manifiesta. Segundo, la aplicación del estándar parece contradecir el principio de que los extranjeros, dentro de algún límite al menos, aceptan la jurisdicción y leyes locales. Tercero, el concepto de denegación de justicia abarca diversas instancias en donde el daño a los extranjeros es una violación de derecho local únicamente y la denegación es una

---

<sup>23</sup> I. BROWNLIE, *Principles of Public International Law*, 5<sup>th</sup> ed. (New York: Oxford University Press, Inc., 1998), pág. 532.

<sup>24</sup> Ibídem, pág. 532.

<sup>25</sup> J. BRIERLY, *The Law of Nations*, 6<sup>th</sup> ed. (Oxford: Clarendon Press, 1963), pág. 286.

<sup>26</sup> Ibídem, pág. 287.

<sup>27</sup> Ibídem, pág. 287.



omisión para alcanzar un estándar no local al tratar de abordar un daño en el territorio de una jurisdicción<sup>28</sup>.

Así, el estándar que una Parte del TLCAN esta obligado a otorgar conforme al artículo 1105, es un estándar conforme al derecho internacional, que como se señaló anteriormente, obedece al estándar que sería aplicado en un sistema legal razonablemente desarrollado. Claramente no se trata de un estándar de perfeccionamiento sino, que se refiere únicamente a errores manifiestos o abusos en la administración de justicia. Una Parte del TLCAN no puede reclamar que su sistema debe de ser considerado como el punto de referencia, sino en cambio, que la práctica de las Partes del TLCAN colectivamente, así como el de aquellas naciones civilizadas pueden proveer de alguna guía que se requiera para llegar al estándar de un sistema legal razonablemente desarrollado. De esta forma, el mismo umbral aplicado para la determinación de una denegación de justicia debe ser aplicado para referirse a otras acusaciones de violaciones al estándar mínimo. La conducta de un gobierno respecto a inversiones debe ser equivalente a una fragante mala conducta, una injusticia manifiesta o, en palabras del tribunal en el **caso Neer, debe tratarse de una extraordinaria mala fe o conducta negligente intencionada.**

En relación con el umbral para que exista una violación del estándar mínimo internacional, el concepto de un estándar mínimo internacional ha sido muy bien aceptado por las escuelas de derecho internacional. El estándar tiene la intención de proporcionar un nivel básico de protección, es decir, un estándar mínimo. En este sentido, Brownlie señala que:

La falta de fuentes ha sido la razón por la que los escritores y tribunales le otorgan al estándar internacional un contenido muy ambiguo, ignorando el extraño estándar observado en muchas áreas conforme a las administraciones de gobiernos de sistemas occidentales en el último siglo<sup>29</sup>.

Malanczuk ha escrito que el umbral para la aplicación del estándar mínimo internacional es muy alto<sup>30</sup> y hace referencia nuevamente como se ha explicado al caso Neer vs. los Estados Unidos Mexicanos. De esta forma, la Comisión postuló un estándar para el trato a los extranjeros que fue claramente un estándar básico, destinado a proteger extranjeros de conductas gubernamentales claramente irrazonables. La Comisión de Reclamaciones EE. UU.-México utilizó la prueba aplicada en el caso Neer consistentemente en otros casos puestos a su consideración<sup>31</sup>.

Otras instituciones internacionales han aplicado el estándar aplicado en el caso Neer, refiriéndose a éste como el “estándar habitualmente practicado entre las naciones civilizadas”<sup>32</sup> o

---

<sup>28</sup> P.E. COMEAUX & S.N. KINSELLA, *Protecting Foreign Investment Under International Law: Legal Aspects of Political Risk*, (New York: Oceana Publications Inc., 1997), pág. 3.

<sup>29</sup> BROWNLIE: Ob. Cit., págs. 528-529.

<sup>30</sup> P. MALANCZUK, AKEHURST'S, *Modern Introduction to International Law*, 7<sup>th</sup> ed. (London: Routledge, 1997) pág. 261.

<sup>31</sup> *United States (Faulkner) vs. United Mexican States* (1927), 21 A.J.I.L. 349 (Mexico-U.S. General Claims Commission). Cfr. *EE.UU. (Chattin) vs. Estados Unidos Mexicanos* (128), 22 A.J.I.L. 677. (Mexico-U.S. General Claims Commission)., entre otros.

<sup>32</sup> *France (J. Chevreau) vs. Gran Bretaña* (1931), 27 A.J.I.L. 153 (Tribunal).

incluso refiriéndose a éste como un “principio general de derecho”<sup>33</sup>. Este estándar se ha expresado además como aquél que requieren los “Estados Civilizados”. El punto de partida para el estándar mínimo internacional, de acuerdo con el profesor Elihu Root, es la conducta de las “naciones civilizadas”<sup>34</sup>, es decir, se trata del establecimiento de un estándar de civilización. Para Mann éste se refiere al “estándar de la conducta consuetudinaria”<sup>35</sup>. De manera similar, Mann ha sostenido que mientras un Estado esta facultado para ejercer su discreción:

Llega un momento en el que el ejercicio de tal discreción llega a ser tan irrazonable u ofende extremadamente los derechos del extranjero a un trato justo y equitativo o que claramente deriva de un estándar de conducta consuetudinaria local, que el derecho internacional debe intervenir<sup>36</sup>.

El punto de vista de Mann coincide con el estándar en el caso Neer y también es consistente con la posición de otros publicistas y tribunales internacionales. Además, existe un consenso de que el derecho interno del Estado huésped no esta relacionado con el estándar mínimo internacional para el trato a los extranjeros. Warner Levi ha resumido la naturaleza absoluta del estándar mínimo internacional de la siguiente manera:

Un principio básico ha sido que los extranjeros deben ser tratados de acuerdo con el estándar ordinario de los Estados civilizados. Dependiendo de cómo un Estado trata a sus nacionales, este principio obliga a un Estado a tratar mejor a los extranjeros o los faculta para tratarlos peor. No un trato equitativo a los nacionales y extranjeros, sino que la última prueba para decidir si los actos de las autoridades son adecuados a la luz del derecho internacional, es si los extranjeros son tratados de acuerdo con los estándares ordinarios de países civilizados<sup>37</sup>.

Todo lo anterior originó que las Partes del TLCAN en julio de 2001, emitieran una aclaración respecto al alcance del Nivel Mínimo de Trato, a través de la Comisión de Libre Comercio al señalar lo siguiente:

4. El artículo 1105(1) establece el nivel mínimo de trato a los extranjeros propio del derecho internacional consuetudinario, como el nivel mínimo de trato que debe otorgarse a las inversiones de los inversionistas de otra Parte.

5. Los conceptos de “trato justo y equitativo” y “protección y seguridades plenas” no requieren un trato adicional al requerido por el nivel mínimo de trato a los extranjeros propio del derecho internacional consuetudinario, o que vaya más allá de éste.

---

<sup>33</sup> *Amco Asia Corp. vs. Indonesia* (1984), 24 I.L.M. 1022 (ICSID Tribunal), pág. 1032.

<sup>34</sup> E. ROOT, *The Basis of Protection of Citizens Abroad* (1910), 4 Am. J. Int. Law, pags. 517-521.

<sup>35</sup> F.A. MANN, *The Legal Aspect of Money*, 5<sup>th</sup> ed. (Oxford: Clarendon Press, 1992), pág. 473.

<sup>36</sup> *Ibíd.*, págs. 472,473.

<sup>37</sup> W. LWVI, *Contemporary International Law*, 2<sup>nd</sup> ed., (Boulder, Col.: Westview Press), pág. 169.

6. Una resolución en el sentido de que se ha violado otra disposición del TLCAN o de un acuerdo internacional distinto no establece que se ha violado el artículo 1105(1)<sup>38</sup>.

En este sentido, como se puede apreciar, el T-MEC recoge el entendimiento de las posiciones previas de las Partes del TLCAN y de algunos doctrinarios, de forma que su alcance se encuentra ahora fuera de duda. En su momento, la decisión de la Comisión de Libre Comercio del TLCAN fue cuestionada por los inversionistas demandantes en los casos Methanex, UPS, ADF, al afirmar que se trata de una enmienda al tratado y no una interpretación. El caso más significativo fue *Pope & Talbot* en donde surgió una controversia respecto a si la decisión de un tribunal debería de ser revisada a la luz de la decisión de la Comisión de Libre Comercio, en virtud del artículo 1131 (Derecho aplicable) que dispone que las interpretaciones que formule la Comisión de Libre Comercio sobre una disposición de este Tratado serán obligatorias para cualquier tribunal establecido conforme al capítulo XI. La Comisión aclaró que el tratado sólo le otorgaba la facultad para formular interpretaciones del tratado, pero no le otorga la facultad para modificar las disposiciones del tratado. Sin embargo, una vez emitido una interpretación sería obligatoria para cualquier tribunal establecido conforme al capítulo XI del TLCAN. Esta consideración ya no está incluida en el capítulo 14 del T-MEC, pero lo que si se garantizó es la aclaración sobre el alcance y significado de los términos trato justo y equitativo y protección y seguridades plenas.

#### IV. EXPROPIACIÓN

El artículo de expropiación ha sido sumamente cuestionado y analizado. Desde las primeras reclamaciones a la fecha, los inversionistas han tratado de demostrar actos regulatorios que les han ocasionado daños y los asemejan a una expropiación indirecta. Su alcance incluso ha sido atacado porque se le brinda un derecho al extranjero en México, que el mexicano no tiene en México. Lo cierto es que el T-MEC logra aclarar con su nueva redacción y anexo su alcance y objeto. Pero veamos la comparación con el TLCAN.

De la redacción del primer párrafo de ambos tratados se desprenden los siguientes los siguientes elementos, a saber, nacionalización, expropiación, directa, indirecta o medida equivalente a la expropiación. En consecuencia, el artículo fue negociado para proteger al inversionista extranjero en contra de las nacionalizaciones y a las expropiaciones. Sin embargo, el tratado no tiene la intención de vulnerar la facultad que tienen todos los Estados para poder llevar actos expropiatorios, siempre y cuando medie una compensación por el daño. Esa compensación o indemnización busca se le otorgue al inversionista de un estándar mínimo internacional.

La segunda cuestión que se desprende es el reconocimiento de las expropiaciones o nacionalizaciones directas o indirectas. Esto debido a que es reconocido en el derecho internacional sólo estos dos tipos de expropiaciones. Sin embargo, durante el TLCAN, existía una polémica respecto a si la referencia a medida equivalente a la expropiación creaba una nueva

---

<sup>38</sup> Interpretación del capítulo XI del TLCAN adoptada por la Comisión de Libre Comercio con el fin de aclarar y reafirmar el significado de algunas de sus disposiciones, 31 de julio de 2001.

categoría de expropiación o si se refería a la expropiación indirecta. Ese entendimiento ahora es aclarado en el T-MEC y su anexo 14-B, al confirmar que sólo puede haber expropiaciones directas o indirectas y que las medidas equivalentes se refieren a las segundas.

Como antecedente, los criterios para determinar el pago de la indemnización respectiva han sido muy debatidos en los últimos años; la postura de los países en vías de desarrollo fue la de considerar al acto expropiatorio como una manifestación del poder soberano del Estado y si surgía una duda en cuanto al monto de la compensación, ésta debía dirimirse forzosamente ante los tribunales nacionales. En el TLCAN y T-MEC se tiene como primer punto, el consignar claramente que la intención no es, ni podrá ser, la de inhibir la facultad que tiene todo Estado de llevar a cabo actos expropiatorios. Además, se interpreta que las disciplinas que contiene no se aplican únicamente a la expropiación, sino que también abarcan a la nacionalización. Como ya se mencionó, la expropiación únicamente aplica a las medidas individuales llevadas a cabo por casas de interés público, mientras que las nacionalizaciones involucran medidas expropiatorias a larga escala con fundamento en un acto legislativo o ejecutivo que tiene el propósito de transferir la propiedad o intereses diversos a las manos del domino público<sup>39</sup>.

Conforme a lo anterior, hay 2 elementos expropiatorios, *e.g.* expropiación o nacionalización directa e indirecta. Tratándose de las indirectas, éstas pueden ser a través de una medida equivalente a la expropiación. Es decir, las expropiaciones o nacionalizaciones pueden ser directas o indirectas o a través de una medida equivalente. Considerar a una medida equivalente para determinar una expropiación es incorrecto porque dichas medidas se incluyen como una forma indirecta de expropiación. De no ser así, cualquier acto de autoridad pudiera ser considerado como una medida expropiatoria, lo cual no es posible y las Partes lo hubieran clarificado oportunamente.

Las causas en las cuales se debe encuadrar el acto expropiatorio son las siguientes:

- a) Debe ser por causa de utilidad pública;
- b) Sobre bases no discriminatorias;
- c) Con apego al principio de legalidad; y
- d) Mediante indemnización.

También se establece que la indemnización será equivalente al "valor justo de mercado" de la inversión y no reflejará el aumento o disminución que resulte de haberse conocido la intención de expropiar. Qué se entiende por el concepto de "valor justo de mercado"; pues de acuerdo con el mundo financiero, aquel que se determina entre un vendedor deseoso de vender el bien y un comprador deseoso de adquirirlo. De esta forma se consigna que los criterios de valuación se tomarán en cuenta el valor corriente del bien y el valor del activo, incluyendo el valor fiscal declarado de bienes tangibles.

---

<sup>39</sup> DOLZER AND STEVENS: Ob. Cit., pág. 98.

Además, se dispone que el riesgo cambiario correrá por cuenta del Estado que expropia al igual que los intereses que se generen. En este caso, la exigencia tradicional de los Estados Unidos es la de exigir que toda compensación por expropiación fuera de manera **pronta, adecuada y efectiva** se transformó a acordar que el pago de la indemnización deberá realizarse **sin demora y será completamente liquidable tomando en cuenta el valor justo de mercado**. En realidad, los Estados Unidos no se apartaron de la fórmula Hull, sino que la complementaron.

En el caso *Pope & Talbot c. el Gobierno de Canadá*<sup>40</sup>, se analizó una supuesta violación al artículo 1110 del TLCAN. En este caso, el inversionista reclamó que el Régimen de Control de Exportación de Canadá (Régimen) en relación con el Acuerdo de Exportación de Madera de Pino entre Canadá y Estados Unidos (Acuerdo), había privado a su inversión el derecho de vender sus productos en mercados naturales y tradicionales, como el de los EE. UU. El inversionista argumentó que el término de medida equivalente en el artículo 1110, lo protegía en contra actos derivados del Estado como lo sería el Régimen que implementa el Acuerdo. Es decir, en opinión del inversionista, el término de medida equivalente iba más allá de las expropiaciones progresivas reconocidas dentro del derecho internacional consuetudinario e incluía aquellos actos del Estado emitidos en su capacidad de poder de policía. Así, en opinión del inversionista, el término de medida equiparable a la expropiación incluía aquellas medidas no discriminatorias de aplicación general que tenían el efecto de interferir substancialmente en la inversión del inversionista, como lo era el Régimen adoptado por Canadá.

Canadá, por su parte, argumentó que la inversión reclamada por el inversionista para poder exportar al mercado estadounidense no podía considerarse dentro de la definición del artículo 1139(g), porque no era un bien que pudiera ser sujeto a la expropiación. Canadá también argumentó que el Régimen que implementaba el Acuerdo, no podía ser analizado conforme al TLCAN, porque caía dentro de su facultad regulatoria de Estado, que no obliga a compensar por medidas de aplicación general no discriminatoria. En opinión de Canadá, para que existiera una expropiación, se requiere que hubiera un determinado grado de interferencia que privara los derechos fundamentales de propiedad del inversionista. En este caso, opinó que no había existido este tipo de interferencia. Por lo tanto, Canadá rechazó la existencia de una expropiación debido a que el inversionista continuaba con su derecho para seguir exportando. Por otra parte, Canadá argumentó que el significado de la palabra “*tantamount*” significaba equivalente, por lo que este término no podía tener un significado mayor al otorgado por el derecho internacional consuetudinario, que cubre solamente aquellas expropiaciones progresivas.

---

<sup>40</sup> *Pope & Talbot* es una compañía dedicada a la producción y comercialización de madera de pino, cuya sede de operaciones es Oregón. La empresa presentó una reclamación en contra del gobierno de Canadá derivado del Acuerdo sobre Maderas de Pino, celebrado entre los gobiernos de Canadá y los Estados Unidos. Inversionista argumenta la violación de varios artículos del capítulo XI del TLCAN, en perjuicio de *Pope & Talbot Ltd.* -una subsidiaria de *Pope & Talbot, Inc.* El Acuerdo sobre Maderas de Pino, requiere que las compañías madereras que se dedican a la producción de madera de pino en las provincias de Quebec, British Columbia, Ontario y Alberta, cubran con ciertos requisitos especiales de operación y realicen el pago de un impuesto por exportación a los Estados Unidos. *Pope & Talbot, Inc.*, argumenta que la práctica de que algunos inversionistas sean objeto de estos requisitos especiales para operar en la provincia donde ellos se encuentran establecidos, es discriminatorio y violatorio de los principios de Trato nacional, Nivel mínimo de trato y Trato de nación más favorecida que prevé el TLCAN. Lo anterior, equivale a una expropiación de la inversión del inversionista. Así, *Pope & Talbot* reclama el pago por daños de 30 millones de dólares estadounidenses.

En opinión del tribunal, debido a que la inversión del inversionista estaba basada en la exportación de madera de pino a los Estados Unidos, el acceso al mercado estadounidense del inversionista debía poderse analizarse conforme a la definición de inversión del artículo 1139(g) y del concepto de expropiación conforme al artículo 1110. El tribunal coincidió con la opinión de Canadá, respecto a que la frase medida equivalente sólo intentaba cubrir dentro de su definición a las expropiaciones progresivas, que son reconocidas dentro del derecho internacional. Respecto a las medidas no discriminatorias, cubiertas dentro de las facultades de un Estado como “*police powers*”, en opinión del tribunal, si podían analizarse a la luz del artículo 1110, porque podía disfrazar una expropiación progresiva, al determinarse que es discriminatoria. Sin embargo, aclaró que estas medidas regulatorias no podían ser analizadas más allá del concepto dado por el derecho internacional. De esta forma, el tribunal rechazó el argumento de Canadá sobre que este tipo de medidas –el Régimen que implementa el Acuerdo- estaban excluidas del análisis del capítulo XI. No obstante, el tribunal concluyó que el Régimen no dio lugar a una expropiación debido al grado de interferencia. En consecuencia, consideró que para que existiera una interferencia que diera lugar a una expropiación, el inversionista debía estar privado para poder utilizar nuevamente su bien, disfrutarlo o disponer de él. Por lo tanto, el Régimen no tenía fines confiscatorios, preventivos que hubieran interferido con el ejercicio efectivo de la propiedad del inversionista extranjero, por lo que el tribunal no pudo determinar un acto expropiatorio de parte del gobierno canadiense<sup>41</sup>.

En el caso S.D. Myers contra el gobierno de Canadá, que se explicó anteriormente, el inversionista reclamó que la prohibición temporal y final para exportar PCBs de Canadá equivalían, entre otras cosas, a una violación del artículo 1110 del TLCAN. Esta prohibición estuvo en vigor por un período de 16 meses<sup>42</sup>.

En opinión del tribunal, una expropiación usualmente debe equivaler a una privación última de la inversión del inversionista. En algunos casos, es conveniente ver a este tipo de privaciones, como medidas equivalentes a la expropiación, incluso si la medida fue temporal o parcial. Sin embargo, el tribunal consideró que, en este caso, la medida temporal no podía ser caracterizada como un acto expropiatorio. Respecto al término “*tantamount*”, tribunal coincidió con la decisión del tribunal de Pope & Talbot, respecto al significado de la palabra equivalente. El tribunal de S.D. Myers consideró que la intención de los negociadores del TLCAN al utilizar la palabra equivalente era la de comprender el concepto de las expropiaciones progresivas, en lugar de expandir el ámbito internacionalmente aceptado del término expropiación. Debido a que Canadá no obtuvo ningún beneficio por la medida, y no existieron pruebas que demostraran una transferencia de la propiedad o beneficio directo a otros, en opinión del tribunal, no existió un acto expropiatorio<sup>43</sup>.

En el caso Metalclad, el tribunal consideró que una expropiación conforme al artículo 1110, puede darse a través una interferencia disimulada o incidental del uso de la propiedad, que tenga la intención de privar, total o parcialmente al propietario del uso o beneficio económico que

---

<sup>41</sup> Laudo interlocutorio, *Pope & Talbot c. el Gobierno de Canadá*, 26 de junio de 2000, párrafos 81-105, págs. 42-60.

<sup>42</sup> Laudo parcial, *S.D. Myeres c. el Gobierno de Canadá*, 13 de noviembre de 2000, págs. 15-27.

<sup>43</sup> *Ibíd.*, págs. 69-71.

razonablemente se esperaría de la propiedad, aunque no exista un beneficio de parte del Estado receptor. En consecuencia, el tribunal concluyó que el municipio de Guadalcázar no tenía facultades para negar la licencia de construcción municipal porque Metalclad contaba con las autorizaciones Estatales y Federales. Por lo tanto, el municipio de Guadalcázar no podía negarse a otorgar el permiso; el hacerlo, en opinión del tribunal, equivalió a la adopción de una medida equivalente a una expropiación indirecta. El tribunal hizo referencia al caso *Biloune, et al contra Ghana Investment Centre, et al.*, 95 I.L.R. 183, 207-10 (1993), en donde Ghana clausuró la construcción de un restaurante argumentando que no contaban con el permiso de construcción. El tribunal concluyó que había una expropiación indirecta, porque todas las circunstancias tenían el efecto de causar una suspensión irreparable de los trabajos del proyecto<sup>44</sup>. Cabe señalar que el razonamiento anterior fue desechado por la Corte de Vancouver, Colombia Británica, Canadá, sin embargo, sirve de ejemplo para conocer la aplicación, del principio de interferencia en la propiedad de un particular.

De las decisiones mencionadas anteriormente, se desprende que una medida expropiatoria puede determinarse con base a la interferencia que reciba la inversión del inversionista, que puede ser disimulada o incidental, siempre y cuando se compruebe que tiene la intención de privar, total o parcialmente, a la inversión del inversionista, aunque no exista siempre un beneficio de parte del Estado receptor de la inversión. Una medida de carácter regulatorio (*regulatory powers*), puede analizarse a la luz del artículo de expropiación, incluso, cuando dicha medida no se encuentre dentro de las previstas por el tratado. Esto debido a que puede disfrazar una expropiación progresiva que sea discriminatoria.

En suma, se puede identificar que los EE. UU. y México quisieron incorporar en el T-MEC todos los criterios derivados de las decisiones arbitrales del TLCAN, acotando su ámbito y cobertura.

## V. EL CONCEPTO “MEDIDA” EN EL TLCAN

Una vez explicado lo anterior, es importante señalar que se entiende por una medida para efectos del tratado. En este sentido, un inversionista para que pueda iniciar una reclamación debe identificar la existencia de una medida impuesta por una autoridad de una Parte que sea inconsistente con las disposiciones de inversión sustantivas tanto del TLCAN como del T-MEC y que, a consecuencia de dicha medida, la inversión del inversionista demandante haya sufrido pérdidas o daños. En la práctica, el estudio de la medida es, sin lugar a duda, el problema más importante que deberá analizar un tribunal arbitral. Esto es, puede haber medidas que hayan sido emitidas por un Estado y que son congruentes con el tratado, sin embargo, habrá otras medidas que, aunque hayan sido emitidas por un Estado en su capacidad de “poder de policía” están encubriendo una medida incongruente con el espíritu del capítulo. Por ejemplo, regresando al caso del caso S.D. Myers, el tribunal determinó que la medida impuesta por Canadá, no obstante que era legal y provisional, tenía toda la intención de proteger a la industria canadiense. En opinión del Tribunal, existían otros medios para que se buscara proteger a la industria canadiense

---

<sup>44</sup> Laudo final, *Metalclad Corporation c. los Estados Unidos Mexicanos*, págs. 35-39.

que fueran consistentes con el tratado<sup>45</sup>. Consecuentemente, el trabajo de los árbitros en este sentido es muy importante ya la debida interpretación del tratado es necesaria debido a que las decisiones tienen un impacto sustancial en otros casos presentados conforme a esta sección.

El artículo 201 del TLCAN y 1.4 del T-MEC señalan que se entenderá por medida “cualquier ley, reglamento, procedimiento, requisito o práctica”. Cabe señalar que las decisiones de los tribunales han enriquecido el entendimiento de conceptos tan importantes como el de medida. Por ejemplo, en el caso *Raymond Loewen y Loewen, Group Inc. c. el Gobierno de Estados Unidos de América*, (Caso CIADI No. ARB(AF)/98/3)<sup>46</sup>, el tribunal concluyó que las decisiones judiciales estaban incluidas dentro del término medida. En opinión del tribunal, el término “ley” comprende tanto precedentes de decisiones judiciales como decisiones basadas en leyes o códigos; “procedimiento” incluye procedimientos judiciales y legislativos; “requisitos” se refieren a una orden de una corte que mande una parte a realizar cierto acto o a pagar cierta suma de dinero, mientras que el término “práctica”, puede incluir cualquier proceso ante las cortes, así como de los procesos ante otros organismos de gobierno<sup>47</sup>. En *Loewen*, se hizo referencia al caso *Regina c. Pierre Boucheraue*, caso 30 77 (1977 - CEJ), en donde la Corte Europea de Justicia rechazó el argumento de que “medida” excluía cualquier acción del poder judicial. En opinión de la Corte, la palabra abarca cualquier acción que afecte los derechos de una persona derivados de la aplicación de las disposiciones relevantes de un tratado. Igualmente, en *Loewen* se consideró el caso *Fisheries Jurisdiction Case* (España c. Canadá) No. 96 (ICJ 4 11) en donde la Corte Internacional de Justicia concluyó que “en su sentido ordinario la palabra [‘medida’] tiene amplitud suficiente para abarcar cualquier acto, paso o procedimiento, y no impone límite particular alguno a su contenido material o al propósito de éste”<sup>48</sup>. En opinión del tribunal, la palabra medida debe ser acorde con el sentido otorgado por el derecho internacional, además, tiene que ser leído a la luz del objetivo del TLCAN -artículo 102(2). Así, la interpretación de la palabra medida, debe ser acorde con el principio de responsabilidad de un Estado, en donde se abarcan actos de los órganos judiciales, legislativos y administrativos<sup>49</sup>.

No obstante que la decisión en el caso *Loewen* se centró a analizar si las reclamaciones derivadas de actos emanados del poder judicial pueden ser perseguidas conforme al capítulo XI,

---

<sup>45</sup> Cfr., *supra*.

<sup>46</sup> *Raymond Loewen y Loewen, Group Inc.* presentaron una reclamación en contra los Estados Unidos de América al amparo del capítulo XI del TLCAN. La reclamación versa sobre la violación de los Estados Unidos a los artículos 1102, 1105 y 1110 del tratado. *Loewen Inc.* es una compañía canadiense dedicada al negocio de las funerarias. La reclamación de *Loewen* se basa en un litigio ante la Corte del Estado de Mississippi en la que *Loewen* fue demandado por \$200 millones de dólares estadounidenses por *Jeremiah O’Keefe*, quien exitosamente argumentó ante el jurado que *Loewen* incurrió en prácticas monopólicas y fraudulentas con el propósito de sacar del negocio al Sr. *O’Keefe*. No tan sólo tuvo éxito la demanda del Sr. *O’Keefe*, sino que el jurado le otorgó \$500 millones de dólares por daños. *Loewen* ahora argumenta coacción en las negociaciones de arreglo, lo cual representa una violación de los estándares de justicia, es una incomprensiva expropiación y una actitud discriminatoria. Igualmente, se argumenta la falta de un trato justo y equitativo por la Corte de Mississippi. Dado que los Estados Unidos son responsables de los actos de sus Estados, es responsable al amparo del TLCAN en caso de que se confirme una violación al tratado.

<sup>47</sup> Laudo interlocutorio, *Loewen Group Inc. c. los Estados Unidos de América*., Caso CIADI No. ARB(AF)/98/3, párrafo. 40, pág. 10.

<sup>48</sup> *Ibíd*em, párrafo. 45, pág. 11.

<sup>49</sup> *Ibíd*em, párrafo. 47, pág. 12.



es un precedente que pone de relieve la posible responsabilidad de un Estado por actos provenientes de órgano de gobierno independiente al ejecutivo.

Por otra parte, en la opinión disidente de Keith Highet, árbitro nombrado por la empresa *Waste Management Inc.* (WMI) caso en contra los Estados Unidos Mexicanos, caso CIADI No. ARB(AF)/98/2<sup>50</sup>, la palabra medida, tomando en consideración al igual que lo hizo el tribunal en el caso Loewen, la decisión en el caso *Fisherires Jurisdiction* entre España y Canadá (Ver párrafo *supra*), es un buen ejemplo para determinar que el concepto medida se refiere a cualquier acto, paso o procedimiento. Sin embargo, en este caso, la reclamación sobre las acciones de Banobras, del Municipio de Acapulco y del gobierno de Guerrero, que no podían ser contempladas dentro del término medida, sólo hubieran podido considerarse si se unieran a otras disposiciones del tratado, como las del artículo 1110. Es decir, el incumplimiento de un pago por concepto de una garantía o carta de crédito debería poder unirse a otros elementos que, si puedan constituir una medida, para que puedan considerarse una violación del tratado. Así, en el caso de una nacionalización progresiva, los actos no cubiertos dentro del término medida pudieran ser considerados a la luz de otros artículos<sup>51</sup>.

En virtud de esta decisión, se podría considerar que un acto que no se pudiera encuadrar dentro del concepto medida, podría utilizarse para demostrar algún tipo de denegación de justicia que serviría como base de una reclamación de violación del tratado, como lo sería en el caso de una expropiación progresiva que esta cubierta por los artículos de expropiación del TLCAN como del T-MEC.

Las cuestiones relativas a la renuncia que debe presentar un inversionista son muy importantes debido a que están relacionados con la exclusión de foros. Es decir, México ha sostenido en diversos procedimientos que la renuncia que deberá presentar un inversionista para que tenga acceso al mecanismo de solución de controversias del capítulo XI del TLCAN debe ser absoluta y sin condiciones. De hecho, el laudo en el caso *Waste Management Inc.*, (WMI) señala que la intención del inversionista de terminar con otras reclamaciones relacionadas debe de ser lo suficientemente clara que no de lugar a ambigüedades. En este caso, WMI argumentó que no era necesario acabar con las reclamaciones paralelas que se estaban dirimiendo en los tribunales nacionales mexicanos. México argumentó que, al decidir continuar los procedimientos internos, WMI había elegido el foro para la solución de su controversia, por lo que estaba excluido de iniciar una reclamación al amparo del capítulo XI del TLCAN. El tribunal coincidió

---

<sup>50</sup> El Ayuntamiento de Acapulco, Guerrero otorgó una concesión para la recolección de basura en el área turística del puerto de Acapulco y para la construcción de un relleno sanitario a la empresa Acaverde, S.A de C.V. propiedad de *Waste Management Inc.* El Ayuntamiento celebró con BANOBRAS una línea de crédito revolviente y contingente para garantizar el pago a la concesionaria en caso de problemas de falta de liquidez. El Ayuntamiento decidió suspender los pagos a la empresa argumentando que no se había cumplido con los compromisos emanados de la concesión. Sin embargo, la empresa argumentó que tenía derecho al pago por sus servicios. La empresa demandó en los tribunales nacionales a BANOBRAS y perdió. La empresa también inició una reclamación a través de un arbitraje privado en contra del Ayuntamiento.

<sup>51</sup> Laudo final, *Waste Management Inc. c. los Estados Unidos Mexicanos* (Caso CIADI No. ARB(AF)/98/2), párrafos 11-14, pp. 4-5.

con la opinión de México<sup>52</sup> en el sentido de concluir de que los argumentos de WMI respecto a que siempre y cuando no se argumentaran en otros foros de solución de controversias en lo que estuvieran involucrados el pago de daños, las disposiciones del TLCAN, un inversionista tendría el derecho de continuar con dichas reclamaciones. En opinión del Tribunal, “cuando ambas acciones tengan su fundamento legal en la misma medida, ... no podrían las dos continuar bajo el inminente riesgo de que pudiere obtener la parte reclamante un doble beneficio en la reparación de daños”<sup>53</sup>. Esto es una exclusión de foros, por eso la exclusión tiene la finalidad de salvaguardar que una reclamación no es presentada dos veces ante dos instancias de solución de controversias distintas.

Como se explicó, puede haber una presunción de violación a los principios o preceptos de inversión del tratado, pero si la presunta violación no está directamente relacionada con la medida y ésta no es disconforme, aunque hubiera ocasionado un daño, no sería compensable.

## VI. CONCLUSIÓN

La hipótesis de investigación se comprueba. Existen cambios a la protección de las inversiones en el T-MEC que no existían en el TLCAN.

Tal vez uno de los aspectos más relevantes a destacar es que ya no se trata de un mecanismo de solución controversias trilateral. Con la salida de Canadá del mecanismo, el capítulo de inversión del T-MEC se convierte en un acuerdo tradicional de protección a las inversiones norte – sur. Es decir, elaborado y acordado para garantizar más a las inversiones de los inversionistas estadounidenses en México, que de los inversionistas mexicanos en los EE. UU.

Existe una gran coincidencia entre las resoluciones de los arbitrajes de inversión del TLCAN y las nuevas redacciones y anexos del T-MEC. En este sentido, llama la atención que ahora el tema de compras de gobierno esté exceptuado de trato nacional en el régimen de transición y en el mecanismo inversionista – Estado.

Otra situación que sirve para acotar el alcance y objeto del artículo relativo a nivel mínimo de trato es su vinculación con el derecho internacional consuetudinario. Como se explicó en el ensayo, existe muchos antecedentes arbitrales que sirvieron de sustento para esta decisión plasmada incluso en un anexo. Al respecto, se pone de manifiesto que el nuevo T-MEC termina con la posibilidad de que, a través de la Comisión de Libre Comercio, en caso de incumplimiento de un laudo arbitral, se pudiera indicar un procedimiento Estado – Estado.

Respecto a la expropiación, sin duda, las primeras reclamaciones de arbitraje del TLCAN han impactado en la nueva redacción del principio y anexo en el T-MEC. Esto es, ahora no existe ambigüedad al señalar que el tratado sólo reconoce dos clases de actos expropiatorios, los

---

<sup>52</sup> Sin embargo, la opinión disidente de Keith Higate es que siempre y cuando no se haya pronunciado un tribunal al respecto, y en la medida que no se contrapongan, deberían de aceptarse. La mayoría no opinó lo mismo.

<sup>53</sup> Laudo de Jurisdicción, *Waste Mangement Inc., c. los Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/98/2, 2 de junio de 2000, pág. 20.

directos y los indirectos; ya que, para el último, la medida equiparable no pretende crear un nuevo y diferente estándar de medida. En este sentido, el Anexo 14-B en materia de expropiación, limita al tribunal obligándolo a resolver conforme a los hechos de la reclamación y caso por caso, las reclamaciones de expropiación que se deriven de un acto o una serie de actos en donde no haya existido la transferencia del bien en cuestión. Recordemos que las decisiones de arbitraje en el T-MEC no generan precedente, por lo cual la referencia es exclusivamente al derecho internacional consuetudinario.

Conforme a lo anterior, existe una relación muy importante entre el principio violado y la medida impugnada, que debe ser disconforme al tratado y con la intención de haber generado un daño o perjuicio. Los casos *S.D. Myers c. Canadá*, *Metalclad c. México*, *Loewen c. EE.UU.* sirvieron de referencia para aplicar el ámbito y cobertura del término medida, al tratar de incluir procedimientos judiciales y legislativos, contrario a las decisiones en los casos *Azinian c. México*, *WMI c. México* que ayudaron con el entendimiento de que las decisiones de los tribunales judiciales deben entenderse como válidas, salvo que se impugne denegación de justicia, pero su estándar de prueba, debe ser de tal forma, que no de lugar a duda que se trató de un trato por abajo del estándar mínimo internacional aceptado por el derecho internacional consuetudinario, así como también sirvieron para demostrar que no puede ser elevado al plano de una reclamación internacional una siempre violación de contrato.

La suscripción del T-MEC y su entrada en vigor sin duda es importante para el comercio y desarrollo en México. No obstante, la protección de las inversiones en la zona de libre comercio si se ve afectada por la salida de Canadá del mecanismo de solución de controversias. Las modificaciones a las deposiciones de trato a la inversión se ven limitadas por lo que respecta a compras del estado y en materia de expropiación, las decisiones arbitrales previas sirvieron para su aclaración y acotamiento. La pregunta que surge y que no fue materia de este ensayo es qué pasará si existe una reclamación entre Canadá y México; la respuesta es sencilla, se tendrá que resolver fuera del T-MEC, tal vez a través del mecanismo inversionista – Estado contenido en el Acuerdo Transpacífico en el que ambos forman parte, no es lo ideal, pero al menos, no se descarta esa posibilidad. Regresando al planteamiento original, sin duda, la intención de México era salvar la integridad del tratado y aprovechar para incorporar los nuevos criterios que habían quedado ambiguos en el TLCAN, sin embargo, existe un importante ingrediente político que no podemos soslayar. Las negociaciones del nuevo tratado se dieron en un contexto en donde el presidente de los EE. UU. había manifestado claramente que no le gustaba el TLCAN porque sólo había servido a México y que necesitaba que sus inversiones regresaran a su país. Con ese contexto en mente, y con nuestra economía en caída, no resulta incongruente pensar que los negociadores se vieron forzados en aceptar las condiciones y anexos que impusieron los estadounidenses. Sirve en este sentido, que Canadá prefirió no suscribirlo. Así que seguramente en la práctica surgirán nuevos temas que hoy ha sido omitidos, pero la esencia que derivó de la negociación hace regresar más al esquema tradicional de protección de las inversiones de los países desarrollados hacia los países en desarrollo como México. Una realidad que no se puede negar.

## VII.

## BIBLIOGRAFÍA

### *Libros*

1. Aust, Anthony, *Modern Treaty Law and Practice*, Cambridge, Reino Unido, 2000, pp. 443.
2. BECERRA, Ramírez, Manuel, *Derecho Internacional Público*, McGraw Hill-UNAM, México, 1997, pp. 139.
3. BROWNLIE, Ian, *Principles of Public International Law*, 5<sup>th</sup> Ed., Oxford, U.S.A., 1998, pp. 743.
4. CALVO Caravaca, Alfonso, et al, *Derecho Internacional Privado*, volumen II, Comares, Granada, 1998, pp. 792.
5. CRAWFORD, James, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility, Introduction, Text and Commentaries*, Cambridge, 2002, pp. 387.
6. J.G. COLLIER, *Conflict of Laws*, 3 edición, 2001, pp. 403.
7. DOLZER, Dudolf, et al, *Bilateral Investment Treaties*, CIADI, Holanda, 1995, pp. 330.
8. FARNSWORTH, Allan, *Introducción al Sistema Legal de los Estados Unidos*, ed. Zavalia, Buenos Aires, Argentina, 1990, pp. 247.
9. D.J. HARRIS, *Cases and Materials on International Law*, 5<sup>o</sup> Edición, Sweet & Maxwell, 1998, pp. 1123.
10. JENNINGS, Robert, *Oppenheim's International Law*, Longnam, London and New York, 9 ed., 1996.
11. KOZOLCHYK, Boris, *El Derecho Comercial ante el Libre Comercio y el Desarrollo Económico*, Mc Graw Hill, México, 1996.
12. MANN, *Private Rights, Public Problems: A Guide to NAFTA's Controversial Chapter on Investor Rights*, IISD-WWF, 2001, Canadá, pp. 110.
13. MCRAE M. Donald, et al, *Understanding the Free Trade Agreement*, University of Ottawa, enero 1988, pp. 248.
14. J.G. MERRILLS, *International Dispute Settlement*, 3 edición, 1998, Cambridge, pp. 354.
15. Redfern, Alan Hunter, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, Sweet & Maxwell, tercera edición, Londres 1999.

16. REISMAN W. Michael, *International Commercial Arbitration, Cases, Materials and Notes on the Resolution of International Business Disputes*, University Casebook Series, USA, 1997.

17. ROSENNE, Shabtai, *The Law and Practice of the International Court, 1920-1996 Volume I, II, III, AND IV, The Court and the United Nations*, Martinus Nijhoff Publishers, Holanda, pp. 1960.

18. SØRENSEN, Max; *Manual de Derecho Internacional Público*; Fondo de Cultura Económica; México, 1994.

### ***Revistas especializadas***

19. *Scope and Definition*, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements, ONU, Ginebra, 1999, Sale No. E.99.II.D.9, pp. 80.

20. *Most-Favored-Nation Treatment*, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements, ONU, Ginebra, 1999, Sale No. E.99.II.D.11, pp. 54.

21. *Foreign Direct Investment and Development*, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements, ONU, Ginebra, 1999, Sale No. E.98.II.D.15, pp. 70.

22. *National Treatment*, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements, ONU, Ginebra, 1999, Sale No. E.99.II.D.16, pp. 85.

23. *Fair and Equitable Treatment*, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements, ONU, Ginebra, 1999, Sale No. E.99.II.D.15, pp. 76.

24. *Taking of Property*, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements, ONU, Ginebra, 2000, Sale No. E.00.II.D.4, pp. 70.

### ***Constitución, tratados y leyes***

25. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

26. Tratado de Libre Comercio de América del Norte.

27. T-MEC.

28. Ley de Inversión Extranjera.

29. Reglamento de la Ley de Inversión Extranjera.

30. Ley sobre la Celebración de Tratados.

31. Código de Comercio y Leyes Complementarias.

32. *The U.S. North American Free Trade Agreement Implementation Act*.

33. Convención de Naciones Unidas Sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras (New York, 10 de Junio de 1958).

***Laudos y sentencias***

34. Sentencia en el caso, *The United Mexican States v. Metalclad Corporation*, Case No. 2001 BCSC 664, date 20010502, Docket L002904, Registry Vancouver. Solicitud de México para desechar el laudo arbitral emitido conforme al capítulo XI del TLCAN.

35. Laudo definitivo en el caso *Metalclad Corporation c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/97/1 de fecha 30 de agosto de 2000. Arbitraje conforme al capítulo XI del TLCAN.

36. Laudo definitivo en el caso, *Robert Azinian y otros c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/97/2 de fecha 1 de noviembre de 1999. Arbitraje conforme al capítulo XI del TLCAN.

37. Laudo definitivo en el caso, *Waste Management Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/98/2, de fecha 2 de junio de 2000. Arbitraje conforme al capítulo XI del TLCAN.

38. Opinión Disidente por Keith Highet en el caso *Waste Management Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/98/2, de fecha 2 de junio de 2000. Arbitraje conforme al capítulo XI del TLCAN.

39. Laudo definitivo en el caso, *Pope & Talbot vs. The Government of Canada*, caso conforme al capítulo XI del TLCAN y las reglas de arbitraje de la CNUDMI, de fecha 26 de junio de 2000.

40. Laudo parcial en el caso *S.D. Myers, Inc. vs. The Government of Canada*, caso conforme al capítulo XI del TLCAN y las reglas de arbitraje de la CNUDMI, de fecha 13 de noviembre de 2000.

41. Opinión Disidente del Dr. Bryan Schwartz en el caso *S.D. Myers, Inc. vs. The Government of Canada*, caso conforme al capítulo XI del TLCAN y las reglas de arbitraje de la CNUDMI, de fecha 12 de noviembre de 2000.

42. Reporte Final del Pánel en el caso de Restricciones de Estados Unidos en Materia de Servicios Transfronterizos e inversión en el sector de Transporte de Carga de fecha 6 de febrero de 2001. Caso conforme al capítulo XX del TLCAN.

Laudo Interlocutorio en el caso *Methanex vs. United States of America* de enero de 2001 relativo a la participación de terceros en procedimientos conforme a las reglas de arbitraje de la CNUDMI y el capítulo XI del TLCAN.