

Revista
INserCIÓN

Año I
Vol. I
2016

ARTÍCULO I

**EL TRATADO DE LIBRE COMERCIO DE AMERICA DEL NORTE
(NAFTA) Y LA PROTECCION DE LAS INVERSIONES EXTRANJERAS**

Luis F. Castillo Argañarás

PRESENTACIÓN

Inserción es una revista de relaciones internacionales, ciencias políticas y derecho, pensado como una publicación específica del Centro Interdisciplinario de Diseño, Gestión y Evaluación de Políticas Públicas y de la Coordinación de Carreras del Área de Licenciaturas de la Facultad de Ciencias Políticas, Sociales y Jurídicas de la Universidad Católica de Santiago del Estero.

Esta iniciativa, que se integra al ponderable acervo de destacadas publicaciones de la Universidad Católica de Santiago del Estero, procura brindar un útil y valioso aporte al conocimiento, destinado al ambiente universitario especializado en la realidad internacional, la ciencia política, el derecho y sus cuestiones adyacentes y también a todos aquellos interesados en el tema.

La especificidad que caracteriza a su enfoque, propiciada por su definida cobertura temática, resulta complementada por una referencia a la dimensión regional. Precisamente, sin prescindir de su diversidad y de su vocación global, Inserción pretende reservarse también una cuota de reflexión para considerar la perspectiva sur.

Miguel A. Torres
Director

CUERPO

UNIVERSIDAD CATOLICA DE SANTIAGO DEL ESTERO SEDE CENTRAL

Av. Alsina y Dalmacio Vélez Sarsfield, 4200 Santiago del Estero, Argentina

RECTOR

Luis Eugenio Lucena

VICERRECTOR DE ADMINISTRACION

Luis Rezola

VICERRECTOR DE RELACIONES

Luis Alberto Guantay

FACULTAD DE CIENCIAS POLITICAS, SOCIALES Y JURIDICAS

DECANA

Liliana del Valle Abdala

COORDINADORAS ÁREA DERECHO

Mirta Peralta de Allall

Lorna Margarita Luna Hernández de Lindow

SECRETARIA

Nelly del Valle Cordero

COORDINACION AREA POSGRADO

Ricardo Gabriel Ávila

COORDINACION AREA LICENCIATURAS

Jorge David Sabasta

CENTRO INTERDISCIPLINARIO DE DISEÑO, GESTION Y EVALUACION DE POLITICAS PÚBLICAS

DIRECTOR

Ricardo A. del Barco

CONSEJO DE REDACCIÓN

DIRECTOR

Miguel Agustín Torres

SECRETARIO

Jorge David Sabasta

VOCALES

Martín Alejandro Gallardo

Eliana Quadrelli

Marcela Landriel Prieto

Nelly del Valle Cordero

Mirta Peralta de Allall

Pablo Hernández

CONSEJO ASESOR

Jorge José Torres

Claudia Zemán

María del Carmen Carpintero

Lorna Margarita Luna Hernández de Lindow

Santiago Isorni

Oswaldo Peiretti

Cristián Jara

Ricardo del Barco

Raul Castillo Argañaraz

Lucía Amín de Lavaisse

Silvia Carina López

Eva Inés Valev de Jensen

María Angélica Peralta de Aguirre

Ricardo Tahhan

Daniel Kobilansky

José Antonio Musso

DISEÑO EDITORIAL

Bruno Ignacio Migliorini

EI TRATADO DE LIBRE COMERCIO DE AMERICA DEL NORTE (NAFTA) Y LA PROTECCION DE LAS INVERSIONES EXTRANJERAS

Luis F. Castillo Argañarás¹

Recibido: 01-03-2013

Aceptado para publicación: 22-06-2014

RESUMEN

El objetivo de esta presentación es realizar una aproximación al sistema de protección de las inversiones en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte. En ese sentido, analizaremos las distintas posturas de los actores involucrados en las negociaciones que condujeron a la firma del Tratado. Nos focalizaremos en el Capítulo 11 de protección de inversiones extranjeras y el sistema de solución de controversias que establece.

PALABRAS CLAVES

Protección de Inversiones Extranjeras - Tratado de Libre Comercio de América del Norte – Solución de Controversias

ABSTRACT

The objective of this presentation is to make an approach to the foreign investment protection system in the North American Free Trade Agreement. In this way, we will analyze the different positions of the actors involved in the negotiations leading to the signing of this Treaty. We will focus on Chapter 11 which deals with foreign investment protection and the dispute settlement system it establishes.

KEY WORDS

Foreign Investment Protection - North American Free Trade Agreement – Dispute Settlement

¹ Doctor en Derecho (UBA) y Doctor en Ciencia Política (UB). Investigador de carrera del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET) y de la Universidad Argentina de la Empresa (UADE).

I. INTRODUCCION

El “Tratado de Libre Comercio de América del Norte” (TLCAN) conocido también por su sigla en inglés “NAFTA” es el primer acuerdo de integración regional de alcance general que involucra a países con niveles de desarrollo dispares” (MONGE –NARANJO, 2002:1). Asimismo, es “uno de los más importantes e influyentes acuerdos de comercio en vigencia” (MESTRAL; 2011:649). Fue firmado por los Presidentes de Estados Unidos y México y por el Primer Ministro de Canadá, el 17 de diciembre de 1992. En esa oportunidad George Bush manifestó “el NAFTA representa el primer paso gigantesco hacia la realización de un sueño que nos ha inspirado por mucho tiempo: el sueño de un hemisferio unido por la cooperación económica y la libre competencia (...) y llegará pronto el momento en que el comercio sea libre desde Alaska hasta la Argentina, cuando todo ciudadano de las Américas tenga oportunidad de compartir el nuevo crecimiento y creciente prosperidad” (ARNAUD; 1996: 226).

Las negociaciones para el acuerdo se iniciaron hacia junio de 1990; pero entre sus antecedentes podemos citar los siguientes tratados entre Estados Unidos y México:

- Acuerdo sobre Comercio de productos Textiles de 1984
- Memorandum de Entendimiento en Materia de Subsidios Compensatorios de 1985
- Acuerdo Marco de Principios y Procedimientos de Consulta sobre Relaciones de Comercio e Inversión de 1987 y 1989
- Comunicado Conjunto de los Presidentes de México y Estados Unidos de mayo de 1990.

Por otro lado, entre Canadá y Estados Unidos se había firmado el Acuerdo de Libre Comercio de 1987 que entró en vigor el 1 de enero de 1989.

El TLCAN significó el establecimiento de una zona de libre comercio “en el territorio de lo que se conoce geográficamente como América del Norte que en aquel momento poseía el mayor numero de habitantes en el mundo”. (Gutierrez – Haces; 2004).

La particularidad de este acuerdo es que incluye tres mecanismos distintos de solución de controversias. El primero relativo a la interpretación, aplicación y violación al Acuerdo (Capítulo 20). El segundo regula las controversias sobre cuotas anti dumping y

compensatorias. El tercero establece el mecanismo de solución de conflictos entre inversores extranjeros y el Estado receptor de la inversión (Capítulo 11).

Teresa Gutierrez – Haces (2004:36) puntualiza que “El Capítulo XI del TLCAN logró por primera ocasión que un tratado de libre comercio introdujera un capítulo específico que regulara y legislara de manera supranacional la inversión extranjera. Su contenido detallado solo se conoció públicamente hasta que el Tratado había sido rubricado por los mandatarios de México, Canadá y Estados Unidos y ratificado por sus respectivos cuerpos legislativos”. Patrick Dumberry (2001:151) señala que “el Capítulo 11 es “realmente revolucionario”; mientras que James McIlroy (2001:130) considera que “es controvertido en los países desarrollados”. En vista de estas opiniones, surgen los siguientes interrogantes: ¿Cómo fueron las negociaciones y percepciones de los actores internacionales involucrados? ¿Cuál es el alcance del sistema de protección de las inversiones extranjeras en NAFTA? ¿Cuáles son las principales disposiciones que se establecen? ¿Cómo es el sistema de solución de controversias establecido por el Capítulo 11? La respuesta a estos interrogantes nos permitirá llegar a las conclusiones.

II. LAS NEGOCIACIONES Y PERCEPCIONES DE LOS ACTORES SOBRE EL CAPÍTULO 11

James McIlroy (2001:129) señala que el Capítulo 11 es controvertido en Estados desarrollados porque permite las demandas entre países desarrollados entre sí. Tradicionalmente, los Tratados Bilaterales de inversiones están basados en un poder económico asimétrico, porque ellos involucran las inversiones que se realizan desde los países desarrollados hacia los en vías de desarrollo. Para el mismo autor (2001:129), NAFTA “altera esta asimétrica relación porque la solución de controversias no estarán focalizadas solamente entre estado desarrollado vs. Estado en vías de desarrollo. Así, encontraremos controversias Estado desarrollado vs. Estado desarrollado en las cuales estos países deberán defender las medidas que tomaron. Estos no estarán más a la ofensiva, ellos podrán estar también a la defensiva” (McIlroy, 2001:129).

Uno de los puntos centrales que generaba ansiedad en los Estados Unidos por la inclusión del Capítulo 11 era el mecanismo de arbitraje. No obstante, el arbitraje tiene una larga tradición en la política comercial de Estados Unidos. Así, tras la revolución norteamericana, se firmó el Tratado Jay de 1794 mediante el cual se garantizaba a los acreedores británicos el derecho a solicitar mediante arbitraje los daños producidos

durante la guerra de la independencia. Así, como consecuencia de la guerra civil, se utilizó el arbitraje en el caso de las reclamaciones de Alabama (Heindl, 2006:676).

Por otro lado, “Canadá y Estados Unidos tuvieron una extensa y relativamente abierta relación comercial desde el siglo diecinueve. Aunque las negociaciones hacia un acuerdo de libre comercio fracasaron reiteradamente por los temores canadienses de una anexión o dominación económica. No antes de 1986 pudieron comenzar las negociaciones que condujeron al Acuerdo de Libre Comercio entre Canadá y Estados Unidos” (Heindl, 2006:676).

La autora citada anteriormente (2006:676) estima que las inversiones extranjeras fue el punto central de interés para Estados Unidos en la celebración del Acuerdo de Libre Comercio con Canadá. Así, el gobierno de Trudeau había provocado malestar en Estados Unidos en la década de los setenta con una política económica nacionalista que limitaba el nivel de inversiones extranjeras en Canadá.

Recordemos que Pierre Trudeau estableció la Agencia de Examen de la Inversión Extranjera (*Foreign Investment Review Agency*) encargada de seleccionar e incluso rechazar la inversión extranjera si esa inversión podría ser contraria a los intereses de Canadá (Lozano; 1999:2). Así, en 1972, “el gobierno canadiense declaró que intentaría cambiar algunas modalidades del intercambio comercial de Canadá fuera de los Estados Unidos, hacia Europa. Pero en los años 80, después de mucho debate, el gobierno conservador – anticipando el abandono de las barreras al comercio alrededor del mundo – llevó al Canadá al Tratado de Libre Comercio Canadá – EE.UU.” (Lozano; 1999:2). No obstante, “este país resistió la fuerte presión que Estados Unidos trató de imponer y el acuerdo final no quedó como éste lo hubiera querido” (Heindl, 2006:676).

Canadá decidió involucrarse en las negociaciones que conducirían a la firma de TLCAN después que Estados Unidos y México anunciaron formalmente sus intenciones de firmar un acuerdo bilateral de inversiones. Este hecho ponía a Canadá en una difícil situación. La historia mostraba que el comercio y la inversión canadiense eran prácticamente inexistentes con México y América Latina. Surgía el indicio de que México podría pasar a ocupar el lugar de Canadá en el mercado estadounidense. En ese sentido, Canadá fue forzado a participar en negociaciones con México a fin de proteger sus intereses de mercado en la región (HEINDL, 2006:677). Cameron y Tomlin, citados por Heindl (2006:677), consideran que Canadá estimaba que el acuerdo entre Estados Unidos y México podía resultar en acuerdo comercial central en Norte América con México ganando potencialmente tratamientos preferenciales y mejor acceso al mercado que Canadá.

En ese sentido, Canadá percibió que un acuerdo multilateral podía ofrecer un mejor sentido de equidad que acuerdos bilaterales separados entre dos pequeñas economías y una potencia económica (Heindl, 2006:677).

Por su parte, México siempre se caracterizó por una economía cerrada; pero logró pasar de ella “al ingreso en el GATT y al aumento de la liberalización principalmente a través de decisiones del ejecutivo, con una mínima participación legislativa o intervención de los intereses empresariales y laborales (al menos muchos grupos empresariales y laborales importantes no fueron consultados). Poco después, durante la presidencia de Carlos Salinas (1988-1994), se profundizaría la liberalización comercial, y con ella vendría el fortalecimiento del Ministerio de Comercio y una pequeña pero creciente participación del Congreso” (Ortiz Mena; 2005:9). En ese sentido, “la administración de Salinas buscaba un flujo importante de inversión extranjera directa (IED) para estimular el crecimiento económico. Mientras que durante el mandato de De la Madrid la economía se había comenzado a liberalizar y se había obtenido un superávit comercial por casi todo el período, el valor de las exportaciones había permanecido prácticamente estático y el promedio de crecimiento económico estuvo cerca de cero en toda su etapa presidencial”. (Ortiz Mena; 2005:9).

Ortiz Mena (2005:10) considera que “la administración de Salinas tuvo que forjar una nueva relación con el mundo desarrollado, en especial con Estados Unidos y la Unión Europea. México no podía seguir manteniendo una política exterior defensiva basada en la premisa de que los países industrializados explotan y se aprovechan de las naciones menos desarrolladas. Tanto Salinas como Ernesto Zedillo (1994-2000) entendieron la necesidad de una nueva política económica exterior que promoviera la cooperación y se centrara en los intereses compartidos entre México y los países industrializados”.

Según relata Jennifer Heidl (2006: 679), las negociaciones del TLCAN comenzaron en Junio de 1991 en Toronto. Incluían 19 grupos de trabajo organizados en seis áreas:

- Acceso al mercado
- Normas comerciales
- Servicios
- Inversiones
- Propiedad intelectual
- Solución de controversias

Maryse Robert, citada por Heindl (2006:679), relata que “un negociador por cada país presidía cada grupo. Los Jefes de Negociadores, Julius Katz (EE.UU), Herminio Blanco Mendoza (México) y John Weeks (Canadá) se reunían regularmente para discutir los más controvertidos temas”. Durante el período de negociaciones se realizaron siete reuniones ministeriales. Sumados a los negociadores gubernamentales, existía un cuerpo de comités asesores del sector privado, incluyendo negocios, trabajadores y representantes del sector académico de cada país (Heindl, 2006:679).

Según señala Heindl (2006: 679), durante las negociaciones referentes al área de inversiones, Canadá quería conservar el Capítulo 11 lo más cercano al Acuerdo de Libre Comercio firmado con Estados Unidos. Especialmente pretendía mantener el derecho a revisar ciertas inversiones extranjeras. Estados Unidos, por su parte, pretendía evitar esas disposiciones.

Las compensaciones por expropiaciones fue un tema importante para México. Típicamente, los tratados bilaterales con Estados Unidos contienen una cláusula que señala que en caso de expropiación, la compensación debe ser “*prompt, adequate, and effective*”. Este lenguaje específico con el cual Estados Unidos ha opuesto a México la expropiación de los intereses americanos en la industria petrolera mexicana en 1938. Por lo tanto, estos vocablos son considerados controversiales en México (HEINDL, 2006:681). De acuerdo a Folsom, citado por Heindl (2006: 682), éste país sufrió históricamente arbitrajes injustos lo que motivó la inclusión de la Cláusula Calvo en su Constitución. Estados Unidos insistía en incluir las palabras “*prompt, adequate and effective*”. México estaba dispuesto a realizar concesiones siempre que ellas no figurasen. Un negociador anónimo describió los resultados: “Las negociaciones en Dallas fueron para crear un derecho que no violara la Constitución de México. Debíamos elaborar un lenguaje para la expropiación que no usara las palabras ‘*prompt, adequate and effective*’. Hay tres párrafos, si usted los lee a ellos, podrá encontrar que dicen exactamente las tres palabras, pero con otros vocablos”. (Heindl, 2006:682). Por otro lado, Estados Unidos insistía en incluir el arbitraje como obligatorio para solucionar las controversias. Otro punto importante en las negociaciones fue el consenso en la definición de inversión en el Capítulo 11.

III. AMBITO DE APLICACIÓN, OBJETIVOS Y OBLIGACIONES ESTABLECIDAS EN EL CAPITULO 11

El Capítulo 11 está compuesto por 39 artículos, cuatro anexos y consta de tres Secciones.

Ellas son:

- Sección A, Inversiones, Artículos 1101 – 1114.
- Sección B, Solución de Controversias entre un Estado Parte y un Inversor de otro Estado Parte, Artículos 1115 – 1138.
- Sección C, Definiciones, Artículo 1139.

El ámbito de aplicación del Capítulo 11 está circunscripto en el Art. 1101:

1. *Este capítulo se aplica a las medidas que adopte o mantenga una Parte relativas a:*

(a) los inversionistas de otra Parte;

(b) las inversiones de inversionistas de otra Parte realizadas en territorio de la Parte; y

(c) en lo relativo al Artículo 1106 Y 1114, todas las inversiones en el territorio de la Parte.

2. *Una Parte tiene el derecho de desempeñar exclusivamente las actividades económicas señaladas en el Anexo III, y de negarse a autorizar el establecimiento de inversiones en tales actividades.*

3. *Este capítulo no se aplica a las medidas que adopte o mantenga una Parte en la medida en que estén comprendidas en el Capítulo XIV, "Servicios financieros".*

4. *Ninguna disposición de este capítulo se interpretará en el sentido de impedir a una Parte prestar servicios o llevar a cabo funciones tales como la ejecución y aplicación de las leyes, servicios de readaptación social, pensión o seguro de desempleo o servicios de seguridad social, bienestar social, educación pública, capacitación pública, salud y protección a la infancia cuando se desempeñen de manera que no sea incompatible con este capítulo. "*

El concepto de inversión está definido en el Art. 1139, que transcribimos para una mejor interpretación:

"inversión significa;

(a) una empresa;

(b) acciones de una empresa;

(c) obligaciones de una empresa:

(i) cuando la empresa es una filial del inversionista, o

(ii) cuando la fecha de vencimiento original de la obligación sea por lo menos de tres años, pero no incluye una obligación de una empresa del estado, independientemente de la fecha original del vencimiento;

(d) un préstamo a una empresa,

(i) cuando la empresa es una filial del inversionista, o

(ii) cuando la fecha de vencimiento original del préstamo sea por lo menos de tres años, pero no incluye un préstamo a una empresa del estado, independientemente de la fecha original del vencimiento;

(e) una participación en una empresa, que le permita al propietario participar en los ingresos o en las utilidades de la empresa;

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

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

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

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

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

pero inversión no significa:

(i) reclamaciones pecuniarias derivadas exclusivamente de:

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

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

(j) cualquier otra reclamación pecuniaria; que no conlleve los tipos de interés dispuestos en los párrafos (a) al (h);

Se puede apreciar que el concepto de inversión es muy amplio y por lo tanto la cobertura o protección brindada por el Capítulo 11 es como un “escudo necesario para proteger a los inversores extranjeros” (Jones, 2002:528). A pesar de su amplitud, no fue adoptado conforme los deseos de EE. UU. Así, el Capítulo 11 excluye de inversión los préstamos a empresas estatales como así también los reclamos pecuniarios basados en contratos de compra venta internacional de bienes o servicios. (Heindl, 2006:683).

Una cuestión que se puede señalar es que el Capítulo 11 se aplica a las “medidas” de una Parte. Ellas son definidas como “cualquier ley, reglamento, procedimiento, requisito o práctica” (Art. 201.1).

Según James Mc Ilroy (2001:131), existen algunas críticas al Capítulo 11; ya que crea obligaciones para los gobiernos pero no para las corporaciones privadas. Esto establece algunos desequilibrios a favor de los intereses de los capitales privados en detrimento de los intereses públicos. Por otro lado, el objetivo es amplio porque contempla el pasado, el presente y el futuro; ya que el artículo 1101 (1) cubre las medidas “mantenidas” como las que serán “adoptadas”.

El Capítulo 11 establece una serie de obligaciones sustantivas a los Estados hacia los inversores extranjeros. Ellas se encuentran desde el Art. 1102 al 1114.

La primera obligación se refiere al principio de trato nacional. En ese sentido, “cada una de las Partes otorgará a los inversionistas de otra Parte un trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a sus propios inversionistas en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación, venta u otra disposición de las inversiones” y “cada una de las Partes otorgará a las inversiones de

inversionistas de otra Parte, trato no menos favorable que el que otorga, en circunstancias similares, a las inversiones de sus propios inversionistas en el establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación, venta u otra disposición de las inversiones” (Art. 1102 Ap. 1 y 2).

La segunda obligación está relacionada con el principio de la nación más favorecida. Así, “cada una de las Partes otorgará a los inversionistas de otra Parte trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a los inversionistas de cualquier otra Parte o de un país que no sea Parte, en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación, venta u otra disposición de inversiones. (Art. 1103, Ap. 1) y “cada una de las Partes otorgará a las inversiones de inversionistas de otra Parte un trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a las inversiones de inversionistas de cualquier otra Parte o de un país que no sea Parte, en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación, venta u otra disposición de inversiones”. (Art. 1103 Ap. 2).

En el Art. 1105 se establece la obligación de un mínimo nivel de trato. Así, “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 plena.”

El Art. 1106 prohíbe a las Partes del Tratado imponer ciertos “requisitos de desempeño” a los inversores extranjeros. No se les podrá imponer que deben exportar un determinado nivel o porcentaje de bienes o servicios; o alcanzar un determinado grado o porcentaje de contenido nacional, etc.

El Art. 1109 establece la obligación que el Estado receptor de la inversión “permitirá que todas las transferencias relacionadas con la inversión de un inversionista de otra de las Partes en territorio de la Parte, se hagan libremente y sin demora”. Estas transferencias incluyen ganancias, dividendos, intereses, ganancias de capital, pagos por regalías, gastos por administración, asistencia técnica y otros cargos, ganancias en especie y otros montos derivados de la inversión; hasta productos derivados de la venta o liquidación, total o parcial, de la inversión e incluidos los pagos por préstamos y las compensaciones por violaciones al Tratado.

El Art. 1110 establece una serie de disposiciones relativas a expropiaciones. En ese orden de ideas, ninguna de las Partes podrá nacionalizar ni expropiar, directa o indirectamente, una inversión de un inversionista de otra Parte en su territorio, ni adoptar ninguna medida equivalente a la expropiación o nacionalización de esa inversión (expropiación),

salvo que sea: a) por causa de utilidad pública; b) sobre base no discriminatoria; c) siguiendo el debido proceso legal; d) mediante el pago de una indemnización. Esta compensación debe ser pronta, adecuada y efectiva. Debe ser realizada al valor justo de mercado que tenga la inversión expropiada inmediatamente antes de que la medida expropiatoria se haya llevado a cabo (fecha de expropiación), y no reflejará ningún cambio en el valor debido a que la intención de expropiar se conoció con antelación a la fecha de expropiación. Los criterios de valuación incluirán el valor corriente, el valor del activo (incluyendo el valor fiscal declarado de bienes tangibles), así como otros criterios que resulten apropiados para determinar el valor justo de mercado. En caso de que la indemnización sea pagada en la moneda de un país miembro del Grupo de los Siete, la indemnización incluirá intereses a una tasa comercial razonable para la moneda en que dicho pago se realice, a partir de la fecha de la expropiación hasta la fecha de pago. Aunque, si una Parte elige pagar en una moneda distinta a la del Grupo de los Siete, la cantidad pagada no será inferior a la equivalente que por indemnización se hubiera pagado en la divisa de alguno de los países miembros del Grupo de los Siete en la fecha de expropiación y esta divisa se hubiese convertido a la cotización de mercado vigente en la fecha de expropiación, más los intereses que hubiese generado a una tasa comercial razonable para dicha divisa hasta la fecha del pago (Art. 1110).

Ray C. Jones (2002, 531) considera que de los artículos 1101 al 1116 surgen cinco reglas primarias que regulan los reclamos. Ellos son:

1. una calificación de “inversor” de acuerdo al régimen establecido por el Tratado,
2. una “inversión” en otro Estado Parte del NAFTA,
3. una “medida” relativa a inversor o inversiones de otro Estado Parte,
4. una “medida” viola una disposición cubierta por el Tratado,
5. un “daño” al inversor o a la “inversión” relacionada con la violación alegada.

Uno de los últimos objetivos del NAFTA es promover e incrementar las oportunidades de inversiones extranjeras entre los tres Estados y asegurar su exitosa implementación. (Art. 102.1). Asimismo, se procura establecer igual trato entre los inversores de acuerdo con el principio de reciprocidad. En ese sentido, el tratado establece un mecanismo de solución de controversias entre un Inversor y un Estado Parte mediante un reclamo ante un tribunal arbitral.

IV. SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

David R. Haig, citado por Jones (2002: 531), considera que el Capítulo 11 del NAFTA es, en esencia, un acuerdo trilateral de inversiones injertado en un acuerdo que esta relacionado directamente con la liberalización y equidad en el comercio de bienes y servicios. Al igual que todo tratado moderno en su naturaleza contiene disposiciones para la solución de controversias y como tratado de inversiones sigue simplemente el ya establecido modelo para la solución de controversias entre un inversor y un Estado (Jones, 2002: 531). El mismo autor agrega que el objetivo fundamental del Capítulo 11 de solución de controversias fue crear negocios entre los inversores y los Estados receptores. En ese sentido, los inversores aceptan realizar inversiones en otro Estado convencidos que se les asegura el disfrute de los estándares básicos de justicia y equidad establecidos en la Sección A del Capítulo 11. Esta protección es esencial para los inversores extranjeros que están sometidos a la autoridad legislativa del Estado receptor quedando vulnerables a sus facultades regulatorias de este Estado. (Jones, 2002: 531).

Oscar Cruz Barney (2004: 49-76) señala que “la sección B del Capítulo XI del TLCAN responde a la búsqueda por parte de los inversionistas de las mejores condiciones de seguridad, certeza jurídica y rendimientos (...) de ahí la creación de un mecanismo arbitral especial para prevenir y resolver las controversias que pudieren surgir cuando un inversionista considere que se le está vulnerando algún derecho”. El sistema implementado para solucionar las controversias es el Arbitraje; pero primero debe recurrirse a las consultas y negociación.

Bockstiegel (1997: 244) enseña que la opción básica para la solución de controversias para las empresas privadas es el tribunal nacional o el arbitraje; pero mientras que para recurrir a los tribunales nacionales no se necesita ningún acuerdo específico entre las partes; para que el arbitraje sea exigible es necesario que las partes lo hayan elegido mediante un tratado de arbitraje o exista una cláusula de arbitraje en un contrato. En los negocios entre empresas privadas, el arbitraje es el método preferido de solución de controversias tanto a nivel nacional como internacional. Estimamos también que el arbitraje es un buen método para solucionar las controversias entre Sujetos de Derecho Internacional y otros entes que no lo son.

Bernardo María Cremades (1977: 16) estima que el arbitraje aparece como la solución más indicada y apropiada en los conflictos comerciales; sobre todo si tienen carácter internacional.

Alvarado Velloso (Caivano;1993:49) lo conceptúa como un modo de heterocomposición de conflictos que opera como resultado respecto de ellos, y al que se llega exclusivamente si media, al menos, un principio de autocomposición de los propios interesados, mediante el cual aceptan plantear su litigio al árbitro y, eventualmente acatar su decisión. Al respecto reflexiona Caivano (1993:50) que a pesar de ser un método de heterocomposición del litigio, es necesario – al menos en el arbitraje voluntario – que exista un mínimo principio autocompositivo, al ponerse de acuerdo las partes en someterse a arbitraje, comprometiéndose a acatar la decisión del árbitro.

Cremades (1977: 119) considera que la importancia creciente que está adquiriendo el arbitraje comercial internacional en los últimos años radica fundamentalmente en su eficacia; y ésta tiene que ver fundamentalmente con:

- *El respaldo que tiene que supone la voluntad de las partes:* quienes se someten a arbitraje adquieren un compromiso de estar y pasar por lo que disponga la tercera persona que eligen de común acuerdo, refrendan con su palabra y establecen de común acuerdo el camino a seguir para obtener el apaciguamiento de sus relaciones.
- *El prestigio de los protagonistas del arbitraje:* el arbitraje vale lo que valgan los árbitros que lo protagonizan; y la confianza de la que a lo largo de los años puedan haberse hecho acreedoras las instituciones permanentes de administración arbitral.
- *El respaldo del Estado:* si una de las partes no hace honor a su palabra dada, sino cumple el compromiso de estar y pasar por la solución arbitral, la eficacia del arbitraje queda refrendada por la ejecutabilidad forzosa del laudo arbitral. Los Estados han tomado parte en el reconocimiento y garantía de los laudos arbitrales construyendo un entramado internacional de normas por medio de los convenios y tratados multilaterales o bilaterales.
- *Fuerza social de los medios económicos internacionales:* el alto porcentaje de laudos arbitrales que son voluntariamente ejecutados responde en buena medida al respaldo que los medios económicos internacionales están dando a la jurisprudencia arbitral. Los laudos dictados en procedimiento de arbitraje se han constituido en verdadera “opinión juris” de los usos y costumbres internacionales,

de forma que por vía arbitral está apareciendo una nueva “lex mercatoria” internacional. Quien no cumple con un laudo arbitral no será considerado confiable a la hora de contratar, su prestigio comercial internacional sufrirá un detrimento.

No obstante, las ventajas del arbitraje, existen fuertes críticas al sistema establecido por el Capítulo 11. En ese sentido podemos señalar, siguiendo a Jones (2002:528), que los Estados ponen en riesgo su propia soberanía y la posibilidad de disponer libremente la facultad democrática de elaborar sus propias leyes con total independencia sin temores a tener que indemnizar a inversores extranjeros por cualquier regulación que los afecte de manera negativa. Jones (2002:528) continúa sintetizando las críticas y señala que algunos consideran que los reclamos en el marco del Capítulo 11 han llegado a constituir una “espada” en manos de los inversores extranjeros permitiéndoles atacar a los Estados Partes del NAFTA, en lugar del “escudo” que pretende ser. (2002:528).

V. EL ARBITRAJE EN EL CAPITULO 11

Después de haber visto las opiniones positivas y negativas a favor del arbitraje entre un inversor extranjero y un Estado receptor podemos realizar un breve análisis del sistema establecido por el Capítulo 11.

Los inversores extranjeros no pueden acudir al sistema de arbitraje establecido sin antes agotar los recursos internos en el Estado receptor de la inversión. Se brinda la posibilidad de que sea el mismo Estado que solucione el acto cometido contra el inversor extranjero

El mecanismo del Capítulo 11 se basa en los siguientes principios (UNCTAD; 2003: 25):

- Igual tratamiento para los inversores de las Partes de conformidad con el principio de reciprocidad internacional
- Debido proceso legal
- Composición imparcial del Tribunal

El inversionista no podrá presentar una reclamación si han transcurrido más de tres años a partir de la fecha en la cual tuvo conocimiento por primera vez o debió haber tenido conocimiento de la presunta violación, así como conocimiento de que sufrió pérdidas o daños. (Art. 1116. 2). Antes de iniciar el arbitraje, las Partes deben someter la cuestión a

consultas o negociaciones (Art. 1118). En ese sentido, a fin de favorecer las consultas y negociaciones, el reclamo puede ser sometido a arbitraje solo después que transcurrieron seis meses desde que tuvieron lugar los hechos que lo motivaron (Art. 1120.1).

El inversionista notificará por escrito a la Parte contendiente su intención de someter una reclamación a arbitraje, cuando menos 90 días antes de que se presente formalmente la reclamación (Art. 1119).

El inversor debe consentir por escrito el arbitraje de conformidad con las disposiciones del Capítulo 11 (Art. 1121). Cada una de las Partes consiente en someter reclamaciones a arbitraje con apego a los procedimientos establecidos en el Tratado (Art. 1122).

El inversionista debe por escrito renunciar a iniciar o continuar cualquier proceso bajo tribunales judiciales o administrativos de acuerdo al derecho interno de una de las Partes (Art. 1121).

El Art. 1120 del Tratado establece la posibilidad que un inversionista pueda someter una reclamación al arbitraje deben haber transcurrido seis meses El arbitraje se puede llevar a cabo conforme a los siguientes mecanismos:

- el Convenio de CIADI, siempre que tanto la Parte contendiente como la Parte del inversionista, sean Estados parte del mismo;
- las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI, cuando la Parte contendiente o la Parte del inversionista, pero no ambas, sea Parte del Convenio del CIADI; o
- las Reglas de Arbitraje de CNUDMI.

Al día de la fecha solo Estados Unidos de América es parte del Convenio de Washington de 1965 que establece el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativo a Inversiones (CIADI).² Por lo tanto, la solución de controversias se regirán por las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI o bien por las Reglas de Arbitraje de CNUDMI o UNCITRAL

Las reglas de arbitraje elegidas por el inversionista gobernarán el procedimiento, excepto cuando sean modificadas por las disposiciones del Capítulo 11. Por ejemplo: a) artículo 1123 relativo al número de árbitros; b) artículo 1126 que

² Ver: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet> (última consulta 21 de Enero de 2013).

establece que un inversor o una Parte puede solicitar al Secretario General del CIADI que establezca un tribunal especial para asumir la jurisdicción.

El laudo dictado por un tribunal será obligatorio sólo para las partes contendientes y únicamente respecto del caso concreto (Art. 1136). El Capítulo 11 no contiene disposiciones para apelar el laudo o solicitar su revisión o nulidad; pero diferentes soluciones pueden brindarse de acuerdo a las reglas de arbitraje seleccionadas por el inversor.

VI. CONCLUSIONES GENERALES

El TLCAN se caracteriza por ser un acuerdo que vincula a países con distintos niveles de desarrollo a nivel regional. Además tiene la particularidad de establecer tres mecanismos distintos de solución de controversias siendo uno de ellos aplicable a diferencias entre inversores extranjeros y el Estado receptor de la inversión (Capítulo 11)

El Capítulo 11 del TLCAN es revolucionario porque a diferencia de los tratados bilaterales de inversión, que involucra en general a Estados desarrollados y en vías de desarrollo; éste capítulo permite vincular a Estados desarrollados entre sí. Surge también una relación trilateral dejando de lado la bilateralidad. Por otro lado, al surgir diferencias entre Estados desarrollados, ellos deberán defender sus posiciones y posturas. Ya no es solamente la relación Estado desarrollado vs Estado en vías de desarrollo.

Este capítulo protege las inversiones extranjeras conforme están reguladas en el Art. 1139 del Tratado. Si bien, es una definición amplia, no fue adoptada conforme los deseos de EE. UU. En ese sentido, se excluye de inversión los préstamos a empresas estatales como así también los reclamos pecuniarios basados en contratos de compra venta internacional de bienes o servicios.

Entre las críticas que se le formulan al sistema que establece es que crea obligaciones para los gobiernos pero no para las corporaciones privadas. Por lo tanto, instaura desequilibrios a favor de los intereses privados en perjuicio de los intereses públicos. Así, establece las obligaciones de trato nacional, nación más favorecida, trato justo y equitativo, prohíbe imponer determinados requisitos de desempeño; e implementa una regulación para las expropiaciones. No obstante, este capítulo es criticado porque consideran que menoscaba la soberanía; ya que limita al Estado en su facultad de legislar

independientemente y libre de temores de tener que indemnizar a inversores extranjeros por cualquier regulación que los impacte de manera negativa.

El sistema de solución de controversias que incorpora es el arbitraje. Entre las ventajas de este mecanismo se encuentran el respaldo que le brindan las partes al someter la controversia al mismo, el prestigio de los árbitros y de las instituciones arbitrales, el compromiso de las partes en cumplir el laudo final, entre otras.

Este Capítulo es un avance hacia los acuerdos multilaterales tratando de dejar atrás la bilateralidad. Puede ser considerado como novedoso en materia de regulación internacional de protección de las inversiones extranjeras.

BIBLIOGRAFÍA GENERAL

- ABBOT, Frederick (2000). "The Legalization of World Politics: A Case Study" en *International Organization*, Vol 54, N° 3.
- ANINAT, Augusto (1996). *Large Economic Spaces: Options for Latin America and The Caribbean*. UNCTAD.
- ARNAUD, Vicente Guillermo (1996). *MERCOSUR, Unión Europea, NAFTA y los Procesos de Integración Regional*. Abeledo Perrot. Buenos Aires.
- BOCKSTIEGEL, Karl Heinz (1997). "The Settlement of Disputes Regarding Space Activities After 30 Years of The Outer Space Treaty" en LAFFERRANDERIE, Gabriel (Editor): *Outlook on Space Law Over The Next 30 Years*. Kluwer Law International. The Netherlands.
- CAIVANO, Roque J. (1993). *Arbitraje*. Editorial Ad-Hoc. Buenos Aires.
- CREMADES; Bernardo María (1997). *Estudios sobre Arbitraje*. Editado por Marcial Ponds. Madrid.
- CRUZ BARNEY, Oscar (2004). "Protección al Medio Ambiente y Solución de Controversias en Materia de Inversiones en el TLCAN" en *Revista de Derecho Privado*, V. 3, N° 7. México. Enero – Abril.
- DUMBERRY, Patrick (2001). "The NAFTA Investment Dispute Settlement Mechanism. A Review of the Latest Case – Law" en *The Journal of the World Investment*. Vol. 2, N° 1 Switzerland.

- GUTIERREZ – HACES, Teresa (2004). “La Inversión Extranjera Directa en el TLCAN” en *Economíaunam* Vol. 1 N° 003. (2004). Disponible en:
<http://www.revistas.unam.mx/index.php/ecu/article/view/2814> (última consulta 5/2/2013)
- ISELA HANSEN, Patricia (2005). “Dispute Settlement in the NAFTA and Beyond” en *Texas International Law Journal*. Vol 40.
- HEINDL, Jennifer A. (2006), “Towards a History of NAFTA’s Chapter Eleven” en *Berkeley Journal of International Law*. Vol. 24 N° 2.
- JONES, Ray C. (2002). “NAFTA Chapter 11 Investor – to State Dispute Resolution: A Shield to be Embraced or a Sword to be Feared?” en *Brigham Young University Law Review*.
- LOZANO, Georges (1999). “El Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) desde una Perspectiva Canadiense” en *Seminario CILEA – Bologna*.
- McILROY, James (2001). “NAFTA’s Investment Chapter. An Isolated Experiment or a Precedent for a Multilateral Investment Treaty?” en *The Journal of the World Investment*. Vol. 3, N° 1 Switzerland.
- MESTRAL, Armand de (2011). “NAFTA: The Unfulfilled Promise of FTA” en *European Law Journal*. Vol. 17, N° 5, September
- MONGE-NARANJO, Alexander (2002). “The Impact of NAFTA on Foreign Direct Investment flows in Mexico and the Excluded Countries”. Department of Economics. Northwestern University. August. Disponible en:
<http://www.econ.psu.edu/~aum26/NaftaFDIexcludedCountries.pdf> (última consulta 9/12/2012)
- ORTIZ MENA, Antonio (2005). “La Creación de Políticas Comerciales en América: Lo que se Puede Aprender de la Experiencia Mexicana” en *Aldea Mundo*, Año 10, N° 19.
- UNCTAD (2010). *World Investment Report*, United Nations. New York.
- UNCTAD (2003). *Dispute Settlement. Regional Approaches. 6.1, NAFTA*. United Nations. New York.