

Una nueva forma de valorar el Tratado de Libre Comercio de América del Norte, a partir de las controversias suscitadas de acuerdo con el capítulo once

Arturo Rafael Pérez García
Facultad de Derecho, Universidad La Salle.
E-mail: <arpeg@hotmail.com>

Recibido: Septiembre de 2002. Aceptado: Noviembre de 2002.

RESUMEN

El capítulo once del TLC es la parte relacionada con la inversión más que, con el Comercio su finalidad es que la inversión se realice de una forma protegida entre los países firmantes. Sin embargo, en práctica la aplicación del Capítulo Once ha tenido serias consecuencias tanto para Canadá, como para México de tal manera que ponen en entredicho la calidad de socios comerciales y afecta profundamente su Soberanía.

La aplicación del Capítulo Once del Tratado de Libre Comercio da lugar a que se realicen Arbitrajes para solucionar los conflictos cuando exista expropiación discriminatoria o expropiación indirectas ó medidas equivalentes en contra de empresas transnacionales.

El presente artículo pretende hacer, un análisis jurídico a partir de la escasa información que se tiene sobre el tema para concluir proponiendo que, a la hora de valorar los efectos del TLCAN se tomen en consideración los aspectos relacionados con los arbitrajes internacionales.

Palabras claves: valoración, opciones, Fórmula de Primer Acercamiento, Fórmula Binomial.

ABSTRACT

A new way to appraise the Free Entregance trade of north america, begginin from the raised controversy of agreement with the eleven chapter.

The eleven chapter of FET is the relate part with the inversión more than with Trade, It purpose is achieve in a protected way among the signatory countries. However; in practice the eleven chapter application has had serius consequences as much Canada as México in such a way they put injunction the quality of comercial parthers and it affectcs their sovereignty deeply.

The eleven chapter application of Free Entrance Trade gives place to achieve arbitrages to solve the conflicts, when exist discriminatory or indirect expropriation or equivalent measures opposite to the transnational companies.

This article try to do a juridical análisis; beginning from the slight information that ones has about the topic to conclude proposing to, when value the effect of FET will be taken in considerations the related aspects with the international arbitrations.

Keywords: valuation, options, First Approach Formula, Binomial Formula.

INTRODUCCIÓN.

Desde que se firmó el TLCAN entre Estados Unidos, México y Canadá, se han buscado muchas formas para evaluar sus efectos en cada uno de los países firmantes, en algunas ocasiones, partiendo de indicadores "macroeconómicos", en otras, particularizando en "una rama determinada de la industria". Sin embargo, hay en la realidad actual un fenómeno de trascendencia social, que por sus repercusiones económicas, jurídicas y, sobre todo, en términos de soberanía, invita a estudiar el asunto bajo una nueva perspectiva que, con toda seguridad, dará mucho qué decir y mucho qué considerar sobre el futuro de las relaciones entre estos países.

Antes de proceder en este sentido, la invitación es a reflexionar, juntos, en torno a las siguientes cuestiones:

¿Para cuánto alcanzan 16 millones de dólares en este momento? o planteado en términos universitarios ¿Cuántas bibliotecas o cuántos laboratorios se podrían crear, hoy en México, con esa cantidad?

Con seguridad ustedes se preguntan: ¿Qué relación tiene el comentario anterior, con la valoración del Tratado de Libre Comercio y las relaciones comerciales entre México, Estados Unidos y Canadá?

Bueno, tiene mucho que ver; se cuenta con informes de que el 30 de agosto del año 2000, un árbitro internacional dictó un laudo en contra de México y a favor de una transnacional estadounidense. Con una "suerte principal" de esa cuantía, que sumada a una serie de intereses que se acumularían, hasta el momento de su pago, harían una cantidad muy superior. No es una deuda contraída por nuestro país para construir escuelas, de forma tal, que a pesar de incrementar la deuda, tuviéramos más centros educativos o mejores instalaciones para la investigación. En el caso que se comenta simplemente aumenta la deuda, sin contraprestación alguna o servicio a cambio. No sobra decir que esa cantidad tendrán que pagarla las generaciones futuras de mexicanos.

ANTECEDENTES.

El Tratado de Libre Comercio contiene un Capítulo —el once— relacionado con la inversión que, entre otras cosas, dispone que cada firmante debe otorgar a los inversionistas un trato acorde, justo y equitativo, así como protección y seguridad plena a las partes. Establece también que ninguna de las partes podrá nacionalizar o expropiar, directa o indirectamente, una inversión de otra parte, en su territorio, ni adoptar una medida equivalente a la expropiación o nacionalización de la inversión, salvo que sea por causa de utilidad pública, sobre bases no discriminatorias, con apego a la legalidad y mediante indemnización; además, las controversias que se susciten entre los países firmantes se resolverán por un laudo internacional (Ver TLC 1994).

Antecedentes Nacionales e Internacionales del arbitraje.

El arbitraje es una forma muy antigua de solucionar controversias. Incluso se cree que tiene antecedentes Bíblicos; hay noticias de su utilización en Grecia y en Roma. En el primer caso, era una especie de apuesta;¹ las partes depositaban una cantidad y el árbitro, a su vez, señalaba al ganador. En el segundo caso, La Ley de las XII Tablas consignaba la acción de pedir un árbitro, se acudía ante el Pretor y se le pedía la famosa "tablita", donde obraba el nombre del árbitro, que por lo general era un senador romano.

En el derecho español se consideró, durante muchos años, que: "Sólo el rey podía administrar la justicia y nadie más".²

En la Constitución de Cádiz, en su artículo 208, se menciona que "No se podrá privar a ningún español del derecho de terminar sus

¹ Margadant, Guillermo F. *Panorama de la Historia Universal del Derecho*, Ed. Miguel Ángel Porrúa, México, p. 25, 1983.

² Lerdo de Tejado Luna, Fernando. Seminario "El arbitraje de las relaciones de consumo", *Procuraduría Federal del Consumidor*, p. 40, 1997.

diferencias por medio de jueces o árbitros elegidos por las partes." En razón de que esta Constitución rigió en nuestro país, el artículo 208 constituye un importante antecedente nacional de tal institución.

La Constitución de 1824 repite, en términos muy similares, lo dicho en la Constitución de Cádiz: "A nadie podrá privarse del derecho de terminar sus diferencias por medio de juez de árbitros, nombrados por ambas partes, sea cuál fuere el estado del juicio".³

Tanto la Constitución de 1857, como la vigente, dieron mayor importancia a la impartición de justicia por la vía judicial que por medio de un árbitro.

En materia internacional poco se usó el arbitraje internacional, en el año de 1923, en Ginebra, se firmó la Primera Convención sobre Arbitraje Internacional.

Al final de la Segunda Guerra se formó en la ONU un grupo especial para el Derecho Mercantil Internacional, que dio lugar al documento conocido como el Convenio de Nueva York.

En la Ciudad de Montevideo, Uruguay, en 1934, se celebró la Séptima Conferencia Internacional convocada por la OEA, en esa ocasión se expidió la resolución 41, por medio de la cual se sugiere a los países del continente formar un Sistema Interamericano de Arbitraje Comercial y, tiempo después, dio lugar a la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial.

Con la firma del Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos, México y Canadá se da la posibilidad de arbitrajes entre los países firmantes en los términos del Capítulo Once.

Es decir, se le ha identificado como la forma para procesar la encomienda de solución de un litigio a un tercero, imparcial, que se designa por las partes o por un juez, supliendo la voluntad de las partes. Por esto, Carnelutti lo define como un equivalente jurisdiccional.

Naturaleza jurídica.

El arbitraje es una forma "heterocompositiva" de solucionar controversias, en la actualidad se

aplica en materias relacionadas con la protección al consumidor o en algunos asuntos civiles y mercantiles, sobre todo en materia laboral. En lo agrario no ha tenido los resultados esperados quizá, en mucho, porque no había una tradición al respecto. No obstante, se han alcanzado mejores resultados por la vía de la conciliación, que es más flexible y está más sujeta al acuerdo libre entre las partes.

Como ya lo mencionamos, esta institución jurídica -el arbitraje- con antecedentes nacionales y extranjeros es, sin lugar a dudas, un instrumento valioso para la solución de controversias

El arbitraje de acuerdo con el Tratado de Libre Comercio

Como resultado del Capítulo Once del Tratado de Libre Comercio, se han dado cuatro casos de arbitrajes en contra de Canadá (Dobbin Murray 2001: 3,4,5,6,7).

1. Ethyl Corporation vs Canada*
2. Sun Belt Corporation vs Canada*
3. UPS vs Canada Post
4. S.D. Myers vs Canada*

El gobierno de Canadá pierde el primero por un total de 13 millones de dólares estadounidenses. En el segundo hay un acuerdo amistoso que le significó al gobierno canadiense 400 mil dólares. El tercer caso está por resolverse reclamando 156 millones de dólares a favor de UPS, empresa de mensajería de EE.UU. La resolución del último aún está pendiente.

Por lo que respecta a México, éste ha sido parte en cuatro casos:

1. Robert Azinian, Kenneth Davitian y Ellen Baca vs United Mexican States

³ Idem. p 41.

* Nota del corrector: En este caso Canadá no se acentúa puesto que las disputas están escritas en idioma inglés

2. Metalclad Corporation vs United Mexican States
3. Waste Management, Inc. vs United Mexican States
4. International Center for Settlement of Investment Disputes (additional facility) vs United Mexican States

El primero se resuelve a favor de México; el segundo fallo es a favor de la empresa Metalclad, por la cantidad arriba mencionada (16 millones de dólares). Los dos casos restantes que están pendientes de resolución.

El arbitraje del caso Metalclad otorga mayores elementos para determinar nuevas líneas de investigación, en términos de la valoración futura, del Tratado de Libre Comercio.

En lo que respecta a los Estados Unidos sólo existe un caso que se ha dado a conocer: Methanex vs United States of America, que está por resolverse. No se sabe de otros casos, o no se han hecho públicos.

El Caso Metalclad Corporation vs United Mexican States

Como producto del Capítulo Once del Tratado de Libre Comercio, la empresa Metalclad demandó al Gobierno de México; la empresa había hecho una inversión para construir un confinamiento de "desechos peligrosos", entrando en conflicto con el Ayuntamiento de Guadalcázar, en el estado de San Luis Potosí, que negó la licencia de construcción. A juicio del árbitro el hecho constituyó una forma de expropiación indirecta; Cabe recordar que esta obra significó serias molestias para los lugareños y que de muy diversas formas manifestaron su oposición a la instalación de la empresa en su territorio municipal.

No sobra decir que se trata de un municipio de carácter rural, que muy difícilmente contaría con participaciones fiscales para garantizar una deuda de esas dimensiones. Lo más probable es que su pago sea con cargo al presupuesto federal, toda vez que el arbitraje está enderezado contra México.

Los nuevos conceptos del Derecho Internacional en materia de expropiación, en el marco del Tratado de Libre Comercio.

Resulta lógico considerar que sea primordial, para un Tratado de esta índole, que la inversión tenga un margen de seguridad en los países firmantes y que éstos mantengan la posibilidad de expropiar por causas de utilidad pública, mediante la indemnización justa. Hasta aquí las cosas no tendrían mayor novedad, sin embargo, el Tratado señala que la expropiación no sea discriminatoria, mencionando asimismo expropiaciones directas e indirectas o medidas equivalentes.

Esto desprende una serie de interrogantes a las que, quizá en este momento, el Derecho Internacional no tiene una respuesta, por lo que convendría que reflexionáramos juntos sobre ellas, en los siguientes términos.

¿Cuándo hay una expropiación discriminatoria?
 ¿Cuáles son las diferencias, entre la expropiación directa y la indirecta? ¿Cuáles son las medidas equivalentes a una expropiación?

Por lo que se refiere a la primera pregunta, el Diccionario Enciclopédico⁴ considera la discriminación como "...La acción o resultado de separar y diferenciar cosas entre sí", y continúa diciendo, "En sociología, tratar con desigualdad a varios miembros de una comunidad". En términos jurídicos la discriminación supone un trato desigual por razones relacionadas con la religión, el sexo, la raza, la situación económica o cultural y ha sido aplicada generalmente a personas físicas. Ahora, en el Tratado de Libre Comercio se aplica a personas morales relacionadas con la expropiación, lo que dificulta determinar en términos prácticos cuándo una expropiación es discriminatoria, si su fin último es la utilidad pública, de acuerdo con el Derecho Nacional.

En relación con la segunda pregunta se considera que la expropiación directa está referida a la causa de utilidad pública, que asimismo es una institución antiquísima en materia jurídica, que algunos autores han considerado como una "venta forzosa" con un fin de utilidad pública y con una indemnización.

⁴ Campillo Cuautli, Héctor *Diccionario Enciclopédico Escuela*, Fernández Editores, 1984.

Una de las complicaciones mayores es el concepto de expropiación indirecta del que habla el Tratado de Libre Comercio, tanto en términos doctrinarios como prácticos. En razón de que el Tratado puede referirse a cualquier "acto de autoridad que entorpezca la inversión privada transnacional". Actos que son de una amplísima variedad y que la mayoría de las veces no tienen "fines de expropiación" y, que por una "ficción", el Tratado les da ese sentido, mismo que no tienen para el derecho nacional, ya que generalmente hay recursos jurídicos para resolverlos, sin ocasionar un litigio internacional.

Además, esta "ficción" de la ley puede caer en manos de un litigante temerario, de un instrumento que ocasione daños económicos y que deje en entredicho el carácter de socio comercial y el concepto mismo de soberanía.

Ahora, pasemos a elaborar un ejemplo imaginario para tratar de demostrar los alcances de este concepto:

El Ayuntamiento de Puebla niega una licencia de construcción a una empresa transnacional. Ese acto de autoridad no tiene, por un lado, un afán xenofóbico y menos una intención de expropiación, porque sólo manifiesta razones técnicas. Se aplica el Reglamento de Construcción que, a la luz del derecho nacional, nada tiene que ver con la expropiación. Sin embargo, visto en la óptica del Tratado de Libre Comercio, hay una expropiación indirecta, porque se está bloqueando la inversión extranjera, y eso puede significar un daño millonario para el país en su conjunto.

En cuanto a la tercera pregunta, son medidas equivalentes a la expropiación todo lo que obstruya la inversión extranjera.

CONCLUSIONES

Primera. El arbitraje tiene una larga historia jurídica que demuestra que es una institución noble y de utilidad para la humanidad, en diversas materias, y la internacional no es la excepción.

Segunda. El Tratado de Libre Comercio, en su Capítulo Once, establece la posibilidad de arbitrajes por problemas de inequidad en la inversión extranjera.

Tercera. En el apartado mencionado, el Tratado de Libre Comercio pretende garantizar la inversión extranjera, introduciendo conceptos sobre los que, quizá, el Derecho Internacional no tiene en este momento una respuesta doctrinaria. Ante una situación sumamente novedosa el Derecho Nacional tiene otras connotaciones que ocasionan, por un lado, problemas de académicos y, por el otro, aspectos prácticos que se traducen en la pérdida de juicios con los efectos arriba mencionados.

Cuarta. El concepto de "Expropiación Indirecta o Medidas Equivalentes" se puede interpretar de manera muy ajena a lo normado en el ámbito nacional.

Quinta. Los efectos en una resolución de este tipo, ponen en entredicho la soberanía nacional y el carácter de socio comercial, toda vez que un árbitro internacional, por medio de un laudo, se convierte en un poder superior a todas las instancias jurídicas nacionales, dejando al gobierno mexicano en una situación sumamente triste.

Sexta. Los arbitrajes del Capítulo Once del Tratado de Libre Comercio pueden constituir una nueva forma de valorar, a futuro, los alcances de este instrumento jurídico.