

LA CONTROVERSIA EN MATERIA DE INVERSIONES
ENTRE METALCLAD CORPORATION Y LOS ESTADOS UNIDOS
MEXICANOS, A LA LUZ DEL CAPÍTULO XI DEL TRATADO
DE LIBRE COMERCIO DE AMÉRICA DEL NORTE

El 30 de agosto de 2000 un tribunal arbitral constituido conforme al capítulo XI del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) emitió un laudo en el sentido de que el gobierno de los Estados Unidos Mexicanos (“México”) violó los artículos 1105 y 1110 de ese instrumento jurídico, en perjuicio de la empresa estadounidense Metalclad Corporation (“Metalclad”). En consecuencia, el tribunal de la causa arbitral decidió que México pagara a la empresa de referencia la cantidad de 16.685,000 dólares por concepto de daño pecuniario.

La controversia arbitral fue planteada por Metalclad, quien en el curso del procedimiento representó los intereses de la compañía Confinamiento Técnico de Residuos Industriales, S. A. de C. V. (“COTERIN”). En 1993, COTERIN fue comprada por Ecosistemas Nacionales, S. A. de C. V. con objeto de adquirir, desarrollar y operar su estación de transferencia y confinamiento de residuos peligrosos en el valle La Pedrera, municipio de Guadalcázar, San Luis Potosí. Metalclad, a través de EcoMetalclad Corporation, posee el 100% de las acciones de Ecosistemas Nacionales, S. A. de C. V.

I. PRINCIPALES HECHOS Y ALEGATOS

1. En 1990 el gobierno federal de México autorizó a la empresa COTERIN la construcción y operación de una planta para el tratamiento de residuos peligrosos en La Pedrera, municipio de Guadalcázar, San Luis Potosí. Tres años más tarde, el 23 de enero de 1993, el Instituto Nacional de Ecología (“INE”) expidió un permiso a favor COTERIN para la construcción de un confinamiento de residuos peligrosos en dicha región.

2. Posteriormente, el 23 de abril de 1993, Metalclad celebró un contrato de opción a seis meses para la compra de COTERIN y de sus permisos, con el fin de construir el confinamiento de residuos peligrosos.

3. El 11 de mayo de 1993, el gobierno de San Luis Potosí otorgó a COTERIN un permiso estatal de uso del suelo para la construcción del confinamiento. El permiso se sujetó a la condición de que el proyecto se adaptara a las especificaciones y requerimientos técnicos indicados por las autoridades competentes, y se adjuntó la declaración general de que la licencia no prejuzgaba los derechos o propiedad del solicitante y no autorizaba trabajos, construcciones o el funcionamiento del negocio o actividades.

4. Un mes más tarde, el 11 de junio de 1993, representantes de Metalclad se reunieron con el gobernador de la entidad para discutir el proyecto. Metalclad alegó en el procedimiento arbitral que en esa reunión sus representantes obtuvieron el apoyo del gobernador para la ejecución de dicho proyecto. En la resolución del tribunal se advierte que de hecho el gobernador reconoció en la audiencia del procedimiento que una persona razonable podría esperar que el titular del Ejecutivo de la entidad apoyaría el proyecto siempre que los estudios confirmaran que el sitio era adecuado o viable, y si el impacto ambiental estaba de acuerdo con las normas mexicanas.

5. Metalclad afirmó en su comparecencia ante el tribunal que el presidente del INE y un director general de la entonces Secretaría de Desarrollo Urbano y Ecología le refirieron que todos los permisos necesarios para la operación del confinamiento se habían otorgado, a excepción del permiso federal de operación del confinamiento.

6. Metalclad manifestó que el director general de aquella dependencia del Ejecutivo le comunicó que la responsabilidad de obtener apoyo para el proyecto por parte de la comunidad estatal y municipal recaía en el gobierno federal.

7. El 10 de agosto de 1993 el INE otorgó a COTERIN un permiso (federal) para la operación del confinamiento. El 10 de septiembre de 1993 Metalclad ejerció su opción y compró COTERIN, el sitio de confinamiento y los respectivos permisos.

8. Metalclad afirmó durante el procedimiento que no hubiera ejercido la opción de compra sobre COTERIN si no hubiese existido la aprobación y apoyo para el proyecto por parte de los funcionarios federales y estatales.

9. En el expediente del caso obra la declaración de Metalclad, según la cual después de la compra de COTERIN, el gobernador de San Luis Potosí emprendió una campaña pública para denunciar e impedir la operación del confinamiento.

10. Sin embargo, Metalclad afirmó que en abril de 1994, después de meses de negociación, consideraba que se había asegurado el acuerdo del gobierno de San Luis Potosí para apoyar el proyecto. Por lo tanto, en mayo de 1994, después de haber recibido del INE una prórroga por dieciocho meses del permiso de construcción, Metalclad comenzó la construcción del confinamiento. En contraposición a estas afirmaciones, México negó ante el tribunal que se hubiese obtenido el acuerdo o apoyo del gobierno de San Luis Potosí para el proyecto de referencia.

11. Metalclad adujo que la construcción del confinamiento continuó abiertamente y sin interrupción hasta el mes de octubre de 1994. Al decir de la empresa demandante, funcionarios federales y representantes de la entidad federativa inspeccionaron la construcción del sitio durante ese periodo. A su decir, la empresa proporcionó a funcionarios federales y estatales informes escritos respecto a los avances alcanzados.

12. El 26 de octubre de 1994 se terminó de manera abrupta la construcción del confinamiento, en el momento en que las autoridades municipales ordenaron la interrupción o cese de toda actividad relacionada con la obra, habida cuenta que faltaba el permiso del municipio.

13. Metalclad afirmó ante la autoridad de la causa que una vez más los funcionarios federales le habían comunicado que la empresa contaba con la potestad necesaria para construir y operar el confinamiento; pero que debía solicitar el permiso municipal de construcción en aras de una relación amigable con el municipio. Según Metalclad, funcionarios federales le aseguraron que el municipio le otorgaría el permiso y que las autoridades municipales no contaban con fundamento alguno para negar el permiso de construcción del confinamiento. En su réplica procedimental México negó

que algún funcionario federal hubiera manifestado que el permiso municipal no se requería. La representación mexicana también declaró que se requería de un permiso para la construcción del confinamiento y que Metalclad sabía o debía haber sabido del cumplimiento de este requisito.

14. El 15 de noviembre de 1994 Metalclad reanudó la construcción del confinamiento y solicitó el permiso para la construcción del confinamiento ante las autoridades municipales.

15. El 13 de enero de 1995 el INE otorgó a Metalclad un permiso federal adicional para la construcción de una celda destinada a la disposición final de residuos peligrosos y otras instalaciones complementarias, como el edificio administrativo del confinamiento y el laboratorio.

16. En febrero de 1995 la Universidad Autónoma de San Luis Potosí dio a conocer los resultados de un estudio realizado sobre el confinamiento. Las conclusiones de la institución indicaban que a pesar de que el sitio suscitaba algunas preocupaciones, con la ingeniería adecuada, era geográficamente adecuado para confinar residuos peligrosos. En marzo de 1995 la Procuraduría Federal para la Protección del Ambiente (PROFEPA) realizó una auditoría del sitio y concluyó que con la ingeniería y operación apropiadas el sitio de referencia era geográficamente adecuado para un confinamiento de residuos peligrosos.

17. Metalclad terminó la construcción del confinamiento en marzo de 1995. El 10 de marzo del mismo año pretendió inaugurar el confinamiento, al cual asistieron numerosos dignatarios de los Estados Unidos y de los gobiernos federales, estatales y municipales de México. El evento se vio interrumpido por manifestantes, quienes bloquearon la entrada y salida de autobuses que conducían a los invitados y trabajadores, y, según refiere la empresa quejosa, emplearon tácticas intimidatorias en contra de Metalclad. Esta empresa afirmó ante la autoridad del conocimiento arbitral que los gobiernos estatal y municipal organizaron, al menos en parte, la manifestación de protesta, y que, incluso, tropas castrenses ayudaron a bloquear el tráfico para entrar y salir de aquel lugar. A partir de entonces se impidió de manera efectiva a Metalclad la apertura del confinamiento.

18. El 25 de noviembre de 1995, después de meses de negociación, Metalclad y México, a través de INE y la PROFEPA, celebraron un convenio. Este convenio establecía y permitía la operación del confinamiento.

19. El convenio estipulaba que se llevaría a cabo una auditoría ambiental del sitio durante los meses de diciembre de 1994 a marzo de 1995. El objetivo de la auditoría fue: 1) verificar que el proyecto hubiera cumpli-

do con las leyes y reglamentos en vigor; 2) verificar los planos del proyecto para la prevención y atención de emergencias, y 3) estudiar las condiciones existentes, procedimientos de control, mantenimiento, operación, entrenamiento de personal y mecanismos del proyecto para atender emergencias ambientales. El convenio también disponía que, como la auditoría detectó ciertas deficiencias, se requería a Metalclad presentar un plan de acción para corregirlas. Metalclad presentó, de hecho, un plan de acción incluyendo un plan de remediación del sitio. Esta empresa aceptó llevar a cabo el trabajo y actividades establecidas en el plan de acción, incluyendo aquello que correspondía al plan de remediación. Estos planes requerían que la remediación y operación comercial se llevaran a cabo simultáneamente dentro de los tres primeros años de operación del confinamiento.

20. El Convenio también disponía un periodo de cinco años de operación del confinamiento, renovable por el INE y la PROFEPA. Además de requerir la reparación, el Convenio establecía que Metalclad asignaría 34 hectáreas de su propiedad como una zona de seguridad para la conservación de especies endémicas. El Convenio disponía también que la PROFEPA creara un Comité Técnico Científico para “monitorear” la reparación y requería que se invitara a representantes del INE, de la Universidad Nacional Autónoma de México y de la universidad autónoma de la entidad a participar en ese Comité. Así, se crearía un Comité Ciudadano de Vigilancia. Metalclad contribuiría con dos nuevos pesos por cada tonelada de residuos para obras sociales en Guadalcázar y daría 10% de descuento para el tratamiento y disposición final de residuos peligrosos generados en San Luis Potosí. La misma empresa proporcionaría, a través de su personal médico calificado, servicio médico una vez por semana para los habitantes de Guadalcázar, emplearía la mano de obra de Guadalcázar, y daría preferencia a los habitantes del municipio para entrenamiento técnico. Metalclad consultaría también con las autoridades gubernamentales lo referente a la remediación y a residuos peligrosos, y proporcionaría al personal de los sectores público, federal, estatal y municipal, así como de los sectores social y privado, cursos dos veces al año sobre control de residuos peligrosos.

21. Metalclad declaró ante el tribunal que se invitó al gobierno de San Luis Potosí a participar en el proceso de negociación del convenio, pero no aceptó. El gobernador de la entidad denunció el convenio.

22. El 5 de diciembre de 1995, trece meses después de que Metalclad presentara su solicitud del permiso municipal de construcción, la

solicitud fue denegada. Al hacer esto, el municipio mencionó su decisión de negar un permiso de construcción a COTERIN, en octubre de 1991 y enero de 1992, e hizo notar lo “inapropiado” de la construcción del confinamiento de Metalclad sin la obtención previa del permiso municipal de construcción.

23. No existe indicación de que el municipio haya efectuado alguna consideración respecto a la construcción del confinamiento y a los esfuerzos de operación durante los trece meses que estuvo en trámite la solicitud.

24. Metalclad manifestó que no existía prueba de los siguientes hechos: 1) que la empresa hubiese incumplido con alguna obligación legal; 2) que la empresa hubiese violado los términos de algún permiso federal o estatal; 3) que el municipio haya considerado los informes ambientales recientemente concluidos que indicaban que el sitio era adecuado para un confinamiento de residuos peligrosos; 4) que la construcción del sitio no cumpliera con algún requerimiento específico de construcción; 5) que el municipio hubiese jamás requerido u otorgado un permiso municipal de construcción para cualquier otro proyecto de construcción en Guadalcázar, y 6) que hubiese un procedimiento administrativo establecido con respecto a los permisos municipales de construcción en el municipio de Guadalcázar.

25. México afirmó ante el órgano arbitral que Metalclad estaba enterada, en virtud de la auditoría legal, que un permiso municipal podía ser necesario con base en el caso de COTERIN (1991, 1992) y otros precedentes anteriores de varios proyectos en San Luis Potosí.

26. Metalclad manifestó que no fue notificada de la reunión del ayuntamiento en la que se discutió y denegó su solicitud para el permiso. Afirma también que dio oportunidad para participar en ese proceso. Metalclad solicitó la reconsideración de esta resolución, pero fue rechazada.

27. En diciembre de 1995, después de que el municipio rechazara la solicitud de Metalclad para el permiso, presentó un recurso administrativo ante la SEMARNAP impugnando el convenio, pero la SEMARNAP lo desechó.

28. El 31 de enero de 1996, el municipio acudió al juicio constitucional de amparo en contra de la resolución de la SEMARNAP por la que había desechado el recurso administrativo. En esa instancia se otorgó la suspensión provisional a favor de las autoridades municipales y se prohibió a Metalclad la operación del confinamiento de residuos peligrosos. El amparo finalmente se denegó y se levantó la suspensión provisional en mayo de 1999.

29. El 8 de febrero de 1996 el INE otorgó a Metalclad un permiso adicional autorizando el incremento en la capacidad del confinamiento de 36,000 a 360,000 toneladas por año.

30. De mayo de 1996 a diciembre de 1996, Metalclad y el estado de San Luis Potosí intentaron resolver los asuntos relativos a la operación del confinamiento. Estos esfuerzos fracasaron. El 2 de enero de 1997, Metalclad inició el procedimiento de arbitraje, en contra del gobierno de México, al amparo del capítulo XI del TLCAN.

31. Al decir de Metalclad, el 23 de septiembre de 1997, el gobernador del estado de San Luis Potosí, tres días antes de que terminara su periodo de gobierno, emitió un decreto ecológico que declaraba como área natural para la protección de un cactus único precisamente la circunscripción del confinamiento. Metalclad sostuvo que esa disposición obstruyó la operación del confinamiento.

32. México sostuvo que cualquier consideración relativa al decreto ecológico debería estar fuera de la competencia del tribunal, ya que éste se había expedido después de la notificación de la intención de sometimiento a arbitraje.

33. Por lo tanto, el tribunal consideró que, a pesar de que el decreto ecológico se expidió después de que Metalclad presentara su reclamación, la empresa había presentado a tiempo y de manera consistente con los principios de justicia y claridad, las cuestiones relacionadas con dicho decreto. El tribunal consideró que México tuvo oportunidad suficiente para responder, y que no había advertido perjuicio alguno. El tribunal sostuvo que las consideraciones relacionadas con el decreto ecológico era asunto de su competencia; pero el mismo tribunal estableció que no le otorgaba al decreto ecológico una importancia capital.

II. EL FALLO DEL TRIBUNAL

1. El tribunal resolvió, por una parte, el problema de la responsabilidad del Estado federal por la conducta de los gobiernos estatal y municipal. Para ello se basó en: 1) el propio alegato de México; 2) en el supuesto de la regla según la cual el demandado puede ser internacionalmente responsable por los actos de los órganos estatales a los tres niveles de gobierno; 3) en los artículos 105, 201(2), 1108(1) del TLCAN; 4) en el derecho internacional consuetudinario; 5) en el artículo 10 del Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad de los Estados adoptado por la Comisión

de Naciones Unidas de Derecho Internacional en 1975. Este proyecto se refiere a que el comportamiento de un órgano del Estado, de una entidad territorial del gobierno o de una entidad facultada para ejercer atribuciones del poder público, actúe con esa calidad, se considerará como un acto del Estado según el derecho internacional aunque, en el caso de que se trate, el órgano se haya excedido en sus atribuciones de conformidad con el derecho interno o haya contravenido las instrucciones concernientes a su ejercicio.

Con base en los fundamentos descritos, el tribunal tomó la decisión de hacer responsable al Estado mexicano de los actos de los gobiernos del estado de San Luis Potosí y del municipio de Guadalcázar.

2. Con relación a la violación al artículo 1105(1) del TLCAN, el tribunal resolvió que no se le otorgó a la inversión de Metalclad un trato justo y equitativo acorde con el derecho internacional, y que México violó el artículo de referencia.

3. El tribunal consideró el objetivo subyacente del TLCAN, que es el de promover e incrementar las oportunidades transfronterizas de inversión y asegurar el éxito de la implantación de las iniciativas de inversión (artículo 102(1)). El tribunal consideró que esto incluye la idea de que todo requerimiento legal pertinente a efecto de iniciar, completar u operar exitosamente inversiones realizadas, o que se tenga intención de realizar al amparo del Tratado, deberían ser de accesible o fácil conocimiento de todos los inversionistas afectados de la otra parte. El tribunal aseguró que no debería haber duda o incertidumbre en tales asuntos. Una vez que es del conocimiento de las autoridades del gobierno central de una parte (cuya responsabilidad internacional en estos asuntos se identificó en el punto anterior) de que pudiera haber lugar para un malentendido o confusión a este respecto, es su deber asegurarse de que la posición correcta se determine y exprese rápida y claramente, para que los inversionistas puedan proceder con prontitud y con la seguridad de que están actuando conforme a las leyes aplicables.

4. El tribunal consideró que Metalclad adquirió COTERIN con el único propósito de desarrollar y operar un confinamiento de residuos peligrosos en el valle de La Pedrera, y que México otorgó, antes de ese acontecimiento, permisos federales de construcción y operación para el confinamiento; por su parte, el gobierno de San Luis Potosí igualmente otorgó un permiso de operación que implicó su apoyo político para el proyecto del confinamiento.

5. Para el tribunal, un punto crucial en este caso ha sido si, además de los mencionados permisos, se requería un permiso municipal para la construcción del confinamiento de residuos peligrosos. El tribunal razonó que cuando Metalclad inquirió, antes de comprar COTERIN, acerca de la necesidad de permisos municipales, funcionarios oficiales le aseguraron que tenía todo lo que necesitaba para iniciar el proyecto del confinamiento. De hecho, resuelve el tribunal, después de que Metalclad adquirió COTERIN, el gobierno federal prorrogó el permiso federal de construcción por dieciocho meses más.

6. El tribunal advirtió que la ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente de 1988 de México expresamente otorga a la Federación la facultad de autorizar la construcción y operación de confinamientos de residuos peligrosos. Consideró que también el mismo ordenamiento limita las facultades del municipio en materia de medio ambiente a lo que atañe a residuos no peligrosos. Específicamente, el artículo 8 del ordenamiento invocado otorga a los municipios la facultad, de conformidad con las disposiciones de la ley y de las leyes locales, de aplicar disposiciones jurídicas en materia de prevención y control de los efectos sobre el ambiente ocasionados por la generación, transporte, almacenamiento, manejo, tratamiento y disposición final de los residuos sólidos e industriales que no estén considerados como peligrosos, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 137 de la ley general en cita. Finalmente, el tribunal se refirió al artículo 7 de la ley en comento, que limita las facultades del estado en materia de medio ambiente a aquellas no expresamente otorgadas al gobierno federal.

7. El tribunal resolvió que se dejó creer a Metalclad que los permisos federales y estatales le permitían la construcción y operación del confinamiento. Metalclad alegó que el municipio no tenía facultades en lo que se refiere a los asuntos de residuos peligrosos. Sin embargo, México argumentó que, de acuerdo con la Constitución y las leyes, el municipio tiene facultad para otorgar permisos de construcción.

8. Aun si México —indica el tribunal— estuviera en lo correcto respecto a que se requería un permiso municipal de construcción, la evidencia también muestra que la competencia de la autoridad federal regulaba lo que se refiere a evaluaciones y valoraciones en materia de residuos peligrosos, y que la autoridad del municipio comprendía únicamente lo referente a consideraciones de construcción. Por lo tanto, el órgano del conocimiento arbitral sentenció que “...la negativa del municipio a otorgar el

permiso haciendo referencia a consideraciones de impacto ambiental sobre lo que era básicamente un confinamiento de disposición de residuos peligrosos, fue inadecuada, como lo fue también su negativa para otorgar un permiso por cualquier razón que no fuera otra que alguna relacionada con la construcción física o defectos del sitio.”

9. En consecuencia, el tribunal dedujo que “Basándose en afirmaciones del gobierno federal, Metalclad inició la construcción del confinamiento, y lo hizo de manera abierta y continuada, y con el conocimiento pleno de los gobiernos federal, estatal y municipal, hasta la ‘Orden de Clausura’ del 26 de octubre de 1994. Dicha Orden se fundamentó en la falta de obtención por parte de Metalclad de un permiso municipal de construcción”.

10. En adición a lo anterior, el tribunal reprodujo el argumento de Metalclad por el que se hace del conocimiento del órgano arbitral que funcionarios federales le refirieron que si la empresa presentaba una solicitud para un permiso municipal de construcción, el municipio no tendría fundamento legal para negar el permiso y que sería, sin duda, otorgado. Así, el tribunal de la causa sentenció: “La ausencia de una regla clara en lo que respecta al requerimiento o no de un permiso municipal de construcción, así como la falta de una práctica o procedimiento establecido para el trámite de las solicitudes de permisos municipales de construcción, se traduce en la falta de cumplimiento por parte de México para asegurar la transparencia requerida por el TLCAN”.

11. En el mismo sentido, el tribunal consideró que Metalclad podía permitirse confiar en las afirmaciones de los funcionarios federales y creer que estaba autorizada a continuar con la construcción del confinamiento. “...Siguiendo el consejo de estos funcionarios —opina el tribunal— y presentando el 15 de noviembre de 1994 una solicitud para un permiso municipal, Metalclad sólo actuaba de manera prudente y con la total expectativa de que el permiso se otorgaría”.

12. Trece meses después de la presentación de la solicitud de Metalclad, el municipio negó el permiso de construcción. La negativa se dictó después de que estaba casi concluida la construcción e inmediatamente después de que se anunció el convenio acerca de la operación del confinamiento, amén de que el permiso se negó en una reunión del ayuntamiento del municipio sin que se le haya notificado a Metalclad.

13. El tribunal se convenció de que el ayuntamiento negó el permiso por diferentes razones, las cuales no se refieren a algún problema relacio-

nado con la construcción material del confinamiento o a cualquier otro defecto material del mismo.

14. Además, el tribunal da un peso específico al hecho de que “...inmediatamente después de que el municipio negó el permiso, éste presentó un recurso administrativo ante la SEMARNAP en contra del Convenio”. De este hecho, el tribunal dedujo que el municipio no confiaba en su derecho a negar su autorización para el confinamiento con la única base de la falta de permiso municipal de construcción.

15. El tribunal resuelve que en 1997 el gobierno de San Luis Potosí volvió en escena y dictó un decreto ecológico en 1997, el cual efectiva y permanentemente prohibió el uso a Metalclad de su inversión.

16. Las acciones del municipio después de negar el permiso municipal de construcción, conjuntamente con las deficiencias procedimentales y sustanciales de la negativa, sustentan la resolución del tribunal de que la insistencia del municipio en la obtención del permiso de construcción y la negación del mismo cuando le fue solicitado fueron en este caso inadecuadas.

17. El tribunal aseguró en su resolución que el artículo 1114 del TLCAN, que permite que una parte se asegure de que las inversiones se efectúen tomando en cuenta asuntos en materia ambiental, no afecta esta conclusión. La celebración del convenio y el otorgamiento de los permisos federales muestran claramente que México estaba satisfecho que el proyecto era acorde con la materia ambiental.

18. Por otra parte, el tribunal resolvió que México no cumplió con asegurar un marco transparente y previsible para la planeación del negocio e inversión de Metalclad. Estas circunstancias en su totalidad demuestran una falta de orden en el proceso y disposición en tiempo en relación con un inversionista de una parte que actuó con la expectativa de que recibiría un trato justo y equitativo de conformidad con el TLCAN.

19. Más aún, los actos del estado y del municipio —y por lo tanto actos de México— incumplieron o no fueron compatibles con los requerimientos del artículo 1105(1) del TLCAN, en el sentido de que cada parte otorga a las inversiones de los inversionistas de la otra parte un trato acorde con el derecho internacional, incluyendo un trato justo y equitativo. Esto es así especialmente a la luz del principio aplicable de que el derecho interno (como los requerimientos establecidos para el permiso del municipio) no justifica el incumplimiento de una obligación de un tratado (artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados).

20. El tribunal, por lo tanto, sostuvo que Metalclad no fue tratada justa y equitativamente de acuerdo con el TLCAN, y concedió la reclamación relativa al artículo 1105.

21. Con relación al artículo 1110 del TLCAN, que sanciona la expropiación, el ordenamiento dispone que ninguna de las partes podrá directa o indirectamente expropiar una inversión o adoptar una medida equivalente a una expropiación, salvo que sea: *a)* por causa de utilidad pública; *b)* sobre bases no discriminatorias; *c)* con apego al principio de legalidad y al artículo 1105(a), y *d)* mediante indemnización. La expresión “una medida” se define en el artículo 201(1) como aquella que incluye “cualquier ley, reglamento, procedimiento, requisito o práctica”.

22. Por lo tanto, para el tribunal la expropiación en el TLCAN incluye no sólo la confiscación de la propiedad de manera abierta, deliberada y con conocimiento de causa, tal como una confiscación directa o una transferencia formal u obligatoria de títulos en favor del Estado receptor, sino también una interferencia disimulada o incidental del uso de la propiedad que tenga el efecto de privar, totalmente o en parte significativa, al propietario del uso o del beneficio económico que razonablemente se esperaría de la propiedad, aunque no necesariamente en beneficio obvio del Estado receptor.

23. El tribunal resolvió que “Al permitir o tolerar la conducta de Guadalcázar en relación con Metalclad,... tiene que interpretarse en el sentido de que México adoptó una medida equivalente a una expropiación, violando así el artículo 1110(1) del TLCAN”.

24. El tribunal sostuvo que la autoridad exclusiva para establecer y permitir un confinamiento de residuos peligrosos reside en el gobierno federal mexicano, situación que es consistente con el testimonio del secretario de la SEMARNAP, y que es consistente con la LGEEPA.

25. El tribunal resolvió que el municipio negó el permiso local de construcción, en parte, por la percepción adversa del municipio hacia los efectos ambientales del confinamiento de residuos peligrosos y la conveniencia geológica del lugar para el confinamiento. Con lo anterior —afirma el tribunal— el municipio actuó fuera de su autoridad. La negativa del municipio respecto al permiso de construcción sin fundamento alguno en la construcción material propuesta y sin deficiencias en el sitio, conjuntamente con sus acciones administrativas y judiciales subsecuentes con relación al convenio, impidieron de manera efectiva e ilegal la operación por parte de la demandante del confinamiento.

26. Estas medidas —resolvió el tribunal—, consideradas conjuntamente con las afirmaciones del gobierno federal mexicano, en las cuales Metalclad se basó, y en la ausencia de una negativa del municipio emitida a tiempo, en orden o con alguna base sustantiva respecto al permiso local de construcción, equivalen a una expropiación indirecta.

27. Con relación al decreto ecológico, el tribunal consideró que su “implementación” (*sic*) podría, por sí y en sí mismo, constituir un acto equivalente a una expropiación.

28. En conclusión, el tribunal sostuvo que México expropió indirectamente la inversión de Metalclad, sin pagar a esta empresa una indemnización por la expropiación. Consecuentemente, México violó el artículo 1110 del TLCAN.

III. VALUACIÓN DE LOS DAÑOS O LA INDEMNIZACIÓN

1. El tribunal consideró que los daños (artículo 1105 del TLCAN) y la indemnización (artículo 1110 del TLCAN) son la misma cosa, ya que ambas situaciones implicaron la imposibilidad del funcionamiento del confinamiento e impidieron obtener algún rendimiento de importancia de la inversión de Metalclad. Es decir, para el tribunal, Metalclad perdió totalmente su inversión.

2. Después de escuchar a las partes sobre la forma o métodos de valuación de los daños pecuniarios y resolver sobre lo atinente a su preparación y la determinación de intereses, el tribunal decidió

...que, según surge del monto de la inversión de Metalclad en el proyecto, deducida la desestimación de gastos reclamados por 1991 y 1992, deducido el monto reclamado a modo de asignación de gastos, y deducido el monto estimado para la reparación, más un interés compuesto del 6% anual, la Parte demandada México pagará a Metalclad, dentro de 45 días a partir de la fecha en que el presente Laudo haya sido pronunciado, la suma de US\$16.685,000.00. Transcurrido dicho plazo, se acumulará un interés compuesto del 6% mensual sobre esa suma o cualquier parte de ella que permaneciera insoluta.

IV. DEFINITIVIDAD Y EJECUCIÓN DEL LAUDO

Conforme al artículo 1136 del TLCAN, el laudo es obligatorio sólo para las partes contendientes y únicamente respecto del caso concreto, atento a los principios de relatividad y concreción. En virtud de que la

diferencia se resolvió conforme a las reglas del Mecanismo Complementario del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), México tiene la opción de solicitar un procedimiento de revisión, desechamiento o anulación dentro de los tres meses contados a partir de la fecha en que se dictó el laudo, y es perceptible que lo haga, aun cuando no cuenta con un caso sólido para lograr un fallo que cambie el sentido del laudo arbitral.

No se aprecia de qué manera México podría lograr la anulación de la resolución arbitral. Consideramos que el tribunal arbitral, de manera general, apreció correctamente los hechos, pero debe reconocerse que fue precipitada su deliberación sobre las facultades del municipio para expedir permisos para las construcciones. Éste quizá sea uno de los pequeños resquicios que podrían ser legalmente capitalizados por las autoridades mexicanas para solicitar la revisión del fallo arbitral. Sin embargo, habrá escasas probabilidades de éxito en la medida en que México no haga un planteamiento impugnatorio integral.

Como en todo procedimiento, las autoridades competentes para resolver un conflicto tienen que analizar y valorar de manera integral todas las pruebas, los argumentos y la información que le acerquen las partes en la diferencia. Por ello, la reclamación de las autoridades mexicanas tendrá que ser de igual manera integral.

El alegato de las facultades expresamente conferidas a los municipios en el artículo 115, fracción V, de la Constitución Política de México para emitir permisos relacionados con las construcciones, la falta de un ordenamiento reglamentario que precise el tipo de construcciones a que se refiere el numeral y la lamentable negligencia, inoportunidad e impericia legal del municipio de Guadalcázar, San Luis Potosí, fueron algunos de los hechos clave que motivaron la decisión del tribunal arbitral.

Advertimos que un aspecto en la diferencia que difícilmente puede ser desvirtuado por parte de México, es la emisión y ejecución del decreto ecológico que, a nuestro juicio, muestra y demuestra la precipitada e improvisada reacción de las autoridades municipales ante hechos que tendían a su consumación.

Miguel A. VELÁZQUEZ ELIZARRARÁS*

* Profesor por concurso de oposición abierto de las materias derecho económico y régimen jurídico del comercio exterior en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. Abogado consultor de la firma internacional de abogados White & Case.