

Recibido: 22 enero 2016
Aceptado: 27 marzo 2016

El recuento de los daños: compensación, intereses y costas del arbitraje inversionista–Estado del TLCAN. La experiencia mexicana

Juan Pablo HUGUES ARTHUR *
Jimena MORENO GONZÁLEZ **

Sumario: I. Introducción. II. Cálculo de daños. III. Intereses sobre los daños. IV. Distribución de costas. V. Reflexiones finales.

Resumen: El recuento de los daños: compensación, intereses y costas del arbitraje inversionista–Estado del TLCAN. La experiencia mexicana

El siguiente artículo presenta un análisis jurídico de los costos generales que ha representado el arbitraje de inversión del TLCAN para México en los últimos veinte años. Así, se evalúan los razonamientos de los Tribunales en cuanto a compensación de daños por violaciones de la sección A del Capítulo XI; los intereses dictados sobre dichos daños, y la distribución de las costas del arbitraje de inversión. Asimismo, se realiza un balance sobre los costos generados por el arbitraje de inversión derivado del TLCAN y los posibles beneficios económicos que han surgido del mismo para de esta forma concluir que en términos jurídico–económicos, la experiencia de México en los últimos 20 años de arbitraje de inversión del TLCAN ha sido positiva, en general.

Palabras clave: COMPENSACIÓN – INTERESES - COSTAS DEL ARBITRAJE INTERNACIONAL - CÁLCULO DE DAÑOS - RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL - REPARACIÓN EN DERECHO INTERNACIONAL - ARBITRAJE INVERSIONISTA – ESTADO - CAPÍTULO XI DEL TLCAN.

Abstract: Arbitration damages: compensation, interests and costs allocation in NAFTA's investor-State arbitration. The Mexican experience

This article comprises a juridical analysis of the general costs that NAFTA's Chapter XI investment arbitration has signified for Mexico, in twenty years of NAFTA's existence. The article evaluates and summarizes the Tribunals' reasonings concerning compensation for violations to NAFTA's Chapter XI; the interests accrued thereupon, and the allocation of costs in these arbitrations. Likewise, the article compares the costs derived from NAFTA's investment arbitration and the alleged economic benefits steamed from the signature of said treaty. Therefore, it concludes that, in juridical and economic terms, Mexico's experience in NAFTA's investment arbitration has been overly positive.

* Asesor jurídico del Procurador Fiscal de la Federación.

** Profesora Asociada del Centro de Investigación y Docencia Económicas, A.C. (CIDE). Coordinadora de la Licenciatura en Derecho del CIDE.

Ambos autores agradecemos profundamente los consejos y la vasta ayuda proporcionados por el Lic. Guillermo Aguilar Álvarez, sin los cuales este artículo no sería posible.

Keywords: COMPENSATION-INTERESTS - INTERNATIONAL ARBITRATION COSTS - DAMAGE CALCULATION - INTERNATIONAL RESPONSIBILITY - REPARATION IN INTERNATIONAL LAW - INVESTMENT ARBITRATION - NAFTA'S CHAPTER XI.

I. Introducción

El Capítulo XI del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) fue desde su negociación y adopción, y sigue siendo hoy, a sus 20 años de vigencia¹, un capítulo de suma importancia dentro del Tratado.² Este Capítulo es un Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (APPRI) dentro de un tratado de libre comercio³, y contiene una sección A y una sección B⁴. Dentro de la primera, se establecen los estándares sustantivos de protección que un inversionista norteamericano podrá exigir a otro Estado parte del TLCAN⁵ en el que haya realizado o pretenda realizar su inversión, y la sección B establece derechos procesales a través de los cuales el inversionista podrá hacer jurídicamente efectivos los estándares de protección y demandar al Estado parte del TLCAN compensar los daños causados, ante un tribunal arbitral internacional⁶.

Durante las negociaciones del Tratado entre México, Estados Unidos de América y Canadá, los tres países estaban conscientes que México poseía el sistema legal menos compatible con las normas internacionales de promoción y protección de inversión extranjera y que, por lo tanto, éste sería el país que recibiría la mayor cantidad de demandas por parte de inversionistas norteamericanos⁷. No obstante, para México, los costos del riesgo de ser

¹ El Tratado entró en vigor el 1 enero 1994.

² G.C. Hufbauer y J.J. Schott, "Dispute Settlement Systems", en G.C. Hufbauer y J.J. Schott, *NAFTA Revisited: Achievements and Challenges* (Institute for International Economics, Washington DC, 2005), pp. 201-203.

³ J.A. VanDuzer, 'NAFTA Chapter 11 to Date: The Progress of a Work in Progress' en L.R. Dawson (ed.) *Whose Rights? The NAFTA Chapter 11* (Ottawa: The Centre for Trade Policy and Law, 2002).

⁴ A. Posadas Urtusuástegui y G. Vega Cánovas, "El Capítulo XI del TLCAN: Protección a la Inversión Extranjera", en J. Witker (coord.), *El Tratado de Libre Comercio de América del Norte. Evaluación jurídica: Diez años después* (Instituto de Investigaciones Jurídicas (IIJ)-Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), México, 2005).

⁵ En cuanto a la naturaleza de los derechos conferidos en el Capítulo, *vid.* L. Dawson (ed.) *Whose Rights? The NAFTA Chapter II Debate* (Centre for Trade Policy & Law, 2002).

⁶ *Cargill, Incorporated v. United Mexican States* (Award) (ICSID Case No. ARB(AF)/05/2) (18 September 2009) [En adelante: *Cargill v. México*] § 146.

⁷ J.E. Alvarez, "Critical Theory and the North American Free Trade Agreement's Chapter Eleven" *UMIALR*, 28, 1997, p.303; A.F. Rodríguez, *A quince años del Capítulo XI del TLCAN: Un análisis económico y jurídico* (Disponible en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/39/pr/pr2.pdf>. Consultado el 10 abril 2014) [en adelante: A.F. Rodríguez, *A quince años del Capítulo XI del TLCAN*], p. 9. La negociación del TLCAN fue el último paso de una serie de reformas económicas que cambiaron totalmente el paradigma político-económico y jurídico del país. De un modelo de sustitución de importaciones, México apostó por la apertura de sus mercados al exterior y la atracción de la inversión extranjera. La primera acción importante en ese sentido fue la adhesión de México al GATT en 1986 por parte de Miguel de la Madrid. El Presidente Salinas de Gortari continuó con estas

demandado constantemente por inversionistas norteamericanos ante tribunales internacionales era menor al beneficio que representaba la posible atracción de capital foráneo en virtud de la firma del Tratado⁸.

Sin lugar a dudas, una de las cuestiones más importantes en el trayecto de México a través del Capítulo XI del TLCAN ha sido cuánto se ha tenido que pagar cuando se ha perdido un caso contra un inversionista, cómo se ha establecido dicha cantidad y qué ha sucedido cuando no se ha perdido un caso; aunque todo lo anterior no es muy frecuentemente analizado⁹. En Derecho internacional, todo acto internacionalmente incorrecto o ilícito atribuible a un Estado conlleva la responsabilidad internacional de éste y, por lo tanto, la obligación de realizar una reparación¹⁰. En caso de que la restitución al *status quo ante* del acto sea imposible¹¹, la reparación del daño toma la forma de compensación monetaria¹². Esta regla está reproducida *mutatis mutandis* en el art. 1135 TLCAN, el cual establece que si un Tribunal encuentra al Estado responsable de violación al Tratado, puede ordenarle el pago de daños con intereses al inversionista demandante¹³. Además, implícitamente, el TLCAN faculta a los Tribunales a que, en caso de que no encuentren una violación al Tratado por parte del Estado, ordenar el pago de las costas –

reformas económicas de forma más radical durante su administración (1988–1994). Entre noviembre de 1991 y octubre de 1992, 14 artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos fueron reformados, 42 leyes fueron creadas y se realizaron 226 reformas, adiciones, modificaciones y cambios a distintas leyes. En cuanto a inversión extranjera, en específico, algunas de las medidas que llaman la atención son las siguientes: en mayo de 1989 se permitió participación foránea del 100% en México. En junio de 1991, se adoptó la Ley de Propiedad Industrial y se creó el Instituto Mexicano de Propiedad Industrial. En 1992, se reformó el art. 27 constitucional para permitir la participación de extranjeros en tierras agrícolas, y en 1993 se reformaron las reglas de expropiación y se creó la Comisión Federal de Competencia Económica. *Vid.* S. Puig, “NAFTA, Authority and Political Behavior: The Case of Mexico” *SCJIL*, 5, 2007, pp. 363 ss, esp. pp. 365–367; I.P. Altschuler & C G Pasche, “The North American Free Trade Agreement: The Ongoing Liberalization of Trade With Mexico”, *WFLR*, 28, 1993, pp. 7 ss, esp. p. 10; J. Serra Puche, “Lineamientos para una estrategia commercial”, *Comercio Exterior*, 40, 1990, p. 526; E. Lazcano Espinoza, “NAFTA in Mexico”, en P Coffey, J Colin Dodds *et al.*, *NAFTA – Past, Present and Future* (International Handbooks on Economic Integration, 2001) [en adelante: Lazcano Espinoza, *NAFTA in Mexico*], p. 88–90; S. Puig y M. Kinnear, “NAFTA Chapter Eleven at Fifteen: Contributions to a Systemic Approach in Investment Arbitration”, *ICSID Review*, 25, 2010, pp. 227–228 [en adelante: S. Puig y M. Kinnear, “NAFTA Chapter Eleven at Fifteen”].

⁸ E. Lazcano Espinoza, *NAFTA in Mexico*, p. 87.

⁹ I. Marboe, *Calculation of Compensation and Damages in International Investment Law* (OUP, 2003) [En adelante: I Marboe, *Calculation of Compensation and Damages in International Investment Law*] §§ 1.01 – 1.04.

¹⁰ *Case Concerning the Factory at Chorzów* [1928] (Merits) Series A No 17 PCIJ 5 at 29 § 21.

¹¹ *Ibid.* § 47.

¹² *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory* [2004] (Advisory Opinion) ICJ Rep I §§ 152–153; *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v Serbia and Montenegro)* [2007] (Judgment) ICJ Rep I § 460.

¹³ Tratado de Libre Comercio de América del Norte (Adoptado el 17 diciembre 1992, entró en vigor el 1 enero 1994, 32 ILM 296 [en adelante: TLCAN], art. 1135(1) y (2).

representación legal, costos del arbitraje *et al.* – a una o ambas partes de la controversia¹⁴.

A partir del análisis de las normas jurídicas mencionadas, no sólo se pueden obtener cifras sobre las sumas monetarias específicas que un conjunto de arbitrajes inversionista–Estado ha representado para un Estado, o para el inversionista demandante, sino que además es posible verificar los razonamientos y normas legales operadas por los árbitros para llegar a dichas sumas. Esto último resulta fundamental para la consolidación de los estándares aplicables a la cuantificación de costos y, sobre todo, para predecir cómo éstos serán determinados en casos futuros similares. Con el objeto de evaluar desde una perspectiva jurídica los costos del Capítulo XI para México, este artículo analiza las decisiones que han tomado los Tribunales en los casos presentados por inversionistas norteamericanos en contra de México durante los 20 años de vigencia del Tratado. Por lo tanto, este artículo está dividido en 4 secciones principales. En la primera, se describen y evalúan los razonamientos de los Tribunales en cuanto a los métodos de compensación aplicables a violaciones del TLCAN. La segunda sección analiza los tipos y las tasas de intereses sobre el monto de compensación ordenado que han sido aplicadas en la jurisprudencia del TLCAN en contra de México. La tercera sección se enfoca en la distribución de costas de arbitraje (costos de las partes y costos procedimentales) que han realizado los árbitros. Finalmente, y a manera de conclusión, el artículo presenta, en la medida de lo posible, un balance entre los costos y los beneficios económicos generales que ha representado el Capítulo XI del TLCAN para México.

II. Cálculo de daños

El art. 1135 del TLCAN otorga a los Tribunales del Capítulo XI la facultad para dictar el pago de daños pecuniarios junto con sus intereses a un inversionista norteamericano que haya sido víctima de un acto contrario al Capítulo XI del TLCAN atribuible a un Estado miembro receptor de la inversión¹⁵. En derecho internacional general, una compensación por los daños de un acto internacionalmente ilícito debe comprender el daño emergente (*damnum emergens*)¹⁶ y el lucro cesante (*lucrum cessans*)¹⁷ de la violación. Empero, el TLCAN en particular no establece reglas concretas ni claras sobre el estándar de compensación que deberá ser aplicable ni la forma de cálculo de los daños¹⁸.

¹⁴ Esta facultad no está conferida explícitamente en el TLCAN, pero sí en las reglas de arbitraje aplicables en el caso las cuáles pueden ser las Reglas del CIADI, las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI o las reglas de arbitraje del UNCITRAL.

¹⁵ TLCAN, art. 1135 (1).

¹⁶ *Archer Daniels Midland Company and Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. v. The United Mexican States* (ICSID Case No. ARB (AF)/04/5) [en adelante: *Archer Daniels v. México*] § 281.

¹⁷ *Ibid.* § 285.

¹⁸ *Ibid.* § 177; *Marvin Roy Feldman Karpa v. United Mexican States* (ICSID Case No. ARB(AF)/99/1) (Award) (16 December 2002) [En adelante: *Marvin Roy Feldman v. México*] § 194.

En cuanto a los estándares de compensación, en la práctica internacional existe el “valor justo de mercado” (*fair market value*) o el de “pérdida real” (*actual loss*)¹⁹. La diferencia entre estos dos estándares es que, contrario al valor justo de mercado, el estándar de pérdida real exige un vínculo más estricto y directo entre el acto internacionalmente ilícito y el surgimiento del *lucrum cessans*, para condenar al Estado al pago de éste. El art. 1110 TLCAN establece que el estándar de compensación aplicable a una expropiación ilegal, en particular, es el de valor justo de mercado²⁰ y en la jurisprudencia sobre arbitrajes de inversión, se ha argumentado que este criterio puede aplicar también a la indemnización por violaciones distintas a la expropiación²¹. Sin embargo, en el contexto particular del Capítulo XI, y de los casos presentados contra México específicamente, el Tribunal de *Marvin Roy Feldman Karpa v. México (Feldman)* estableció que “[e]n ausencia de una discriminación que también constituya una expropiación indirecta o sea equivalente a una expropiación, el Demandante no tendría derecho al total valor de mercado de la inversión que se otorga conforme al art. 1110 TLCAN”²². Este criterio fue reafirmado en el caso *Archer Daniels Midland Company and Tate & Lyle Ingredients, Inc. v. México (Archer Daniels)*²³ y, de cierta forma, en *Cargill, Incorporated v. México (Cargill)*²⁴ además de otros laudos inversionista-Estado²⁵. A pesar de lo anterior, cualquier Tribu-

¹⁹ L.G. Arias Barrera, “Lack of Definition of Compensation in International Investment Disputes for Non-Expropriation Claims: Is There an Appropriate Mechanism to Determine it?”, *Revista E-Mercatoria*, 10, 2011, p. 75 ss, esp. p. 82; P.Y. Tschanzand y J.E. Viñuales, “Compensation for Non-Expropriation Breaches of International Investment Law”, *J. Int'l Arb'n*, 26, 2009, p. 6 [en adelante: P.Y. Tschanzand y J.E. Viñuales, *Compensation for non-expropriation breaches*] pp. 732-736. Existen otros estándares, como el de enriquecimiento ilícito del Estado. Sin embargo, en este trabajo nos concentraremos en los dos mencionados.

²⁰ TLCAN, art. 1110 (2).

²¹ *CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina* (Award) (ICSID Case No. ARB/01/8) (12 May 2005) [En adelante: *CMS v. Argentina*] § 410; *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic* (Award) (ICSID Case No. ARB/01/3) (22 May 2007) [En adelante: *Enron v. Argentina*] §§ 359-363; *Azurix Corp. v. The Argentine Republic* (Award) (ICSID Case No. ARB/01/12) (14 July 2006) §§ 419-424. Esto fue también reconocido, pero implícitamente, en el caso *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International, Inc. v. Argentine Republic* (Decision on Liability) (ICSID Case No. ARB/02/1) (3 October 2006) [en adelante: *LG&E v. Argentina*] § 39.

²² *Marvin Roy Feldman v. México* § 194.

²³ *Archer Daniels Midland Company and Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. v. The United Mexican States* (ICSID Case No. ARB (AF)/04/5) [En adelante: *Archer Daniels v. México*] § 283: “el ‘valor justo de mercado’ o ‘valor corriente’ de ALMEX no constituye un criterio adecuado para calcular los daños, puesto que sólo se aplica a los casos de expropiación, que no es el presente caso.”

²⁴ El Tribunal en *Cargill* aplicó el estándar de pérdida real, en principio, en un caso donde no existía una violación al art. 1110. Sin embargo, parece haber adoptado una perspectiva mucho menos estricta al establecer que si el inversionista tenía derecho al *lucrum cessans* de su inversión aun cuando éste estuvo fuera del mercado relevante durante 4 años. *Vid. Cargill v. México* § 445.

²⁵ *LG&E v. Argentina* § 35-36: “este tipo de valuación [valor justo de mercado] es adecuado en casos de expropiación en los que los Demandantes pierden la titularidad sobre su inversión o en los que la interferencia con los derechos de propiedad deriva en una pérdida equivalente a la pérdida total de

nal podría distanciarse de este criterio y aplicar el estándar de valor justo de mercado en casos donde se presenten violaciones distintas a los requisitos de expropiación directa o indirecta, dado que los Tribunales cuentan con amplia discreción en la elección del estándar de compensación aplicable²⁶.

Una vez determinado el estándar de compensación, es necesario establecer el mecanismo por medio del cual se llegará a una cantidad monetaria determinada²⁷. Para esto, existen distintos métodos²⁸. El Tribunal del caso *CMS v. Argentina* estableció que generalmente se han aplicado los siguientes criterios: (i) “valor del activo”, o el “costo de remplazo” el cual evalúa los activos sobre la base de su costo de remplazo; (ii) “transacción comparable” el cual se realiza con base en transacciones comparables en circunstancias similares; (iii) “otras opciones”, que analiza los usos alternativos que se le pudieron dar a los activos, con sus costos y beneficios, y (iv) el flujo de caja descontado (DCF, por sus siglas en inglés: *Discount Cash Flow*) con base en el cual la valuación de los activos se da a través de la determinación del valor presente de los flujos de efectivo estimados de la inversión, descontados a una tasa que refleje distintas tasas de riesgo e incertidumbre de la misma²⁹. Aunque el último ha sido el mecanismo más recurrido en la jurisprudencia de inversión extranjera³⁰, el método y su aplicación varía según las circunstancias de cada caso.

Por ejemplo, en *Metalclad Company v. México (Metalclad)*, el Demandante propuso aplicar el estándar de flujo de caja descontado (DCF) para determinar el valor del mercado de su inversión en México –el desecho de residuos peligrosos– y, ergo, el monto de compensación por la expropiación indirecta e ilegal realizada por México³¹. No obstante, el Tribunal rechazó este método de cuantificación dado que, en realidad, el proyecto de negocios

la inversión. Sin embargo, eso no es lo que sucede en el presente caso. El Tribunal rechazó el reclamo por expropiación indirecta presentado por las Demandantes”.

²⁶ Vid. P.Y. Tschanzand y J.E. Viñuales, *Compensation for non-expropriation breaches*. Los autores, además de remarcar el poder discrecional que poseen los Tribunales para elegir el tipo de estándar de compensación que aplicarán, proponen que para determinar si el valor justo de mercado es aplicable en violaciones distintas a la expropiación, se debe tomar en cuenta el activo dañado y la dimensión del daño por parte del Estado.

²⁷ *Ibid.* p. 732.

²⁸ Marboe, *Calculation of Compensation and Damages in International Investment Law* § 5.01

²⁹ *CMS v. Argentina* § 403. “Four ways have generally been relied upon to arrive at such value. (1) The “asset value” or the “replacement cost” approach which evaluates the assets on the basis of their “break-up” or their replacement cost; (2) the “comparable transaction” approach which reviews comparable transactions in similar circumstances; (3) the “option” approach which studies the alternative uses which could be made of the assets in question, and their costs and benefits; (4) the “discounted cash flow” (“DCF”) approach under which the valuation of the assets is arrived at by determining the present value of future predicted cash flows discounted at a rate which reflects various categories of risk and uncertainty”. Vid. también I. Marboe, *Calculation of Compensation and Damages in International Investment Law* §§ 5.02, 7.11.

³⁰ *Ibid.* § 7.14.

³¹ *Metalclad Corporation v. The United Mexican States (Award)* (ICSID Case No. ARB(AF)/97/1) (30 August 2000) [En adelante: *Metalclad v. México*] § 114.

de Metalclad nunca estuvo en operación³². Entonces, el método de compensación debida por México por la expropiación y el trato ilegal ejercidos en contra de Metalclad, se debería calcular con base en el valor de la inversión real³³. Sin embargo, el Tribunal no esbozó en forma detallada las razones por las cuales al final concluyó que dicho valor era de US\$16,685,000.00³⁴, contrario al valor de US\$20 o US\$90 millones que se solicitaban³⁵.

En el caso de *Cargill*, el Tribunal decidió utilizar el método de *mutatis mutandis* de flujo de caja descontado (DCF), para determinar el monto de compensación debido por la violación a distintas obligaciones del Capítulo XI que surgieron de la imposición de una tasa impositiva del 20% a todas las bebidas que hubieran contenido edulcorantes distintos al azúcar de caña³⁶. “Este cálculo” según el Tribunal “determina [e] volumen ‘de no haber sido por’ de [Jarabe de Maíz Alto en Fructuosa (JMAF)] que la Demandante habría vendido, volumen que resulta de multiplicar la totalidad del mercado de JMAF por el porcentaje de la participación que, según las proyecciones, la Demandante tendría en ese mercado y por el precio del JMAF determinado a lo largo del período de pérdidas y llevado al valor presente mediante la utilización de la tasa de interés apropiada”³⁷. Así, después de un análisis exhaustivo sobre las posiciones de las partes concerniente a *inter alia* el método a utilizar, el periodo indemnizable, la proyecciones del mercado relevante de edulcorantes para bebidas, y la participación del Demandante en el mismo³⁸, el Tribunal encontró que “se debe a la Demandante la suma de US\$77,329,240”, contra los US\$123,813,029 solicitados³⁹, por concepto de indemnización de *damnum emergens* y *lucrum cessans* causados al negocio del JMAF en México por el Impuesto Especial sobre Producción y Servicios (IEPS) impuesto a las embotelladoras de bebidas⁴⁰.

En el caso *Feldman*, el Tribunal aceptó exclusivamente hacer un cálculo de daños sobre las devoluciones del IEPS no recibidas por la inversión de exportación de cigarrillos a Estados Unidos entre octubre y diciembre de 1997

³² *Ibid.* §§ 114, 121.

³³ *Ibid.* § 122.

³⁴ *Ibid.* § 131.

³⁵ *Ibid.* § 123. El Tribunal concluyó que ciertas adiciones realizadas por Metalclad para llegar al resultado en cuestión eran inapropiadas porque tomaban en cuenta gastos que realizó la empresa mucho antes de realizar su inversión en México. No obstante, no queda claro si sólo si dicha cantidad arrojaba, entonces, el resultado final al que llegó el Tribunal. Tampoco queda claro por qué, entonces, no tomó el valor de la inversión propuesto por México de 13–15 millones de dólares americanos. *Vid. Ibid.* §§ 116, 123.

³⁶ *Cargill v. México* § 447.

³⁷ *Ibid.*

³⁸ En realidad, el análisis realizado por el Tribunal es de vasto interés. Sin embargo, escapa el objetivo de este trabajo reencontrar los razonamientos económicos realizados por las partes y el Tribunal para llegar a la conclusión final. Además, una gran desventaja en este análisis es el hecho que los datos más relevantes del mismo en cuestión son confidenciales y no son públicos dentro del laudo. *Vid. Cargill v. México* §§ 431–537.

³⁹ *Ibid.* § 435.

⁴⁰ *Ibid.* § 540.

por parte del inversionista⁴¹. Esto no implicaba calcular ganancias potenciales como en los casos de *Metalclad* o *Cargill*, por ejemplo. Entonces, el Tribunal optó por utilizar un método de cálculo particular para el objetivo específico de determinar la cantidad en dinero que se le debió de haber devuelto al demandante⁴², que resultó ser de MX\$9,464,627.50 pesos mexicanos, contra los MX\$475,000,000 solicitados por el Demandante⁴³.

Es adecuado concluir que, en términos generales, el cálculo de los daños ha sido afortunado, y los Tribunales han tomado en cuenta las circunstancias y demandas particulares de cada caso. Aunque en ciertos precedentes la forma precisa en la que se arribó a un monto específico no queda del todo clara, en beneficio de México, los Tribunales han exigido al país el pago de una cantidad sustantivamente menor de aquella demandada inicialmente por los inversionistas en cada caso⁴⁴.

II. Intereses sobre los daños

El art. 1135 TLCAN permite a los Tribunales del TLCAN dictar intereses exclusivamente en el caso que haya dictado un laudo en el que ordene la compensación de los daños causados al inversionista por la responsabilidad internacional del Estado *vis-à-vis* el primero⁴⁵. Los intereses representan una suma de dinero pagado o pagable como compensación por la retención temporal de cierta cantidad monetaria⁴⁶. Entre otras cuestiones, los intereses sirven el propósito principal de asegurar una compensación total del daño causado: garantizan que se pague el costo de oportunidad en que incurrió la persona afectada por el acto al no contar con la suma monetaria que resulte de los daños encontrados por el Tribunal, y, así, sirven para restaurar la po-

⁴¹ El Tribunal rechazó calcular una compensación con base en “el valor del negocio” ya que la reclamación no se trataba de una expropiación. Asimismo, desestimo una compensación por el *lucrum cessans* entre el 1 enero 1994 y mayo de 1996 ya que sólo constituiría un mes de compensación (restando los 3 años de prescripción de plazo comprendidos), en el cual no se especificó el monto correspondiente debido. Lo que llama más la atención es que, independientemente de lo anterior, el Tribunal encontró que “el negocio del Demandante [...] no era un negocio viable, y no podría haber sido rentable” por lo que en todo caso no habría lucro cesante. *Vid. Marvin Roy Feldman v. México* §§ 193–201.

⁴² Lo que realizó entonces el Tribunal fue dividir el valor de las mercaderías exportadas por 1.85 que representaba el 85% gravado a los cigarros por el IEPS. Dicho resultado, que comprende el valor de los cigarros, se restó del precio facturado y así se llegó al valor del impuesto que se debió haber devuelto. *Ibid.*

⁴³ Para llegar a este resultado, el Tribunal restó las exportaciones realizadas a Honduras que es un paraíso fiscal y, consecuentemente, está exento de la devolución del IEPS por Ley. *Ibid.* § 203.

⁴⁴ Consúltese, por ejemplo J.E. Alvarez, *The NAFTA's Investment Chapter and Mexico*, p. 268; A.F. Rodríguez, *A quince años del Capítulo XI*, p. 30–31; S. Puig y M. Kinnear, *NAFTA Chapter Eleven at Fifteen*.

⁴⁵ TLCAN, art. 1135(1); *Cargill v. México* § 544.

⁴⁶ *McCullough & CO v. Ministry of Post, Tel. & Tel. Iran–United States Claims Tribunal* (1986); G. Hackworth, 5 *Digest of International Law* 735 (1943).

sición que hubiera gozado el demandante si el acto en cuestión no hubiera ocurrido, objetivo principal de la reparación en derecho internacional⁴⁷.

Según el Profesor Borzu Sabahi, tres cuestiones son esenciales al adjudicar intereses⁴⁸. Primero, el momento desde el cual se dictarán los mismos: la obligación de pagar intereses comprende el periodo entre el momento en que se debe el monto principal, hasta el momento en que éste se paga⁴⁹. En dicho periodo, se pueden dar intereses pre-laudo (*pre-award interests*) y post-laudo (*post-award interests*)⁵⁰. Mientras los primeros son una parte integral de la cantidad de compensación o daños, los segundos sirven como una forma de asegurar que se va a cumplir pronto con el laudo de daños dictado por el Tribunal, y evitan consecuentemente un enriquecimiento ilícito del Estado⁵¹. La adjudicación de intereses pre-laudo sólo se da si la fecha de valuación de la propiedad perdida no se fija el mismo día que se dicta el laudo, mientras que la adjudicación de intereses post-laudo se dictan constantemente en arbitraje internacional⁵².

⁴⁷ J. Keir y R. Keir, "Opportunity Cost: A Measure of Prejudgment Interest", *Bus. Law*, 39, 1983, p. 129. Así, el Tribunal del caso *Vivendi v. Argentina* determinó que "[e]l objeto de la adjudicación de intereses es indemnizar por los daños y perjuicios resultantes del hecho de que, durante el período de falta de pago por el deudor, el acreedor se ve privado del uso y disposición de esa suma que se suponía podría recibir" *Compañía de Aguas del Aconquijas, SA, Vivendi Universal, SA v. Argentine Republic* (Award) (20 August 2007) [*Vivendi v. Argentina*] § 9.2.3. En este mismo sentido, J.Y. Gotanda argumenta que los intereses tienen también el propósito de evitar el enriquecimiento ilícito del Estado, y promover la eficiencia en el arbitraje internacional evitando dar incentivos a los Estados para litigar por demasiado tiempo y dilatar el pago de su deuda. J.Y. Gotanda, "The Unpredictability Paradox: Punitive Damages and Interest in International Arbitration", *JWI&T*, 10, 2009, pp. 553 ss [en adelante: J.Y. Gotanda, *The Unpredictability Paradox: Punitive Damages and Interest in International Arbitration*] p. 560.

⁴⁸ B. Sabahi, *Compensation and Restitution in Investor-State Arbitration: Principles and Practice* (OUP, 2011) [en adelante: B Sabahi, *Compensation and Restitution in Investor-State Arbitration: Principles and Practice*] p. 149.

⁴⁹ *Responsabilidad de los Estados por Hechos Internacionalmente Ilícitos* (AGONU Res 56/83) (28 enero 2002) [En adelante: ARI], art. 38.

⁵⁰ I. Marboe, *Calculation of Compensation and Damages in International Investment Law* §§ 6.41, 6.243. Es importante remarcar que no todas las Cortes y Tribunales internacionales dictan los dos tipos de intereses. De hecho, en el caso *Wimbledon*, la Corte Permanente de Justicia Internacional negó dictar intereses post-laudo porque consideró que no podía ni debía contemplar la posibilidad del Estado de no cumplir con la decisión de la Corte en el debido tiempo. *Case of the SS Wimbledon* [1923] PCI Series A No. 1, p. 32. Un razonamiento similar realizó la Corte Europea de Derechos Humanos en el caso de *Pine Valley v. Ireland* en el cual negó dictar intereses post-laudo. *Pine Valley Developments Ltd and Others v. Ireland* (just satisfaction) ECHR Ser A, No 246-B (9 February 1993) §§ 21-22.

⁵¹ I. Marboe, *Calculation of Compensation and Damages in International Investment Law* § 6.297: "While the latter is an integral part of the amount of compensation or damages, the former serves also as a means to ensure that the award of the Tribunal will be promptly comply with" (Traducción propia).

⁵² *ADC Affiliate Limited and ADC & ADMC Management Limited v Republic of Hungary* (Final Award on Jurisdiction, Merits and Damages) (ICSID Case No. ARB/03/16) (2006) § 522; B. Sabahi, *Compensation and Restitution in Investor-State Arbitration: Principles and Practice*, p. 149.

En el caso *Metalclad*, el Tribunal determinó que México debía pagar un interés pre-laudo desde el momento en que el municipio de Guadalcázar le negó ilegalmente el permiso de construcción de la planta de desechos de residuos peligrosos al inversionista⁵³. En la resolución de los procedimientos de anulación del laudo arbitral, invocados por México ante la Corte Suprema de Columbia Británica, dicha fecha fue cambiada al momento en que fue publicado el decreto ecológico expedido por el gobierno de San Luis Potosí, por medio del cual se expropiaba el territorio donde la empresa Metalclad había realizado su inversión⁵⁴. En el caso *Feldman*, también se ordenó el pago de intereses pre-laudo, los cuales se generarían a partir del día 51 posterior al momento en que se realizó la solicitud de devolución de los impuestos correspondientes a las exportaciones de tabaco realizadas en 1997, y a partir del día 41 posterior a la solicitud de los mismos impuestos en 1998⁵⁵. En los casos de *Cargill*⁵⁶ y *Archer Daniels*⁵⁷ también se ordenó el pago de intereses pre y post-laudo.

La segunda cuestión esencial para el Profesor Sabahi al momento de adjudicar el pago de intereses sobre el monto de compensación, es la tasa de interés aplicable. Ésta debe procurar ser la misma que la parte dañada pudo haber obtenido según las circunstancias del caso y, así, reflejar el costo de capital del inversionista. En los casos de arbitraje inversionista-Estado, las tasas de interés se basan normalmente en tasas flotantes como la de los bonos de Estados Unidos (*US T-Bill*)⁵⁸, la LIBOR (*London Interbank Offered Rate*),⁵⁹ algunos puntos por encima del LIBOR⁶⁰, la tasa de los bonos de algún gobierno involucrado en la controversia, entre otros⁶¹. Sin embargo, la decisión sobre la tasa queda al arbitrio del Tribunal⁶², y no existen reglas precisas de Derecho internacional para determinarla⁶³.

⁵³ *Metalclad v. México* § 128.

⁵⁴ *Ibid.* §§ 135–136.

⁵⁵ *Marvin Roy Feldman v. México* § 205.

⁵⁶ *Cargill v. México* § 544.

⁵⁷ *Archer Daniels v. México* §§ 299–300.

⁵⁸ *LG&E v. Argentina*.

⁵⁹ *Emilio Agustín Maffezini v. The Kingdom of Spain* (Award) (ICSID Case No. ARB/97/7) (13 November 2000) § 96.

⁶⁰ *Rumeli Telekom A.S. and Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.S. v. Republic of Kazakhstan* (Award) (ICSID Case No. ARB/05/16) (19 July 2008); *PSEG Global, Inc., The North American Coal Corporation, and Konya Ingin Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Şirketi v. Republic of Turkey* (Award) (ICSID Case No. ARB/02/5) (17 January 2007); *Enron v. Argentina*.

⁶¹ Para una explicación exhaustiva sobre el tipo de tasas que podrían posiblemente aplicar, *vid.* I. Marboe, *Calculation of Compensation and Damages in International Investment Law* §§ 6.44–6.125.

⁶² *Ibid.* § 6.44.

⁶³ *Vid.* J.Y. Gotanda, *The Unpredictability Paradox: Punitive Damages and Interest in International Arbitration*. El autor presenta una crítica frontal a la incertidumbre que representa este hecho en la práctica arbitral internacional.

Por ejemplo, en el caso de *Metalclad* el Tribunal determinó que México debía pagar un interés pre-laudo del 6%⁶⁴, tasa que fue sostenida por la Corte Suprema de Columbia Británica en el procedimiento de anulación del laudo, promovido por México.⁶⁵ Desafortunadamente, la determinación de la tasa de interés se realizó sin ningún análisis particular⁶⁶. En el caso *Feldman*, la tasa de interés se determinó con base en la tasa mensual de rendimiento de los Certificados de la Tesorería de la Federación de México⁶⁷. Los intereses post-laudo se calcularían también con base en los rendimientos de los mismos Certificados,⁶⁸ lo cual representa una solución correcta puesto que evita el enriquecimiento ilícito del Estado y le da mayores incentivos para pagar al convertir virtualmente la deuda del laudo en cualquier deuda pública que posee en virtud de sus bonos de Gobierno⁶⁹. Al contrario, el Tribunal del caso *Archer Daniels* ordenó que la tasa de interés pre-laudo y post-laudo debería ser aquella de los bonos del Tesoro de los Estados Unidos Mexicanos, dado que el laudo había sido dictado en dólares estadounidenses⁷⁰. En *Cargill*, los intereses se fijaron “basados en el tipo preferencial activo mensual aplicado por los bancos en Estados Unidos”⁷¹, ya que esta había sido la tasa prestada por Cargill a México durante la duración del arbitraje⁷².

Finalmente, la tercera cuestión fundamental según Sabahi es si los intereses deben ser simples o compuestos⁷³. Los últimos consisten en adjudicar intereses sobre los intereses y son viables en el derecho de inversión extranjera siempre y cuando la parte agraviada demuestra que pudo recibir intereses compuestos al depositar su dinero en un vehículo de inversión disponible

⁶⁴ *Metalclad v. México* § 128.

⁶⁵ *México v. Metalclad* §§ 135–136.

⁶⁶ *Ibid.* § 6.275; *Metalclad v. México* § 128. La ausencia de explicación en el cálculo del porcentaje de interés se presenta también en *Middle East Cement Shipping and Handling Co SA v. Egypt (Award)* (18 ICSID Rev.–FILJ) (12 April 2002), p. 602; *ibid.* § 175. Esta es una práctica lamentable, ya que en beneficio de la transparencia, es necesario explicar de forma clara y precisa el criterio para el cálculo de intereses, la tasa de interés aplicable y el periodo que cubrirá dicho interés. *Ibid.* § 6.43.

⁶⁷ *Ibid.* § 205, 211.

⁶⁸ *Ibid.*

⁶⁹ Marboe argumenta que una solución ideal sería, en realidad, determinar una tasa más elevada que aquella que paga el Estado a sus acreedores. I. Marboe, *Calculation of Compensation and Damages in International Investment Law* §§ 6.127, 6.270–6.272. La referencia a los bonos gubernamentales fue ampliamente discutida en *Ceskolovenska Obhodni Banka, a s (CSOB) v. Slovak Republic (Award)* (ICSID Case No. ARB/97/4) (29 December 2004) § 314.

⁷⁰ *Archer Daniels v. México* §§ 299–300. Según el Profesor Irmgard Marboe, esta solución puede llegar a ser incorrecta: la tasa de las letras de los bonos de Estados Unidos puede ser menor a la de los bonos de México ya que la primera economía es más estable y con menor inflación, lo cual da incentivos a México a dilatar el pago. I. Marboe, *Calculation of Compensation and Damages in International Investment Law* § 6.128. El mismo “error” fue cometido en el caso *CMS v. Argentina* § 471.

⁷¹ *Cargill v. México* § 544.

⁷² *Ibid.*

⁷³ B. Sabahi, *Compensation and Restitution in Investor–State Arbitration: Principles and Practice*, p. 152.

y común⁷⁴. Últimamente han surgido más casos donde se han dictado intereses compuestos sobre el monto de compensación establecido⁷⁵, especialmente en los casos derivados del Capítulo XI del TLCAN⁷⁶, aunque México sólo ha sido condenado al pago de estos intereses en los casos de *Metalclad*⁷⁷ y *Cargill*⁷⁸, contrario a lo que sucedió en *Archer Daniels*⁷⁹ y *Feldman*⁸⁰.

III. Distribución de costas

Las costas de un arbitraje internacional pueden dividirse en los costos del procedimiento y los gastos de la parte⁸¹. Estos dos rubros incluyen los gastos y honorarios de los árbitros; los gastos asociados con la administración del arbitraje; honorarios de autoridades que nombraron árbitros; los costos de los expertos y otros asistentes del Tribunal; viáticos y gastos de viaje, gastos de testigos, y los gastos de representación legal de ambas partes⁸². Las costas en un arbitraje internacional pueden ser bastante cuantiosas⁸³. De hecho, según un estudio reciente, los costos del Demandante en un arbitraje de inversión son de \$US 4,437,000, aproximadamente, mientras que los del Demandado alcanzan los \$US4,559,000.⁸⁴

⁷⁴ J.Y. Gotanda, "Awarding Interest in International Arbitration", *Am. J. Int'l L.*, 90, 1996, p. 61.

⁷⁵ B. Sabahi, *Compensation and Restitution in Investor-State Arbitration: Principles and Practice*, p. 152.

⁷⁶ M. Kinnear *et al.*, *Investment Disputes under NAFTA: An annotated guide to NAFTA Chapter 11* (Kluwer Law International, 2006) § 1135, p. 40.

⁷⁷ *Metalclad v. México* § 131.

⁷⁸ *Cargill v. México* § 544.

⁷⁹ *Archer Daniels v. México* § 296.

⁸⁰ *Marvin Roy Feldman v. México* § 211.

⁸¹ L. Reed, "Allocation of Costs in International Arbitration", *ICSID Review*, 26, 2011, pp. 76 ss [L. Reed, *Allocation of Costs in International Arbitration*] p. 76.

⁸² B. Sabahi, *Compensation and Restitution in Investor-State Arbitration: Principles and Practice*, p. 156; C. Schreuer, L. Malintoppi, A. Reinisch, A. Sinclair (eds.), *The ICSID Convention: A Commentary* (CUP, 2009) [en adelante: C. Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary*], p. 1227.

⁸³ Por ejemplo, en el caso *Hulley Enterprises Limited (Cyprus) v. The Russian Federation* (Final Award) (UNCITRAL PCA Case No. AA 226) solamente las costas del Demandante alcanzaron los US 79,628,055.56 más GBP 1,066,462.10. Para otros ejemplos donde las costas totales del arbitraje de inversión han resultado ser millonarias, *vid. Chekoslovenska Obchodni Bnaka, a.s. v. The Slovak Republic* (Award) (ICSID Case No. ARB/97/4) (29 December 2004) § 374; *Deutsche Bank AG v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka* (Award) (ICSID Case No ARB/09/02) (31 October 2012); *Plama Consortium Consortium Limited v. Republic of Bulgaria* (Award) (ICSID Case No ARB/03/94) (27 August 2008). Asimismo, para consultar una tabla comparativa con las costas promedio de distintas instituciones de arbitraje, *vid.* International Institute for Sustainable Development, *5.0 Arbitration Costs* (Disponible en <http://www.iisd.org/sites/default/files/publications/stakes-are-high-review-financial-costs-investment-treaty-arbitration.pdf>. Consultado el 19 de marzo 2015), p. 12.

⁸⁴ M. Hodgson, *Investment Treaty Arbitration: How much does it cost? How long does it take?* (Disponible en <http://www.allenvery.com/publications/en-gb/Pages/Investment-Treaty-Arbitration-How-much-does-it-cost-How-long-does-it-take-.aspx>. Consultado el 22 abril 2015). *Vid.* también I. Mitrev Penusliski, "A Dispute Systems Dising Diagnosis of ICSID", en M. Waibel (ed.),

En Derecho comparado, existen dos sistemas generales de distribución de las costas:⁸⁵ el sistema inglés en el cual la parte perdedora debe pagar los costos de la ganadora y del procedimiento en general (*costs follow the event*)⁸⁶, y el sistema estadounidense en el que cada parte carga con sus propias costas⁸⁷. En principio, la forma de distribuir el pago de las costas del arbitraje está determinada por las reglas de arbitraje aplicables⁸⁸. Bajo el TLCAN, estas reglas son las del UNCITRAL, del Convenio del CIADI o de su Mecanismo Complementario⁸⁹. Sin embargo, mientras que las el Convenio del CIADI y su Mecanismo Complementario otorgan amplia discreción al Tribunal para la distribución de costas y no adopta un sistema particular de adjudicación de costas⁹⁰, las reglas del UNCITRAL, modificadas en 2010, contienen una regla *default* por virtud de la cual se adopta el sistema inglés y

The Backlash against Investment Arbitration (Wolters Kluwer 2010); *National Grid PLC v. Argentine Republic* (Award) (UNCITRAL 1976) (2 November 2008); *PSEG Global, Inc., The North American Coal Corporation, and Konya Ingin Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Sirketi v. Republic of Turkey* (Award) (ICSID Case No. ARB/02/5) (17 January 2007) § 353.

⁸⁵ J.Y. Gotanda, “Consistently Inconsistent: The Need for Predicatability in Awarding Costs and Fees in Investment Treaty Arbitrations”, *ICSID Review*, 28, 2013, p. 2 [J. Gotanda, *Consistently Inconsistent: The Need for Predicatability in Awarding Costs and Fees in Investment Treaty Arbitrations*] p. 423. Existen otros sistemas de distribución de costas. Sin embargo, dado que éstos, al final, se adhieren a uno de los mencionados o, por el contrario, son muy particulares de un sistema legal exclusivo, no vale la pena explicarlos ni mencionarlos. Por ejemplo, en Australia y Canadá, las cortes poseen amplia discreción para la distribución de las costas, pero generalmente se adhieren al sistema inglés. En Suecia, las cortes pueden distribuir costos *pro rata*, pero esta es una regla muy particular de dicho país. Para mayor información sobre el último sistema, *vid.* L. Reed, *Allocation of Costs in International Arbitration*, p. 79.

⁸⁶ J.Y. Gotanda, “Damages in Private International Law”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, 326, 2007, pp. 313 ss. Este mismo sistema lo sigue México, Francia, Brasil, Alemania y Suecia, por ejemplo.

⁸⁷ *Arcambler v. Wiseman* (1796) US Supreme Court 3 US 306; N. Rubins, “The Allocation of Costs and Attorney’s Fees in Investor–State Arbitration”, *ICSID Review*, 18, 2003, pp. 109 ss [N. Rubins, *The Allocation of Costs and Attorney’s Fees in Investor–State Arbitration*], p. 109.

⁸⁸ *Ibid.* p. 157.

⁸⁹ El art. 1120.2º del Tratado determina que las reglas del procedimiento serán aquellas establecidas en el Convenio del CIADI: las Reglas de su Mecanismo Complementario o las Reglas de Arbitraje del UNCITRAL, en todo lo no previsto en el TLCAN. Dado que México no es parte del Convenio del CIADI, las únicas reglas que le podrían aplicar son las del Mecanismo Complementario del CIADI o las Reglas de Arbitraje del UNCITRAL. En este sentido, el art. 40(1) de las reglas del UNCITRAL establece que “[e]l Tribunal arbitral fijará las costas del arbitraje en el laudo final y, si lo considera adecuado, en cualquier otra decisión.” Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (Resolución 31/18 de la Asamblea General de las Naciones Unidas) (15 diciembre 1976). El poder de distribuir costas del arbitraje también se encuentra en el art. 58(1) del Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI.

⁹⁰ CIADI Reglamento del Mecanismo Complementario (CIADI/11) (Publicado en junio de 1979), art. 58.1º: “Salvo acuerdo contrario de las partes, el Tribunal decidirá cómo y a quién corresponde sufragar los honorarios y gastos de los miembros del Tribunal, los gastos y cargos del Secretariado y los gastos hechos por las partes en relación con el procedimiento [...] [Esta decisión] formará parte del laudo”. N. Rubins, *The Allocation of Costs and Attorney’s Fees in Investor–State Arbitration*, pp. 112–113.

la parte perdedora debe pagar los costos del arbitraje y de representación legal⁹¹. Antes, dicha regla de *default* sólo aplicaba para los costos del arbitraje⁹².

En la jurisprudencia general de arbitraje de inversión ha imperado la inconsistencia con respecto a la distribución de costas, aunque existe una tendencia reciente a distribuir las costas del arbitraje a la parte perdedora del mismo, tomando ciertos elementos de cada caso que determinan el porcentaje de las costas que se distribuirá⁹³. Por ejemplo, la proporción en la que una de las partes ganó el caso: generalmente no se exigen costas a dicha parte, si llevó el caso de *bona fide*⁹⁴. También se ha tomado en cuenta la actitud de las partes durante el arbitraje: normalmente no se exigen el pago de las costas a una parte perdedora cuando la ganadora tuvo un comportamiento erróneo en el procedimiento⁹⁵. Finalmente, en algunos casos se ha tomado en cuenta la novedad legal de los argumentos presentados por las partes⁹⁶. A pesar de las diferencias entre las reglas del Mecanismo Complementario y UNCTRAL, los Tribunales que han resuelto las demandas presentadas contra México al amparo del Capítulo XI, han ejercido cierta discrecionalidad y tomado en cuenta los mismos elementos mencionados para la distribución de costas.

⁹¹ J.Y. Gotanda, *Consistently Inconsistent: The Need for Predicability in Awarding Costs and Fees in Investment Treaty Arbitrations*, p. 426. En la última década, bajo las reglas del CIADI, y en general, los Tribunales de inversión extranjera en general han optado por aplicar el sistema inglés de adjudicación de costas. Para una compilación de decisiones en este sentido, consúltese *Costs allocation – Table 1 – Cases in which the Claimant won* (2014) (Disponible en http://works.bepress.com/inna_uchkunova/1. Consultado el 3 diciembre 2014); *Costs allocation – Table 2 – Cases in which the Respondent won* (2014) (Disponible en http://works.bepress.com/inna_uchkunova/2. Consultado el 3 diciembre 2014).

⁹² N. Rubins, *The Allocation of Costs and Attorney's Fees in Investor–State Arbitration*, p. 119.

⁹³ J.P. Hugues Arthur, *Where do we stand? Where should we go? An Assessment of recent costs allocation trends in interantional commercial and investment arbitration* (2015) TDM; *Mr. Hassan Awdi, Enterprise Business Consultants, Inc. and Alfa El Corporation v. Romania* (Award) (ICSID Case No. ARB/10/13) (2 March 2015) § 531; *Tidewater Investment SRL and Tidewater Caribe, C.A. v. Bolivarian Republic of Venezuela* (Award) (ICSID Case No. ARB/10/5) (March 13, 2015) § 215, 216; *HOCHTIEF Aktiengesellschaft v. Argentine Republic* (Decision on Liability) (ICSID Case No. ARB/07/31) (29 December 2014) § 331; *Venezuela Holdings B.V. and others v. Bolivarian Republic of Venezuela* (Award of the Tribunal) (ICSID Case No. ARB/07/27) (9 October 2014) § 403.

⁹⁴ *Tradex Hellas S.A. v. Republic of Albania* (Award) (ICSID Case No. ARB/94/2) (29 April 1999) §§ 206–207; *Waguih Elie George Siag and Clorinda Vecchi v. The Arab Republic of Egypt* (Award) (ICSID Case No. ARB/05/15) (21 June 2009) §§ 621, 622; *Eastern Sugar B.V. (Netherlands) v. The Czech Republic* (Partial Award) (SCC Case No. 088/2004) (12 April 2007) §§ 379, 383; *SEG Global, Inc., The North American Coal Corporation, and Konya Ingin Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Sirketi v. Republic of Turkey* (Award) (ICSID Case No. ARB/02/5) (27 January 2007) §§ 352–254.

⁹⁵ *Eudoro Armando Olguín v. Republic of Paraguay* (Award) (ICSID Case No. ARB/98/5) (26 July 2001) § 85; *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria* (Award) (ICSID Case No. ARB/03/24) (27 August 2008) § 321.

⁹⁶ N. Rubins, *The Allocation of Costs and Attorney's Fees in Investor–State Arbitration*, p. 127.

Por ejemplo, en *Feldman*, al igual que en *Archer Daniels*⁹⁷, casos llevados bajo el Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI, los Tribunales centraron su atención en el hecho que ambas partes habían ganado y perdido parcialmente y que ni la victoria ni la derrota de ninguna de las partes significó un mayor costo en el arbitraje⁹⁸. Entonces, cada parte debería pagar el 50% de los costos de arbitraje, y cada una debería soportar sus propios gastos de representación legal y honorarios⁹⁹. Adicionalmente, en *Bayview Irrigation District, et. al. v. México (Bayview)* como en *Waste Management, Inc (“Number II”) v. México (Waste Management)*¹⁰⁰, seguidos bajo el mismo Reglamento, los Tribunales hicieron la misma distribución. Sin embargo, en virtud de que ambas partes habían llevado el caso de *bona fide*¹⁰¹.

A pesar de los casos anteriores, en *Robert Azinian, Kenneth Davitian, & Ellen Baca v. México (Azinian)*, se creó por primera vez un “criterio” para la distribución de costas sin hacer referencia a ningún reglamento de arbitraje en particular, aun cuando el Reglamento del Mecanismo Complementario era aplicable¹⁰². El Tribunal notó que en “circunstancias ordinarias” el Demandante debía pagar las costas de representación legal del Demandado y las costas procedimentales del arbitraje¹⁰³. No obstante, dado que (i) el arbitraje inversionista-Estado “e[ra] un nuevo medio para la resolución de controversias internacionales de inversión”¹⁰⁴; (ii) se presentó el caso de forma eficiente y profesional; (iii) “en alguna medida el Ayuntamiento de Naucalpan [parte del Demandado] provocó el litigio”¹⁰⁵, y (iv) “las personas más responsables por la conducta ilícita de los Demandantes serían las que con

⁹⁷ *Archer Daniels v. México* §§ 301–303.

⁹⁸ *Marvin Roy Feldman v. México* § 208. Un criterio similar se adoptó en *Gami v. México* en cuanto a que se distribuyeron las costas de forma igual entre las Partes en virtud de que cada una realizó demandas costosas y, por lo tanto, contribuyó de forma equitativa a los gastos del arbitraje. *Gami Investments, Inc. v. The Government of the United Mexican States* (Award) (UNCITRAL) (15 November 2004) [en adelante: *Gami v. México*] § 135.

⁹⁹ *Ibid.*

¹⁰⁰ *Waste Management, Inc. v. United Mexican States (“Number 2”)* (Award) (ICSID Case No. ARB(AF)/00/3) (30 April 2004) [En adelante: *Waste Management v. México*] §§ 183–184.

¹⁰¹ Es importante remarcar que el Tribunal de *Bayview* llegó a esta conclusión al encontrar que dicha forma de distribución de costas era una práctica común en el arbitraje internacional y encontró ninguna razón por la cual desviarse de la referida práctica. En *Waste Management*, por el contrario, se concluyó que no existía ninguna práctica en cuanto a la distribución de las costas, lo cual llama particularmente la atención. A fin de cuentas, ambos resolvieron efectivamente lo mismo. *Ibidem*; *Bayview Irrigation District et al. v. United Mexican States* (Award) (ICSID Case No. ARB(AF)/05/1) (19 January 2007) [en adelante: *Bayview v. México*] § 125.

¹⁰² Para el Profesor Borzu Sabahi, esta decisión llamó la atención por desviarse conscientemente de una práctica arbitral de ordenar el pago de costas del arbitraje al Demandante perdedor, así como ordenarle contribuir con los gastos de representación legal de la contraparte. *Vid.* B. Sabahi, *Compensation and Restitution in Investor–State Arbitration: Principles and Practice*, p. 163.

¹⁰³ *Robert Azinian, Kenneth Davitian, & Ellen Baca v. The United Mexican States* (ICSID Case No. ARB (AF)/97/2 (Award) (1 November 1999) [En adelante: *Azinian v. México*] § 125.

¹⁰⁴ *Ibid.* § 126.

¹⁰⁵ *Ibid.*

menor probabilidad resultarían afectadas por una condena de costas¹⁰⁶, el Tribunal ordenó que cada Parte cargara con las costas totales del arbitraje de forma equivalente¹⁰⁷.

Este criterio fue rechazado en el caso *International Thunderbird Gaming Corporation v. México*, ya que el mismo correspondía a las circunstancias particulares del caso de *Azinian*, más no a una regla general¹⁰⁸. El Tribunal aplicó entonces el art. 40.1º y 2º Regl. Uncitral previas al 2010¹⁰⁹, y, al igual que en *Feldman y Archer Daniels*, el Tribunal se basó en la medida en que las partes habían prevalecido respectivamente en los argumentos y demandas presentadas. Dado que México perdió sólo un cuarto de las demandas (aquellas relativas a la jurisdicción del Tribunal y la admisibilidad de las demandas del Thunderbird), el demandante debía pagar tres cuartos de los costos de representación legal de México (US\$ 1,126,549.38 dólares) y los tres cuartos de los costos de arbitraje (US\$ 26,313.02 dólares)¹¹⁰.

Resulta prudente concluir que el hecho de pagar o no las costas del arbitraje y de representación legal en un caso del Capítulo XI ha respondido más a, por ejemplo, si se llevó de buena fe el litigio o si se ganaron la mayoría de las demandas, que a las reglas de arbitraje con base en las cuales se desahoga el caso. Lo anterior parece correcto ya que incentiva a las partes a llevar a cabo el caso de la forma más eficiente y pacífica posible, siendo conscientes de los costos en los que se incurre en cada procedimiento del mismo.

IV. Conclusiones

A manera de conclusión, resulta relevante señalar los beneficios económicos que ha generado el TLCAN para México. A pesar de que esto es una cuestión de suma complejidad dados los diversos factores exógenos que podrían arrojar una conclusión que no es necesariamente correcta¹¹¹, no puede escapar de este trabajo exponer los aumentos en los flujos de inversión directa de Norteamérica hacia México¹¹². La siguiente información no pretende necesi-

¹⁰⁶ *Ibid.*

¹⁰⁷ El Tribunal de *Vivendi v. Argentina* se basó sustantivamente en *Azinian v. México* para distribuir las costas en el caso. *Vid. Vivendi v. Argentina* § 94. Asimismo, de acuerdo con el Profesor Noah D. Rubins, el análisis realizado y el resultado alcanzado en el caso *Mondev v. United States* fue muy similar al de *Azinian v. México*. *Mondev International Ltd. v. United States of America* (Award) (ICSID Case No. ARB(AF)/99/2) (11 Octubre 2002) §§ 151–156. Para el Profesor Borzu Sabahi, esta decisión llamó la atención por desviarse conscientemente de una práctica arbitral de ordenar el pago de costas del arbitraje al Demandante perdedor, así como ordenarle contribuir con los gastos de representación legal de la contraparte. *Vid. B. Sabahi, Compensation and Restitution in Investor–State Arbitration: Principles and Practice*, p. 163.

¹⁰⁸ *International Thunderbird Gaming Corporation v. The United Mexican States* (Award) (UNCITRAL) (26 January 2006) § 218.

¹⁰⁹ *Ibid.* § 213.

¹¹⁰ *Ibid.* § 221.

¹¹¹ J.E. Alvarez, *The NAFTA's Investment Chapter and Mexico*.

¹¹² “There is no doubt that there has been a substantial increase in trade and investment flows since the NAFTA entered into force”, L. González García, “The Future of NAFTA Chapter 11: The Next

riamente probar una relación causal entre la entrada en vigor del TLCAN y la atracción de inversión extranjera en México o el aumento de comercio entre el país y sus dos vecinos del norte ¹¹³, sino dimensionar la mínima proporción que representan los costos que se han generado por el Capítulo XI para México *vis-à-vis* los flujos económicos que existen entre las Partes del Tratado actualmente, y cómo éstos han evolucionado desde el TLCAN.

En 1993, antes de la firma del TLCAN, la inversión de Estados Unidos de América en México fue de US\$ 3,503.6 millones de dólares¹¹⁴, mientras que en 2015 fue de US\$ 12,464.4 millones de dólares¹¹⁵. De igual forma, la inversión de Canadá en México, que representaba US\$ 74.2 millones de dólares antes de la firma del Tratado¹¹⁶, en 2015 ascendió a US\$ 693.3 millones de dólares¹¹⁷. En los 11 arbitrajes inversionista-Estado concluidos que se han llevado en contra de México bajo los auspicios del Capítulo XI del TLCAN, se ha demandado el pago de US\$1,434 millones de dólares aproximadamente por supuestas violaciones del Capítulo XI¹¹⁸. No obstante, México sólo ha sido condenado a pagar \$US204.9 millones en los laudos¹¹⁹. En otras pala-

Fifteen Years”, en E. Gaillard (ed.), *Fifteen Years of NAFTA Chapter 11 Arbitration* (International Arbitration Institute, 2009) [en adelante: L. González García, *The Future of NAFTA Chapter 11: The Next Fifteen Years*], p. 224.

¹¹³ Existen estudios que afirman la existencia de esta relación causal. Vid. E. Neumayer y L. Spess, “Do bilateral investment treaties increase foreign direct investment to developing countries?”, *World Development*, 33, 2005, p. 10. Sin embargo, también existen estudios que cuestionan esta relación o, al menos, establecen que para que la misma exista, deben de converger circunstancias políticas y macroeconómicas particulares. Vid. J.L. Tobin y S. Rose-Ackerman, “When BITs Have Some Bite: The Political-Economic Environment for Bilateral Investment Treaties”, *RIntlOrg*, 6, 2011, p. 1. Para un análisis sobre los estudios más importantes que se han realizado en la materia y las diferencias que han surgido entre ellos, que de cierta forma justifican los resultados diversos, vid. E. Neumayer, ‘Do Bilateral Investment Treaties Increase Foreign Direct Investment to Developing Countries?’, en K.P. Sauvant y L.E. Sachs, *The Effect of Treaties on Foreign Direct Investment: Bilateral Investment Treaties, Double Taxation Treaties, and Investment Flows* (OUP, 2014). Dada la controversia que ha surgido sobre el tema, particularmente en el caso de México y el TLCAN, para efectos de este trabajo se ha optado por tomar una posición neutra que consiste en la presentación de los datos brutos, dejando al lector la interpretación de los mismos.

¹¹⁴ Estadística oficial de los flujos de IED hacia México, Información histórica: comportamiento de la IED en México de 1980 a 1998.

¹¹⁵ Estadística oficial de los flujos de IED hacia México, Información detallada: comportamiento de la IED en México a partir de 1999, Secretaría de Economía (disponible en <http://www.economia.gob.mx/comunidad-negocios/competitividad-normatividad/inversion-extranjera-directa/estadistica-oficial-de-ied-en-mexico>). Visitado el 21 abril 2014).

¹¹⁶ Estadística oficial de los flujos de IED hacia México, Información histórica: comportamiento de la IED en México de 1980 a 1998 (disponible en <http://www.economia.gob.mx/comunidad-negocios/competitividad-normatividad/inversion-extranjera-directa/estadistica-oficial-de-ied-en-mexico>). Visitado el 21 abril 2014).

¹¹⁷ Estadística oficial de los flujos de IED hacia México, Información detallada: comportamiento de la IED en México a partir de 1999, Secretaría de Economía.

¹¹⁸ Vid. Anexo.

¹¹⁹ *Ibid.* México ha impugnado ciertos laudos con el objetivo de disminuir la cantidad condenada, o anularla. Realizar un análisis profundo sobre dichas impugnaciones rebaza el alcance de este trabajo. Sin embargo, cabe mencionar que México solicitó la anulación de los laudos de *Metalclad v. México*,

bras, de cada dólar que demanda un inversionista norteamericano, ha sido condenado a pagar 14 centavos. Más importante, dichos \$US204.9 millones sólo representan un 0.04% de los US\$500,000 millones, aproximadamente, que se comercian entre México y Estados Unidos anualmente.

En otro orden de ideas, es esencial remarcar que los razonamientos que han llevado a cabo los Tribunales del TLCAN sobre compensación de daños, pago de intereses y distribución de costas, analizados anteriormente, han desarrollado el contenido jurídico particular de los artículos pertinentes del TLCAN, y han establecido de cierta manera la forma en la que estos enunciados normativos cobran sentido práctico en las vastas y sumamente complejas relaciones económicas entre los tres países de América del Norte¹²⁰. Aunado a esto, y sin embargo al hecho que en arbitraje de inversión no existe *stare decisis*, éstas decisiones han sido tomadas en cuenta por árbitros de inversión extranjera en general y han tenido una gran influencia en este sistema jurídico de protección de inversionistas e inversiones¹²¹.

Bibliografía

- ALTSCHULER, I.P. y PASCHE, C.G.: “The North American Free Trade Agreement: The Ongoing Liberalization of Trade With Mexico”, (1993) 28 *WFLR* 7.
- ALVAREZ, J.E.: “Critical Theory and the North American Free Trade Agreement’s Chapter Eleven”, (1997) 28 *UMIALR* 303.
- ARIAS BARRERA, L.G.: “Lack of Definition of Compensation in International Investment Disputes for Non- Expropriation Claims: Is There an Appropriate Mechanism to Determine it?”, (2011) 10 *Revista E-Mercatoria* 75.
- COFFEY, P. Colin Dodds, J. *et al.*: *NAFTA – Past, Present and Future* (International Handbooks on Economic Integration, 2001).
- DAWSON, L. (ed.): *Whose Rights? The NAFTA Chapter II Debate* (Centre for Trade Policy & Law, 2002).
- GAILLARD, E. (ed.), *Fifteen Years of NAFTA Chapter 11 Arbitration* (International Arbitration Institute, 2009).
- GOTANDA, J.Y.: “Awarding Interest in International Arbitration”, (1996) 90 *Am. J. Int’l L.*, 40, p. 61.

Cargill v. México y *Marvin Roy Feldman v. México*, por supuestos excesos de jurisdicción de los Tribunales en cada caso. México fue exitoso parcialmente en la anulación del laudo de *Metalclad*, exclusivamente.

¹²⁰ No obstante, existen ciertas disposiciones que jamás han sido alegadas contra México ni ningún otro Estado parte del TLCAN, por lo que su contenido jurídico no ha sido esclarecido en la práctica por los Tribunales. Este es el caso por ejemplo del art. 1109 sobre transferencia de fondos y del 1107 sobre especificaciones técnicas.

¹²¹ M. Kinnear y R. Hansen, *The Influence of NAFTA Chapter XI in the BIT Landscape*. Por ejemplo, a partir de los precedentes del TLCAN, Canadá y Estados Unidos crearon nuevos modelos de APPRI’s. Estos modelos finalmente fueron adoptados como Tratados Bilaterales con otros Estados. Por ejemplo, el APPRI entre Uruguay y Estados Unidos.

- : “Consistently Inconsistent: The Need for Predicability in Awarding Costs and Fees in Investment Treaty Arbitrations”, (2013) 28 *ICSID Review* 2.
- : “Damages in Private International Law”, (2007) 326 *Recueil des Cours de l’Académie de Droit Interfnational*, 313.
- : “The Unpredictability Paradox: Punitive Damages and Interest in International Arbitration”, (2009) 10 *JWI&T* 553.
- HACKWORTH, G.: 5 *Digest of International Law* 5, 1943, p. 735.
- HODGSON, H.: *Investment Treaty Arbitration: How much does it cost? How long does it take?* (Disponible en <http://www.allenvery.com/publications/en-gb/Pages/Investment-Treaty-Arbitration-How-much-does-it-cost-How-long-does-it-take.aspx>. Consultado el 22 abril 2015).
- HUFBAUDER, G.C. y SCHOTT, J.J.: *NAFTA Revisted: Achievements and Challenges* (Institute for International Economics, Washington DC, 2005).
- HUGUES ARTHUR, J.-P.: *Where do we stand? Where should we go? An Assesment of recent costs allocation trends in interantional commercial and investment arbitration* (2015, forthcoming) TDM.
- INTERNATIONAL INSTITUTE FOR SUSTAINABLE DEVELOPMENT: *5.0 Arbitration Costs* (Disponible en <http://www.iisd.org/sites/default/files/publications/stakes-are-high-review-financial-costs-investment-treaty-arbitration.pdf>. Consultado el 19 de marzo 2015), p. 12.
- KEIR, J. y KEIR, R.: “Opportunity Cost: A Measure of Prejudgment Interes”, *Bus. Law*, 30, 1083, pp. 129 ss.
- KINNEAR, M. *et al.*: *Investment Disputes under NAFTA: An anoted guide to NAFTA Chapter 11* (Kluwer Law International, 2006) § 1135, p. 40.
- MARBOE, I.: *Calculation of Compensation and Damages in International Investment Law* (OUP, 2003).
- NEUMAYER, E. y SPESS, L.: “Do bilateral investment treaties increase foreign direct investment to developing countries?”, (2005) 33 *World Development* 10.
- PUIG, S. y KINNEAR, M.: “NAFTA Chapter Eleven at Fifteen: Contributions to a Systemic Approach in Investment Arbitration”, (2010) 25 *ICSID Review* 2.
- PUIG, S.: “NAFTA, Authority and Political Behavior: The Case of Mexico”, (2007) 5 *SCJIL* 363.
- REED, L.: “Allocation of Costs in International Arbitration”, (2011) 26 *ICSID Review* 76
- RODRÍGUEZ, A.F.: *A quince años del Capítulo XI del TLCAN: Un análisis económico y jurídico* (Disponible en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/39/pr/pr2.pdf>. Consultado el 10 abril 2014).
- SABAHI, B.: *Compensation and Restitution in Investor-State Arbitration: Principles and Practice* (OUP, 2011).
- SAUVANT, K.P. y SACHS, L.E.: *The Effect of Treaties on Foreign Direct Investment: Bilateral Investment Treaties, Double Taxation Treaties, and Investment Flows* (OUP, 2014).
- SCHREUER, C., MALINTOPPI, L., REINISCH, A. y SINCLAIR, A. (eds.): *The ICSID Convention: A Commentary* (CUP, 2009).
- SERRA PUCHE, J.: “Lineamientos para una estrategia comercial”, *Comercio Exterior*, 40. 1990, pp. 526 ss.
- TOBIN, J.L. y ROSE-ACKERMAN, S.: “When BITs Have Some Bite: The Political-Economic Environment for Bilateral Investment Treaties”, (2011) 6 *RIntlOrg* 1.

TSCHANZAND, P.Y. y VIÑUALES, J.E.: “Compensation for non-expropriation breaches of international investment law”, *J. Int'l Arb.*, 26, 2009, pp. 6ss .

WAIBEL (ed.), M.: *The Backlash against Investment Arbitration*, Wolters Kluwer, 2010.

WITKER, J. (coord.): *El Tratado de Libre Comercio de América del Norte. Evaluación jurídica: Diez años después*, México, IIJ-UNAM, 2005.