



GLOBAL

Apuntes Jurídicos

Revista Anual
de Coladic



Consejo Latinoamericano de Estudios
de Derecho Internacional y Comparado

Año 5 N°4

**MÉXICO ANTE EL CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS
RELATIVAS A INVERSIONES. UN COMENTARIO.**

Por Francisco González de Cossío*

Sumario: I- Introducción. II- El CIADI. A. Antecedentes. B. Naturaleza jurídica. 1. Arbitraje público. 2. Arbitraje privado. C. Requisitos de jurisdicción. 1. Consentimiento. 2. Requisito ratióne personae. 3. Requisito ratióne materiae. D. Derecho aplicable al procedimiento. E. Derecho aplicable al fondo. F. Recursos. 1. Interpretación. 2. Revisión. 3. Nulidad. III- El mecanismo complementario. 1. Supliendo la deficiencia del requisito ratióne personae. 2. Supliendo la deficiencia del requisito ratióne materiae. 3. Determinación de hechos. IV- Casos en los que México ha sido parte. 1. Robert Azinian y otros v. Estados Unidos Mexicanos. 2. Metalclad Corporation v. United Mexican States. 3. Waste Management, Inc. v. United Mexican States. V- La ausencia de México como estado contratante del Convenio CIADI. 1. La experiencia de México en el arbitraje internacional. 2. El deseo de no ventilar casos que involucren a México en foros internacionales. 3. El artículo 42 del Convenio CIADI. VI- Una nueva lege ferenda. VII- Comentario final

I. Introducción.

Este comentario tiene por objeto transmitir una opinión acerca de la falta de México de figurar como uno de los Estados Contratantes de la Convención que crea el Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias de Inversión (el "Convenio CIADI"). Para ello se hará una explicación general acerca del esquema CIADI y se tratarán, en forma sucinta, los casos en los cuales México ha figurado como demandado y se han ventilado ante el Mecanismo Complementario del CIADI.

* Asociado, Barrera, Siqueiros y Torres Landa, S.C. Es el deseo del autor el expresar su agradecimiento a los comentarios y sugerencias brindados por el Dr. José Luis Siqueiros P. al primer proyecto de este estudio que tanto contribuyeron para enriquecer y mejorarlo. Sobra decir que cualquier deficiencia o error es atribuible únicamente al autor.

II. El CIADI.

A. Antecedentes²⁸⁸

Con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial se creó el Banco Mundial²⁸⁹ con la finalidad de fomentar y financiar proyectos, especialmente en países en vías de desarrollo.

En forma casi inmediata los padres de dicho órgano se percataron que los recursos con los que contaría el Banco Mundial serían insuficientes para alcanzar las ambiciosas metas de financiar proyectos de infraestructura y fomento en países en vías de desarrollo. Ante esto, la importancia que los recursos privados revestirían en la consecución de los objetivos señalados se tornó evidente. Las inversiones extranjeras se convirtieron en un tema de gran importancia en la asociación que se daría entre países ricos y países pobres con la finalidad de lograr el desarrollo a nivel mundial supliendo las deficiencias financieras con las que necesariamente se encontraría el Banco Mundial.

En este contexto de fomento de las inversiones internacionales se percibió que uno de los obstáculos que presentaría el hecho consistente en que gran parte de los países que más necesitaban de los recursos aludidos a efecto de financiar programas de desarrollo presentaban un clima de inversión poco favorable en la medida en que el "riesgo político"²⁹⁰ existente en los mismos constituía un obstáculo

²⁸⁸ En la elaboración de este estudio diversas fuentes han sido de utilidad, dentro de las cuales destacan diversos artículos de Aron Broches (Ver, en general, Aron Broches, *SELECTED ESSAYS, WORLD BANK, ICSD, AND OTHER SUBJECTS OF PUBLIC AND PRIVATE INTERNATIONAL LAW*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 1995) a su vez, la discusión encontrada en *INVESTISSEMENTS ET RANGERS, ET ARBITRAGE ENTRE ETATS ET PERSONNES PHYSIQUES*. La Convention B.I.R.D. du 18 Mars 1965, Centre de Recherche sur le Droit des Marchés et des Investissements Internationaux de la Faculté de Droit et des Sciences Économiques de Dijon, Ed. Pedone, Paris, 1969.

²⁸⁹ El Banco Internacional para la Reconstrucción y Fomento (el "Banco Mundial") no es simplemente un banco que únicamente facilita fondos sino una institución que se ocupa del objetivo más trascendental del proceso de desarrollo económico.

²⁹⁰ Para efectos financieros, este término (también conocido como "Country-Risk Analysis") implica mucho más que el sistema político de un país. Abarca toda aquella circunstancia que influya sobre el "clima" político y el mercado de un país que pueda ser relevante para efectos de una inversión e incluye, pero no está limitado a, lo siguiente: el marco jurídico, el acatamiento de las leyes, aspectos sociales y económicos, las existencias de diferencias de idioma, étnicas y religiosas que puedan restarle estabilidad a un país, movimientos nacionalistas extremos, movimientos xenófobos que puedan dar pie a preferencias en el trato de extranjeros frente a nacionales, condiciones sociales desfavorables (incluyendo polarización social), conflictos sociales como lo pueden ser manifestaciones

casi insuperable para convencer a inversionistas privados a invertir en los mismos, máxime el costo de oportunidad y oportunidades de inversión que otras jurisdicciones/mercados ofrecían. Después de todo, ¿cómo puede justificar un inversionista ante sus accionistas una inversión realizada en un mercado que ofrecía un alto riesgo cuando existían otras posibilidades de inversión que brindaban una renta a la inversión similar - o mejor - ante un menor riesgo? La respuesta era obvia.

Ante la anterior circunstancia, los padres del sistema financiero internacional idearon lo siguiente. Se estimó que si de alguna manera se lograba garantizar a inversionistas en países con un alto riesgo político un foro imparcial en donde se les asegurara un recurso para ventilar cualquier controversia que pudiere surgir en relación con su inversión, dicha circunstancia reduciría, en términos financieros, el riesgo político de invertir en el país en cuestión y ello justificaría el que las inversiones necesarias para el desarrollo se dieran.

Como resultado se creó el CIADI ("Centro para el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados") a través del Convenio CIADI mismo que entró en vigor el 14 de octubre de 1966 y tiene sus instalaciones en el Banco Mundial en Washington, D.C.

El objetivo del CIADI es el de facilitar la sumisión de las diferencias relativas a inversiones entre Estados Contratantes del Convenio CIADI y nacionales de otros Estados Contratantes del Convenio CIADI a un procedimiento que coadyuve a ventilar y resolver dicho género de controversias mediante alguno de los dos procedimientos que dicha institución ofrece: conciliación²⁹¹ o arbitraje.²⁹²

B. Naturaleza Jurídica

El arbitraje que contempla el CIADI es de un género muy especial. Dentro del marco de la teoría general del arbitraje existen tres tipos de arbitrajes:

frecuentes, violencia, la existencia de guerrillas, la fuerza y organización de grupos radicales, la existencia de deuda extranjera, las reservas internacionales, crecimiento económico, exportaciones, etc. (ver Steven Husted y Michael Melvin, *INTERNATIONAL ECONOMICS*, Ed. Addison-Wesley, U.S.A. Fourth Ed., 1996, pgs. 527-531.)

²⁹¹ El procedimiento de Conciliación está regido por los artículos 28 a 35 del Convenio así como por las Reglas de Conciliación.

²⁹² Ver artículo 1(2) del Convenio CIADI. El procedimiento arbitral está regido por los artículos 36 a 55 del Convenio CIADI así como las Reglas de Arbitraje.

1. Arbitraje Público: Un arbitraje será considerado público cuando las partes del mismo sean entes Soberanos. Por ejemplo, El arbitraje de la Isla de la Pasión o Clipperton entre México y Francia, en 1909.²⁹³
2. Arbitraje Privado: Un arbitraje será considerado privado cuando las partes del mismo sean particulares. A manera de ejemplo, piénsese en un arbitraje entre dos sociedades mercantiles seguido de conformidad con las Reglas de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara Comercio Internacional.
3. Arbitraje Mixto: El arbitraje es mixto cuando se presenta entre Estados Soberanos, por un lado, y entes privados/particulares, por el otro. Es aquí donde se ubica el arbitraje CIADI.

C. Requisitos de Jurisdicción

El CIADI es una institución *sui generis* que tiene un ámbito restringido de "jurisdicción", es decir, aunque las partes del mismo así lo pacten, no cualquier tipo de arbitraje podrá ser seguido de conformidad con las reglas del mismo. Existen tres requisitos a satisfacer para que exista "jurisdicción"²⁹⁴ CIADI:

1. Consentimiento
 2. Requisito *ratione personae*
 3. Requisito *ratione materiae*
- A continuación explicaré cada uno.
1. Consentimiento

Ambas partes deben haber consentido a la jurisdicción del CIADI. La adhesión por parte de un Estado al Convenio CIADI no

²⁹³ Dicho arbitraje se acordó como resultado del Tratado entre México y Francia para Someter a Arbitraje la Propiedad de la Isla de la Pasión del 2 de Marzo de 1909. Otros ejemplos lo constituyen el arbitraje del Fondo Pladoso de las Californias, el Chamizal, y diversas Comisiones Mixtas de Reclamaciones tanto contra Estados Unidos como países europeos.

²⁹⁴ Hablamos de "jurisdicción" puesto que es el término que, por conveniencia, se la ha dado en el Convenio CIADI a los requisitos de procedibilidad para que el Secretario General del mismo considere admisible un caso. Sin embargo, en estricto sentido, en virtud de que no es el CIADI el que resuelve las controversias que se someten a su supervisión sino los árbitros que para dicho propósito se designan, en estricto sentido no puede hablarse de jurisdicción ya que dicho término alude a la facultad de resolver controversias aplicando leyes generales a un caso particular controvertido.

satisface el requisito de consentimiento, sino que el mismo debe darse para la controversia específica. A su vez, la adhesión al Convenio CIADI no impone obligación alguna de someter al arbitraje alguna controversia en particular. Pero, una vez otorgado el consentimiento, no puede ser retirado unilateralmente. De ello se asegura el Convenio CIADI.

En este contexto vale la pena hacer alusión a una excepción, o, más bien, redefinición de éste concepto. Tradicionalmente ha prevalecido el paradigma consistente en que el fundamento y condición *sine que non* para que se de un procedimiento arbitral es la existencia de un acuerdo arbitral válido en el cual las partes en cuestión hayan consentido a someter cualquier controversia que pudieren tener al arbitraje. Lo anterior presuponia la existencia de una relación contractual, ya sea que se manifestara mediante una cláusula arbitral o un compromiso arbitral independiente.

En fechas recientes este paradigma se ha venido relajando. Como resultado de la forma en la cual se han redactado ciertos cuerpos normativos con miras a atraer inversión extranjera, ha surgido lo que algún autor²⁹⁵ ha bautizado como "Arbitraje en Ausencia de Relación Contractual" ("*Arbitration Without Privity*"). Este tipo de arbitraje ha surgido con fundamento en una promesa por parte de un Estado Huesped de la Inversión para con los inversionistas extranjeros de ventilar cualquier controversia que pudiere surgir como resultado de su inversión mediante el arbitraje. Dicha promesa se ha presentado en dos tipos de cuerpos normativos:

- a). Leyes en Materia de Inversión Extranjera: Como ejemplo en este contexto puede mencionarse el Caso *SPP v. Egipto*²⁹⁶ en el cual se encontró jurisdicción con base en la Ley de Inversiones Extranjeras Egipticia de 1974.
- b). Tratados en Materia de Inversión: Como ejemplo puede citarse el caso *AAPL v. Sri Lanka*²⁹⁷ en el cual demandante (una compañía de Hong Kong) fundó la jurisdicción del CIADI sobre la base del tratado bilateral de inversión entre el Reino Unido y Sri Lanka.

Habiendo mencionado lo referente al consentimiento, es necesario apuntar que el mismo por sí solo no basta puesto que, en

²⁹⁵ Jan Paulsson, *ARBITRATION WITHOUT PRIVACY*, 10 ICSID Review - Foreign Investment Law Journal, 232 (1995). A su vez, véase W. Laurence Craig, William W. Park, y Jan Paulsson, *INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE ARBITRATION*, Third Edition, 2000, Oceana Publications, Inc., pg. 663 a 670.

²⁹⁶ Caso CIADI No. ARB/84/3.

²⁹⁷ Caso CIADI No. ARB/87/3.

riesgos no comerciales no están comprendidas dentro del ámbito de jurisdicción CIADI. A su vez, al hablar de una controversia legal, necesariamente se estima que ello excluye conflictos de intereses.

b). La controversia o diferencia se derive directamente de una "inversión".

En los *travaux préparatoires* uno se topa con que este punto ha sido enfatizado pero nunca se definió dicho concepto. La razón de ello obedece, no a un descuido por parte de los redactores de dicho instrumento, sino que al analizar el punto se encontraron con que la literatura económica variaba en lo que concierne a dicho concepto como también lo hacían las definiciones que acerca de ello brindaban diversas legislaciones en materia de inversión extranjera. Por consiguiente, se estimó más conveniente el dejar el término sin definir a efecto de que así lo analizaran los árbitros teniendo todas las circunstancias del caso a su disposición. A su vez, se consideró que el llegar a una definición aceptable del término "inversión" estaba en un segundo plano frente al requisito esencial de consentimiento de las partes.³⁰⁰

D. Derecho Aplicable al Procedimiento

Mucho se podría decir acerca del procedimiento CIADI, sin embargo, para efectos del presente estudio me limitaré a mencionar dos principios vertebrales del mismo que son con frecuencia pasados por alto por las cortes locales que analizan los laudos CIADI:

a). Exhaustividad: Todo lo relativo al procedimiento arbitral esta regido en forma exhaustiva en el Convenio CIADI.³⁰¹ El Convenio CIADI constituye la *lex arbitri*.³⁰²

b). Hermeticidad: El Convenio CIADI establece un régimen especial aislando al laudo derivado de un procedimiento CIADI de procedimientos locales. Los únicos recursos son aquellos contemplados en el Convenio CIADI.³⁰³

³⁰⁰ En este contexto, y como un comentario al margen, creo conveniente citar el caso *Fedax N.V. v. Republic of Venezuela* (Caso No. ARB/96/3. Laudo de fecha 9 de Marzo de 1998) en el cual se consideró que pagarés que incluso habían circulado debían ser considerados como una "inversión" y, por ende, se satisfacía el requisito correspondiente para jurisdicción CIADI. Si bien el resultado puede considerarse extremo, se invita al lector a estudiar los razonamientos del tribunal arbitral que son, desde un punto de vista legal y económico/financiero, sofisticados e interesantes.

³⁰¹ Artículos 37-40 del Convenio CIADI.

³⁰² Ver Artículo 44 del Convenio CIADI.

³⁰³ Artículos 51-53 del Convenio CIADI.

adición a lo anterior, el CIADI es una institución con jurisdicción limitada por la naturaleza de las partes y la naturaleza del conflicto.

2. Requisito *ratione personae*

El requisito subjetivo o *ratione personae* (como se le conoce en el medio) consiste en que una de las partes en el arbitraje debe ser un Estado Contratante del CIADI²⁹⁸ y la otra un nacional (ente privado) de otro Estado Contratante.

En lo que concierne al requisito de nacionalidad del ente privado/inversionista, ello se traduce en un requisito positivo y uno negativo al mismo tiempo. El requisito positivo es que el inversionista debe contar con la nacionalidad de un Estado que sea parte del Convenio CIADI. El requisito negativo consiste en que el inversionista no puede tener la nacionalidad del Estado con el que tiene una controversia.²⁹⁹

Desde un punto de vista jurídico, en mi opinión, esta es la característica más asombrosa del Convenio CIADI. Me refiero a la capacidad de un ente privado de proceder en forma directa en contra de un Estado en un foro internacional. La parte demandante no necesita la intervención de su gobierno. Es más, el Convenio CIADI establece que cuando un inversionista y un Estado han consentido a someter sus controversias al arbitraje CIADI, el Estado del inversionista no puede otorgar protección diplomática o arrogarse/entablar reclamación internacional alguna con respecto a dicha controversia, a menos que el Estado Huésped incumpla con el laudo.

3. Requisito *ratione materiae*

El requisito *ratione materiae* u objetivo engloba dos requisitos:

a). La controversia o diferencia debe ser de "*naturaleza jurídica*". Durante las labores de redacción del Convenio CIADI se hizo hincapié en el hecho de que el único tipo de controversias que podían ventilarse en el CIADI eran aquellas de tipo jurídicas. Diferencias de carácter político, económico, financiero o comercial quedaban excluidas de la jurisdicción CIADI. Es decir, diferencias relacionadas o que involucren

²⁹⁸ O una parte, sub-division o agencia del mismo actuando con la aprobación del Estado.

²⁹⁹ Existe una excepción. Una persona jurídica que cuente con la nacionalidad del Estado parte de la diferencia puede considerarse como inversionista extranjero cuando las partes así lo hubieren acordado por estar sujeta a control extranjero (Artículo 25(2)(b)).

E. Derecho Aplicable al Fondo

En las Reglas de Arbitraje CIADI, como en todas las reglas arbitrales modernas, rige el principio de autonomía de la voluntad.³⁰⁴ Es decir, el tribunal decidirá la diferencia de acuerdo con las normas de derecho acordadas por las partes.

En ausencia de acuerdo de las partes, el Tribunal Arbitral aplicará la ley del Estado Contratante involucrado en la controversia en cuestión (incluyendo sus normas de derecho internacional privado) y el derecho internacional que resulte aplicable.³⁰⁵

En este orden de ideas resulta conveniente mencionar otro de los aspectos más interesantes y asombrosos (en opinión del autor) del esquema CIADI y lo es que el artículo 42 del Convenio está diseñado de tal manera que en la resolución de la controversia el tribunal arbitral aplicará el derecho sustantivo del país en cuestión cotejándolo con el derecho internacional. Del anterior ejercicio puede suceder que el derecho local no se aplique, se vea desplazado, en caso de que el tribunal arbitral llegue a la conclusión que el mismo viola o no es conforme con el mínimo que exige el derecho internacional.³⁰⁶

Dicho de otra manera, ¡el derecho internacional puede resultar correcto del derecho local! Mucho se ha comentado en la doctrina internacional en torno al mismo por la trascendencia que ello lleva aparejado.³⁰⁷

F. Recursos

En el esquema CIADI no hay apelación. Sin embargo, existen tres recursos que pueden utilizarse en contra del laudo emitido de conformidad con el CIADI:

1. Interpretación: Consiste en la solicitud de determinar / interpretar el significado o alcance de un laudo para alguna de las partes.

³⁰⁴ Ibrahim F. I. Shihata y Antonio R. Parra. APPLICABLE SUBSTANTIVE LAW IN DISPUTES BETWEEN STATES AND PRIVATE FOREIGN PARTIES: THE CASE OF ARBITRATION UNDER THE ICSID CONVENTION. ICSID Review - Foreign Investment Law Journal, Vol. 9, No. 2, 1994 pg. 189.

³⁰⁵ Artículo 42 del Convenio CIADI.

³⁰⁶ Cualquiera que ello sea. Como seguramente el lector habrá pensado al leer lo anterior, el derecho internacional es altamente abstracto en esta área - como en muchas otras - y la prueba de su contenido y exitoso convencimiento en el ánimo de los árbitros obedecerá con gran probabilidad a la habilidad y adiestramiento en temáticas internacionales con la que cuenten los abogados involucrados.

³⁰⁷ Ibrahim F. I. Shihata y Antonio R. Parra. *Loc. Cit.* pg. 192. Ver a su vez, Christoph Schreuer, COMMENTARY ON THE ICSID CONVENTION. ICSID Review - Foreign Investment Law Journal, Vol. 12, No. 2, 1997 pg. 398.

Se procura que, en la medida de lo posible, dicho procedimiento sea sometido al mismo tribunal que emitió el laudo. En caso de que esto sea imposible se constituirá un nuevo tribunal de conformidad con el Convenio CIADI.³⁰⁸

2. Revisión: Consiste en la solicitud basada en el descubrimiento de alguna circunstancia de hecho cuya naturaleza sea decisiva y afecte el laudo. El hecho debe haber sido desconocido por el tribunal y el solicitante y que la ignorancia del solicitante, no se haya derivado de su propia negligencia.³⁰⁹

3. Nulidad: La nulidad del laudo puede ser solicitada en los siguientes casos:³¹⁰

- a). Que el tribunal no se constituyó apropiadamente;
- b). Que el tribunal excedió manifiestamente sus poderes;
- c). Que existió corrupción por parte de alguno de los miembros del tribunal;
- d). Que existió alguna desviación seria de una regla fundamental de procedimiento; y
- e). Que el laudo no esté razonado.

En los casos en que se solicite la nulidad, la solicitud no se somete al tribunal que emitió el laudo original sino a un Comité *ad hoc* constituido por tres miembros seleccionados por el Presidente del Consejo Administrativo del CIADI. El Comité podrá anular el laudo en todo o en parte.

En caso de que el Estado Contratante no cumpla con sus obligaciones bajo el laudo, se generan dos consecuencias jurídicas:

1. El Renacimiento del Derecho a la Protección Diplomática (el mismo que hasta entonces había quedado suspendido, por virtud de lo dispuesto en el artículo 27 del Convenio CIADI);
2. Procedimientos en contra del Estado Recalcitrante ante la Corte Internacional de Justicia.³¹¹

Mientras no se instaure alguno de los recursos anteriormente mencionados, el laudo tiene fuerza de *res judicata* y, por virtud de lo dispuesto en el Artículo 54 del Convenio CIADI, se le da entera fe y crédito internacional al mismo (ante los demás Estados Contratantes) ya que dicho precepto requiere que los Estados Contratantes del Convenio CIADI otorguen el mismo trato a un laudo CIADI del que darían a una sentencia final de una corte de un tribunal doméstico.

³⁰⁸ Artículo 50 del Convenio CIADI.

³⁰⁹ Artículo 51 del Convenio CIADI.

³¹⁰ Artículo 52 del Convenio CIADI.

³¹¹ Artículo 64 del Convenio CIADI.

La obligación anteriormente descripta es especialmente importante si se tiene en cuenta que bajo el derecho consuetudinario internacional no existe la obligación de reconocer o ejecutar sentencias y laudos arbitrales extranjeros.³¹² ya que tal homologación queda sujeta a la ley interna del Estado ante el cual se solicitó, a menos que existan tratados concluidos por el Estado en cuestión que resulten aplicables.

III. El Mecanismo Complementario.

Con posterioridad a la creación del CIADI, el Secretariado recibió múltiples cuestionamientos acerca de la posibilidad de que el mismo prestara sus servicios con respecto a controversias en las que figuraran Estados Contratantes y nacionales de otros Estados que no fueran contratantes del Convenio CIADI y, por consiguiente, no tuvieran acceso a la jurisdicción CIADI.

Como resultado de lo anterior el 27 de septiembre de 1978 el Consejo Administrativo del CIADI aprobó las reglas del Mecanismo Complementario del CIADI por virtud del cual el Secretariado del CIADI puede administrar procedimientos que originalmente están fuera del ámbito de jurisdicción de dicho centro.

Bajo el Mecanismo Complementario tres tipos de procedimientos pueden ser administrados que de otra manera no cumplirían los requisitos de jurisdicción CIADI:

1. Supluyendo la Deficiencia de Requisito *Ratione Personae*: Cuando una de las partes no sea Estado Parte o Nacional de un Estado Parte.
2. Supluyendo la Deficiencia de Requisito *Ratione Materiae*: Cuando la controversia no surja directamente de la Inversión. En este caso, el Secretario General del CIADI dará su aprobación únicamente si la transacción que dio origen a la controversia tiene características que lo distinguen de transacciones comerciales internacionales ordinarias. Lo anterior es para evitar que el CIADI se convierta en un foro de arbitraje comercial internacional.
3. Determinación de Hechos ("*Fact-Finding Proceedings*"): Procedimientos en los cuales se busca únicamente la determinación de hechos mas no resolver controversias.

³¹² Dicha deficiencia del derecho internacional se ha intentado enmendar mediante diversas convenciones internacionales en materia de ejecución de laudos arbitrales extranjeros como lo han sido la Convención de Ginebra de 1927, Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras de Nueva York de 1958, la Convención Europea en materia de arbitraje internacional (Ginebra, 1961), la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional (Panamá, 1975), y la Convención de Montevideo de 1979.

La razón de incluir procedimientos "Fact-Finding" en el Mecanismo Complementario fue el que se percibió la necesidad, tanto en los círculos públicos y privados, para dicho tipo de procedimientos en situaciones pre-controverbia. Lo anterior resulta útil en la medida que proporciona a las partes un análisis imparcial y frío de los hechos (no derechos) los cuales en ciertos casos pueden prevenir que diferencias de punto de vista o de apreciación de los hechos empeoren o se magnifiquen hasta convertirse en controversias legales.

La razón de todo lo anterior ha sido para promover el uso del Convenio CIADI en el mayor número de casos posibles.

Un requisito que vale la pena tener en mente acerca del uso del Mecanismo Complementario, es, que el acceso al uso del Mecanismo Complementario está sujeto a la aprobación previa por parte del Secretario General.³¹³

Consecuencias de Seguir Arbitrajes Bajo el Mecanismo Complementario

Es importante mencionar que un procedimiento seguido de conformidad con el Mecanismo Complementario lleva aparejado una consecuencia legal de suma importancia: ninguna de las disposiciones del Convenio CIADI será aplicable a los procedimientos arbitrales en cuestión.³¹⁴ Por lo anterior, los procedimientos y laudos arbitrales no estarán aislados del derecho local y la ejecución del laudo estará regida por la ley del foro (la *lex arbitri*) incluidas las convenciones internacionales que resulten aplicables.

Lo anterior cobra mayor importancia si se tienen en mente los principios vertebrales que rigen el procedimiento CIADI, los que fueron expuestos con anterioridad.

IV. Casos en los que México ha sido parte.

Al momento de elaboración del presente comentario, México había sido parte de seis³¹⁵ procedimientos arbitrales ante el CIADI

³¹³ Artículo 4º de las Reglas del Mecanismo Complementario.

³¹⁴ Artículo 3º de las Reglas del Mecanismo Complementario.

³¹⁵ *Robert Azinian and others v. United Mexican States* (Caso CIADI No.

ARB(AF)/97/2); *Metalclad Corporation v. United Mexican States* (Caso CIADI

ARB(AF)/97/1); *Waste Management, Inc. v. United Mexican States* (Caso

No. ARB(AF)/98/2); *Marvin Roy Feldman Karpa v. United Mexican States* (Caso

No. ARB(AF)/99/1); *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. United Mexican*

States (Caso No. ARB(AF)/00/2); *Waste Management, Inc. v. United Mexican*

States (Caso No. ARB(AF)/00/3) registrado el 27 de septiembre de 2000. Como

comentario al margen, en virtud del número señalado, México es el segundo país del mundo con mayor número de controversias con inversionistas extranjeros siendo ventilados ante el CIADI. El Congo es el único país que le gana.

Mexicana) con la finalidad de desarrollar y operar la estación de residuos peligrosos en el Valle de la Pedrera, ubicado en Guadalucazar, San Luis Potosí.

COTERIN obtuvo permisos para construir y operar un confinamiento de residuos peligrosos en La Pedrera, Guadalucazar. El Municipio ordenó la suspensión de actividades ante la ausencia de un permiso de construcción que el Municipio sostenía ser de su competencia y al margen de los permisos federales obtenidos. Metalclad ante esto argumentaba estar sorprendida puesto que al tramitar todos los permisos correspondientes las autoridades le aseguraron que los únicos permisos necesarios eran los federales. Sin embargo, al suceder lo anterior las autoridades ambientales federales le manifestaron que lo único que tenía que hacer es solicitar dicho permiso mismo que no era más que un trámite y se le daría en forma casi inmediata. Siguiendo el anterior consejo Metalclad reanudó la construcción solicitando el permiso del Municipio. Poco tiempo después obtuvo un permiso adicional (federal) por parte del Instituto Nacional de Ecología para dicho propósito.

El 5 de diciembre de 1995, más de un año después de haber sido solicitado el permiso y casi concluida la construcción, se negó formalmente el permiso municipal. Dicha negativa se motivó en el hecho de que Metalclad había comenzado a construir con anterioridad a haber obtenido el permiso de construcción municipal.

El Tribunal arbitral sostuvo que la conducta por parte de los funcionarios Mexicanos *vis-à-vis* Metalclad era violatoria del TLCAN en dos aspectos:

i). *Deber de Transparencia*.³¹⁵ El tribunal consideró que dentro del deber de transparencia está incluida la obligación de hacer claros y de fácil consulta todos los requisitos que un inversionista debe cumplir a efecto de iniciar, completar y operar con éxito una inversión. No debe haber duda alguna y cualquier confusión debe ser despejada por el Estado Huésped a efecto de asegurarle seguridad al inversionista extranjero y que pueda proseguir con su inversión.

El Tribunal consideró que, ante las circunstancias del caso, México incumplió el deber de asegurar un marco transparente y predecible para la planeación e inversión de Metalclad. En la opinión del Tribunal el total de las circunstancias del caso demuestran, por un lado, la ausencia de una regla clara en relación con el requisito (o ausencia del mismo) de contar con un permiso de construcción municipal, y, por otro, la falta de un proceso ordenado y respetuoso de los términos en relación al inversionista actuando ante la expectativa de

³¹⁵ Artículo 102(1) del TLCAN.

(mediante el uso del Mecanismo Complementario) de los cuales únicamente tres han concluido. A continuación se hará una somera mención de estos casos a efecto de proceder a comentar su incidencia sobre nuestro tema.

1. Robert Azinian y otros v. Estados Unidos Mexicanos³¹⁶

Los Demandantes, Robert Azinian, Kenneth Davitian y Ellen Baca iniciaron un procedimiento al amparo del Capítulo XI del Tratado de Libre Comercio para América del Norte ("TLCAN") en su carácter de accionistas de la sociedad Desechos Sólidos de Naucalpan, S.A. de C.V. ("Desona") que era concesionaria de un Contrato para la recolección de desechos de Naucalpan de Juárez. En resumidas cuentas, el Ayuntamiento revocó la concesión fundamentando su actuar en una serie de 'irregularidades' detectadas en relación con la conclusión y cumplimiento de la Concesión. Después de un procedimiento se comprobó que de 27 aparentes irregularidades, 9 habían sido probadas. Después de haber perdido dicho procedimiento, así como un amparo en contra de la resolución, los Demandantes procedieron a iniciar el procedimiento bajo el TLCAN el día 17 de Marzo de 1997.

Dado el propósito de este comentario no abundaré acerca de los detalles del laudo. Lo que es importante tener en mente es la conclusión y algunos de los razonamientos que dieron lugar a la misma. La conclusión fue indubitable: México ganó en todos los puntos. Las razones fueron no sólo que los Demandantes no prevalecieron en sus pretensiones, sino que el actuar de las autoridades mexicanas, tanto el Ayuntamiento como los tribunales mexicanos, fue considerado como apropiado inclusive ante las exigencias del derecho internacional aplicable.

2. Metalclad Corporation v. United Mexican States³¹⁷

Este caso involucró la controversia derivada de la inversión que el demandante (Metalclad Corporation - una sociedad constituida bajo las leyes de Delaware, E.U. - "Metalclad") realizó en el Estado de San Luis Potosí.

Metalclad era la accionista al 100% de las acciones representativas del capital social de Ecosistemas Nacionales, S.A. de C.V. ("ECONSA") misma que adquirió a Confinamiento Técnico de Residuos Industriales, S.A. de C.V. ("COTERIN") (una sociedad

³¹⁶ Caso CIADI No. ARB(AF)/97/2. Laudo de fecha Noviembre 1, 1999.

³¹⁷ Caso CIADI No. ARB(AF)/97/1. Laudo de fecha Agosto 30, 2000.

Banco Nacional de Obras y Servicios Públicos, S.N.C. (BANOBAS), el Estado de Guerrero y el Consejo de la Ciudad de Acapulco de Juárez.

No trataremos los hechos en la medida en que la decisión del tribunal se limitó a tomar una decisión jurisdiccional, por lo que la substancia del caso que dio origen a dicha controversia no consta en el laudo.

El Tribunal decidió que, en la medida en que los demandantes no habían desistido de las demandas entabladas a nivel local en México, el requisito de renuncia al ejercicio de iniciar o continuar recursos locales, exigido por el artículo 1121(2)(b) del TLCAN, no se había cumplido y, por consiguiente, el Tribunal carecía de jurisdicción para conocer del asunto.³²³

Habiendo realizado un bosquejo del CIADI así como de los casos en los que México ha figurado como parte en arbitrajes relacionados con el mismo, tengo un comentario que compartir.

V. La Ausencia de México como Estado Contratante del Convenio CIADI.

Considero una lástima que México brille por su ausencia en la lista de Estados Contratantes del Convenio CIADI. El resultado que ello ha acarreado es que todos los procedimientos aludidos hayan sido ventilados bajo el Mecanismo Complementario del CIADI. Como se apuntó (Sección II.D) esto tiene como consecuencia jurídica el que los procedimientos seguidos no estén aislados del derecho arbitral del lugar del arbitraje de donde se siguieron. Dicho resultado, si bien por el momento parece no haber generado mayor problema, es una lástima

³²³ En este contexto vale la pena llamar la atención al lector al opinión disidente que presentó el árbitro Keith Highet quien considera, en resúmenes cuentas, que los recursos locales no son incompatibles con el procedimiento bajo el Capítulo XI del TLCAN en la medida en que no versan sobre las mismos fundamentos jurídicos en base a los cuales se demandó. Debo confesar que mi resumida descripción no le hace justicia al razonamiento legal elaborado por el Sr. Highet en la medida en que el mismo es altamente sofisticado e interesante y, al margen de lo que uno considere acerca de la razón que dicho internacionalista pudiere tener, el hecho de que en cierta forma sea congruente con las teorías legítimas y razonamientos esgrimidos en el caso *Azizian* y el caso *Eihyl Corporation v. The Government of Canada (Award on Jurisdiction)* (Junio 24, 1998) - también un caso involucrando el Capítulo XI del TLCAN - colaboran a la elaboración de una explicación teórica y práctica del umbral de casos que deben entenderse como comprendidos bajo las normas protectoras de la inversión encontradas en dicho tratado. Lo anterior, sobre decir, es un tema de gran importancia para los estudiosos del arbitraje y para los abogados practicantes especializados en este tema.

que sería tratado en forma justa y equitativa de conformidad con el TLCAN. Los actos del Municipio con posterioridad a la negación del permiso de construcción, en conjunción con deficiencias sustantivas y procesales³¹⁹ forzaban la conclusión que la insistencia en el permiso de construcción y negación del mismo por parte del Municipio no había sido apropiada, en virtud de que las facultades del Municipio no incluyeron aquellas relacionadas con residuos sólidos e industriales que no están considerados como peligrosos, facultades que sólo corresponden a las autoridades federales.

ii). *Expropiación*:³²⁰ El TLCAN dispone que ninguna de las partes puede, directa o indirectamente, expropiar una inversión o tomar una medida³²¹ equiparable a una expropiación, excepto: (a) por causa de utilidad pública; (b) en forma no discriminatoria; (c) de conformidad con el principio de legalidad y el artículo 1105(1); y (d) mediante el pago de una compensación.

El Tribunal sostuvo, sin que sea estrictamente necesaria para su conclusión, que México expropió en forma indirecta la inversión de Metalclad sin pago de compensación alguna en razón de la forma en que se implementó un Decreto Ecológico que tenía por resultado el evitar permanentemente el uso por Metalclad de su inversión, constituía una medida equiparable a una expropiación, en violación a lo dispuesto en el artículo 1110 del TLCAN.

3. *Waste Management, Inc. v. United Mexican States*³²²

Este caso involucró una controversia entre Waste Management, Inc. ("Waste Management") actuando por su propia cuenta y por cuenta de ACAVERDE, S.A. de C.V. en contra de México como resultado de una supuesta violación de los artículos 1105 y 1110 del TLCAN por parte de

³¹⁹ Existieron algunos factores que el Tribunal consideró como agravantes del caso. Uno de ellos fue que no se notificó a Metalclad de la junta municipal en la cual se decidió negar el permiso de construcción ni se le permitió manifestar lo que a su derecho considerara conducente. A su vez, la forma y plazo en que se le negó el permiso - trece meses después de haber sido solicitada y casi terminada la construcción. Finalmente, ninguna de las razones que se incluyeron como fundamento para negar el permiso de construcción eran las que estaban comprendidas dentro de las facultades del Municipio por lo cual el Tribunal encontró que el permiso se negó en forma infundada ya que su motivación no aludía a cuestiones relacionadas con la construcción o aspectos físicos de la misma, incluyendo defectos.

³²⁰ Artículo 1110 del TLCAN.

³²¹ El término "medida" está definido en el artículo 201(1) e incluye cualquier ley, reglamento, proceso, requisito o práctica.

³²² Caso CIADI No. AR(BIAF)/98/2. Laudo Jurisdiccional de fecha Junio 2, 2000.

método principal de solución de conflictos que en el mismo impera. ¿por qué no mejor ganarles en su propio juego?

2. El Deseo de no Ventilar Casos que Involucren a México en Foros Internacionales

Creo que dicha razón no constituye un motivo suficiente ni eficiente para constituir un verdadero obstáculo para la adhesión al Convenio CIADI. Más bien parece ser el producto de falta de reflexión suficiente.

Al incluir el uso del Mecanismo Complementario del CIADI en los instrumentos internacionales en los que se protege y fomenta la inversión extranjera en México³²⁷ para luego no adherirse formalmente al Convenio CIADI se arriba a una situación contradictoria y se logra un resultado que bien puede calificarse como "lo peor de los dos mundos". Esto en razón de lo siguiente. Por un lado, si hay arbitraje para inversionistas extranjeros, pero, por otro lado, es un arbitraje cuyo potencial ha sido mermado mediante el uso parcial (y hasta desperdicio - en mi opinión) de un instrumento que presenta los beneficios del CIADI.

Si la razón que propicia la no-adhesión al Convenio CIADI es el deseo de no ventilar internacionalmente los problemas que involucren a México, entonces ¿por qué aceptar el arbitraje en otros instrumentos internacionales de inversión?

Si mi percepción de la razón apuntada no es correcta, entonces ¿por qué no se acepta si el resultado es jurídicamente idéntico? - Por lo menos para efectos de la preocupación señalada.

Como resultado de lo anterior el *status quo* es que los inversionistas extranjeros si cuentan con el acceso al arbitraje para resolver cualquier problema inherente a su inversión, pero el procedimiento arbitral aludido no cuenta con todas las armas que le brindan instituciones de la envergadura del CIADI.

³²⁷ A manera de ejemplo, Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre los Estados Unidos Mexicanos y el Reino de España (publicado en el Diario Oficial de la Federación el 19 de marzo de 1997); El Acuerdo entre los Estados Unidos Mexicanos y la Confederación Suiza para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones (publicado en el Diario Oficial de la Federación el 20 de agosto de 1998); El Acuerdo entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de la República de Argentina para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones (publicado en el Diario Oficial de la Federación el 28 de agosto de 1998); y El Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones entre los Estados Unidos Mexicanos y el Reino de los Países Bajos (suscrito en la Ciudad de México el 13 de mayo de 1998 y publicado en el Diario Oficial de la Federación 10 de julio del 2000).

dado que una de las virtudes (y objetivos) de dicho tipo de procedimientos es el obviar el uso (y, con frecuencia, abuso) de los recursos judiciales domésticos para entorpecer el apropiado seguimiento del procedimiento arbitral.³²⁴

Ante la pregunta a los funcionarios Mexicanos de porqué México no es parte del Convenio CIADI uno se encuentra con la abstracta respuesta de que es un paso que esta siendo estudiado.

Como puede inferirse, la respuesta brindada es vacía por lo cual uno debe especular acerca de las verdaderas razones que han propiciado la renuencia a formar parte de dicha institución internacional. Al autor únicamente se le ocurren las siguientes tres.

1. La experiencia de México en el arbitraje internacional.

2. El deseo de no ventilar casos que involucren a México en foros internacionales; y

3. El Artículo 42 del Convenio CIADI.

A continuación se tratarán las razones mencionadas.

1. La Experiencia de México en el Arbitraje Internacional

Hay quien sostiene que la experiencia que México ha tenido ante el arbitraje como método para resolver las controversias no ha sido del todo positiva, lo cual acarrea un cierto temor a volver a utilizar dicho método de solución de conflictos.³²⁵

Acerca de lo anterior me permitiría comentar que el pasado no es igual al futuro y que, como lo hacen patente cientos de los casos que hasta ahora se han dado, México puede ganar, pero para ello es imperativo que las autoridades Mexicanas actúen en forma intachable.

A su vez, considero que es contradictorio pensar que en una sociedad mundial 'globalizada', dentro de la cual las inversiones internacionales han crecido vertiginosamente³²⁶ y los países (especialmente en vías de desarrollo) compiten por atraer dichos flujos internacionales, un país que ocupa el importante lugar que México ocupa en el concierto de las naciones, especialmente como líder de diversos países en vías de desarrollo, pueda ignorar o le tenga miedo al

³²⁴ Esto sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 35 del Reglamento de Arbitraje del Mecanismo Complementario del CIADI.

³²⁵ Para ello se recomienda el libro de Luis G. Zorrilla, LOS CASOS DE MÉXICO EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL, Ed. Porrúa, S.A. México, Segunda Edición, 1981.

³²⁶ En la cual las inversiones extranjeras se han globalizado, como lo apunta el Dr. Luis Miguel Díaz (GLOBALIZACIÓN DE LAS INVERSIONES EXTRANJERAS, Nuevos Aspectos Jurídicos, Ed. Themis, México D.F., 1989.)

Uno podría contestar a mi postura diciendo que es mejor poco arbitraje que ningún arbitraje. Disiento de dicha postura. A mi manera de ver o se contempla arbitraje - con todo su potencial - o mejor no se contempla. ¿Por qué andarse por las ramas?

Además, la comunidad financiera y jurídica internacional es lo suficientemente sofisticada como para percatarse que la situación actual no ofrece todas las atractivos que podría y que otras jurisdicciones/mercados sí ofrecen y así lo descontará de su análisis financiero acerca de la conveniencia de invertir en México *vis-à-vis* el costo de oportunidad o la renta que le brindan otros mercados ante el riesgo que presentan ellos y el de México.

3. El Artículo 42 del Convenio CIADI

Otra razón que puede detonar la reticencia de adherirse al Convenio CIADI lo puede ser el Artículo 42. Como se mencionó en la sección II. E, dicho precepto contempla un dispositivo impresionante: hace que el derecho internacional sea correctivo del derecho mexicano en materia de inversión extranjera. Uno no necesita ir muy lejos para imaginarse el tipo de argumentos que se pueden hacer para abogar por la no-adhesión a dicho Convenio ante la existencia de dicho precepto (piénsese en el argumento - ya de cajón - de Soberanía).

De ser el caso, ello pasaría por alto lo siguiente: **el derecho internacional en materia de inversión extranjera ya se filtró al derecho mexicano y de una manera que tiene los mismos efectos que el Artículo 42 del Convenio CIADI.** El artículo 1105 del TLCAN dispone que el Estado Huésped (en este caso México, Canadá y Estados Unidos) debe otorgar a los inversionistas de una Parte y a sus inversiones un "trato acorde con el derecho internacional, incluido trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas, lo que se conoce como "trato mínimo".

El resultado de dicho precepto es que una parte en un procedimiento arbitral bajo el Capítulo XI puede legítimamente citar precedentes y normas internacionales como vinculantes en el caso que se entable en contra de alguno de los Estados Contratantes del TLCAN. En caso de que los mismos establezcan un umbral de protección mayor que el trato que dicho Estado le está dando al inversionista o inversión correspondiente, ¡el derecho internacional prevalecerá!³²⁵

³²⁵ Vale la pena mencionar que la válvula de escape a esta tajante aclaración es que el derecho internacional en materia de inversión extranjera es difuso y controvertido.

Mencionado ésto se pone en relieve la falta de una razón que válidamente justifique el que el Artículo 42 constituya una traba para la adhesión por parte de México del Convenio CIADI.

VI. **Una nueva lege ferenda.**

Al margen de los razonamientos prácticos que se han realizado deseo hacer, en forma sucinta, otro comentario acerca de la trascendencia que los tratados de inversión, el CIADI y las decisiones citadas tienen sobre un tema relacionado al que nos ocupa: la pugna legal y política que históricamente ha rodeado el tema de derecho internacional de las inversiones extranjeras.

Dentro del abanico de temas de preocupación y regulación internacional es difícil encontrar cualquier otro tema que esté sujeto a una falta de consenso internacional tan aguda sobre lo que el derecho internacional es y lo que *debería ser*.³²⁶

Tradicionalmente, un enfrentamiento ideológico y político ha existido entre, por un lado, los países ricos y exportadores de capital y, por otro, los países en vías de desarrollo e importadores de capital.³²⁶

³²⁶ Coincide con esta aseveración la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos que en el caso *US v. Sabbatino* (1964) dijo (Justice Harlan): "*There are few if any issues in international law today on which opinion seems to be so divided as the limitations on the state's power to expropriate the alien's property*". Para una magnífica discusión acerca de este tema, véase M. Somarajah, *THE INTERNATIONAL LAW ON FOREIGN INVESTMENT*, Grotius Publications, Cambridge University Press, 1994. Sin embargo, como sugerencia, al estudiar a dicho autor se sugiere no perder de vista que, en mi opinión, en diversas ocasiones dicho autor refleja un pequeña - pero perceptible - tendencia a inclinarse por la postura de los países en vías de desarrollo. Menciono esto puesto que no debe perderse de vista que en la literatura sobre este tema uno puede encontrar a autores de envergadura diciendo exactamente lo contrario que otros del mismo calibre. En caso de desear hacerse un cotejo sobre la misma véase *OPPENHEIM'S INTERNATIONAL LAW*, editado ahora por Sir Robert Jennings QC y Sir Arthur Watts KCMG QC, Ninth Edition, Vol. 1, PEACE, pgs. 911 a 927. A su vez, Ian Brownlie, *PRINCIPLES OF PUBLIC INTERNATIONAL LAW*, Oxford University Press, Fifth Edition, pgs. 460 a 510; y Peter Malanczuk *AKELIURST'S MODERN INTRODUCTION TO INTERNATIONAL LAW*, 7th ed., Routledge, London - New York, pgs. 435-439. Dicho lo anterior, debo mencionar que el contenido del derecho internacional en materia de inversión extranjera ha sido esclarecido hasta cierto grado por las labores del Iran-U.S. Claims Tribunal. Para un magnífico análisis de esto se recomienda a Charles N. Brower y Jason D. Brueschke, *THE JURISPRUDENCE OF THE IRAN-U.S. CLAIMS TRIBUNAL*, Clarendon Press, Oxford, 1996; y Allahyar Mout, *THE INTERNATIONAL LAW OF EXPROPRIATION AS REFLECTED IN THE WORK OF THE IRAN-U.S. CLAIMS TRIBUNAL*, Martinus Nijhoff, Dordrecht.

³²⁷ Aclaro que la anterior división no es tajante. Un país exportador de capital

En resumidas cuentas, los países ricos desean apoyar a las compañías transnacionales³³¹ en su búsqueda de negocios en cualquier parte del mundo exigiendo que se les garanticen los derechos de propiedad y contractuales que adquirieran como resultado de dicha actividad. Por otro lado, los países en vías de desarrollo, respondiendo en parte al legado de dominación económica existente durante la era del colonialismo, perciben la expansión de las transnacionales como una incursión neo-colonialista que pone en riesgo su soberanía y bienestar a largo plazo.³³²

Tan exacerbada ha sido la división y falta de entendimiento entre estas dos posturas que a la fecha no existe un tratado multilateral sobre la regulación de la protección a la inversión³³³ y la creación de

puede ser, a la vez, importador de capital. Un ejemplo claro lo es Estados Unidos de América que es a la vez uno de los países que más exporta ahorro privado y uno de los países que más flujos internacionales recibe. [Véase Graham, Edward M. y Krugman, Paul R. FOREIGN DIRECT INVESTMENT IN THE UNITED STATES, Institute for International Economics, Washington, DC, 1989.] Dicho esto puede ser de utilidad mencionar que Estados Unidos de América desde 1989 se ha convertido en un deudor en forma neta/agregada en lo que se refiere al saldo entre las posiciones de sus activos y pasivos en los flujos internacionales y ha permanecido así desde entonces. En 1999 tenía más de US\$1.9 Trillones de Dólares como saldo negativo, más del 20% de su PIB. [The Economist - November 18th 2000, pg. 123.] Compárese este dato con el monto total de los flujos globales de capitales extranjeros que en 1999 ascendieron a US\$865 billones lo cual significó un incremento del 27% sobre 1998. [Fuente: United Nations Conference of Trade and Development - UNCTAD, y OECD] (The Economist, November 11, 2000, pg. 131).

³³¹ O "multinacionales", según la definición que se desee adoptar.

³³² Stephen Zamora en ECONOMIC RELATIONS AND DEVELOPMENT en UNITED NATIONS LEGAL ORDER, Vol. 1, Editado por Oscar Schachter y Christopher C. Joyner, American Society of International Law, Grotius Publications, Cambridge University Press, Cambridge, 1995, pg. 431.

³³³ Esta aseveración merece una matización. Si bien no existe un entendimiento multilateral acerca de este tema, existen cientos de tratados bilaterales de inversión lo "BIT's" como se les conoce por sus siglas en Inglés - "*Bilateral Investment Treaties*" que regulan el tema de inversión extranjera. Si bien los BIT's no presentan un esquema completo relativo a las relaciones inversionista-Estado Huésped, sí aportan ciertas obligaciones del Estado frente al inversionista con respecto a su inversión, como lo es el deber de no expropiar salvo por causa de utilidad pública y mediante compensación, trato mínimo, nacional y de nación más favorecida, etc. [Ver, en general, Rudolf Dolzer y Margrete Stevens, BILATERAL INVESTMENT TREATIES, International Centre for Settlement of Investment Disputes, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 1995. A su vez, se han elaborado Códigos de Conducta que eventualmente tienen ciertos efectos legales (que no discutiremos por razones de espacio). Véase "Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment" elaborados por el Banco Mundial, ICSID Review - Foreign Investment Law Journal, Vol. 7, No. 2,

uno ha sido calificado como una imposibilidad política.³³⁴ (Basta recordar la experiencia del MAI.³³⁵)

Ante este antecedente debe analizarse la importancia y trascendencia de los casos que he mencionado.

En este contexto, considero que dichos casos vienen a dar contenido a las abstractas pautas generales relativas al tema de derecho internacional de las inversiones extranjeras y son, por ello, un paso internamente plausible en las labores de desarrollo y progreso de este -espinoso- tema.

Dicho de otra manera, un resultado de estos casos es la - lenta, pero progresiva - cristalización y maduración del derecho internacional en materia de inversión extranjera que comienza a "obligar"³³⁶ a México y cuyo contenido, desde el nacimiento³³⁷ del fenómeno de inversiones internacionales, había sido agresivamente disputado.³³⁸

VII. Comentario Final.

Si algo demuestran los casos que hasta la fecha se han ventilado en contra de México es que la justicia que se brinda a los

1992, pg. 295.

³³⁴ "La conclusion des conventions multilaterales à vocation universelle ayant pour objet la protection des investissements internationaux est une impossibilité politique ..." (énfasis en original). D. Carreau; P. Juillard & T. Flory, Droit International Economique (1978) pg.s 78-79. Citado por Stephen Zamora en ECONOMIC RELATIONS AND DEVELOPMENT, en UNITED NATIONS LEGAL ORDER, Vol. 1, Editado por Oscar Schachter y Christopher C. Joyner, American Society of International Law, Grotius Publications, Cambridge University Press, Cambridge, 1995, pg. 431.

³³⁵ Acuerdo Multilateral de Inversiones - "*Multilateral Agreement on Investment*".
³³⁶ La anterior aseveración debe entenderse dentro de la premisa que si bien las decisiones que se han ido presentando no tienen fuerza legal para los casos que con posterioridad se presenten, sirven como fuente autoritaria/persuasiva que coadyuva a normar un criterio o entendimiento de lo que el derecho debe ser. Es decir, un *opinio iuris communis*.

³³⁷ Las inversiones internacionales datan desde hace más de 400 años. Durante la expansión colonial europea en las Américas y luego en África y Asia se observó la expansión de las inversiones extranjeras por parte de grupos o empresas dirigidas a desarrollar actividades económicas fuera de su país de origen. [Ver Otis Rodney S. James, LA INVERSION INTERNACIONAL EN PAISES EN DESARROLLO, Ed. Arte, Caracas, Venezuela, 1993, pg. 58.]

³³⁸ Este "valor de precedente" de estos casos puede corroborarse ante, por ejemplo, el opinión presentado por el árbitro disidente en el caso *Waste Management* en el cual se analizó el caso *Ethiyl* y el *Azinjan*. A su vez, en el laudo de *Metallacid* analizo otro caso internacional cuyos hechos guardaban una gran similitud con el que se ventilaba: *Bibiane, et al v. Ghana Investment Centre, et al* [95 I.L.R. 183, 207-10 (1993)].

G L O B A L

inversionistas extranjereros es del mejor género que se puede ofrecer.³³⁹ Dichos casos nos enseñan que México no tiene porque temerle al arbitraje, puede ganar³⁴⁰ casos en contra de inversionistas extranjeros con grandes recursos económicos.³⁴¹

A su vez, aún y en los casos en los que México no haya ganado el efecto puede tomarse como positivo ya que de perder y cumplir con el laudo el nombre de México en el medio internacional correspondiente será el de un país que honra sus compromisos. Por consiguiente, toda pérdida podría verse como una inversión en la reputación de México como jurisdicción favorable a la inversión.

Otro beneficio es que se ventilan diferencias que antes se quedaban en frustraciones y se purgan los enojos y malos comentarios que ensuciaban (ante los ojos de inversionistas potenciales) el buen nombre de México. Al mediano y largo plazo, esto atrae más a la inversión extranjera que mil promesas, además de que compromete a nuestras autoridades a ser cuidadosas y no actuar arbitrariamente.

³³⁹ En este contexto, y para que el lector valore la opinión expresada en la forma en que lo juzgue conveniente, el autor confiesa tener una relación profesional y de amistad con dos de los árbitros que han fungido en casos en los que México ha participado en el contexto del Mecanismo Complementario del CIADI: el Dr. José Luis Siqueiros P. y el Lic. Eduardo Siqueiros T.

³⁴⁰ Claro, asumiendo que tenga razón.

³⁴¹ En este contexto puede ser conveniente mencionar que posiblemente conviviría a México hacerse representar especialistas en la materia en lugar de utilizar a funcionarios internos. Si bien hasta la fecha se ha hecho una buena labor, no puede compararse la improvisación (y distracción) de recursos humanos existentes con la utilización de los servicios de profesionales que en forma diaria y sistemática han experimentado dicho proceso. La anterior práctica es seguida inclusive por algunos de los países más pobres del mundo. A manera de ejemplo me permito mencionar un caso en el cual el autor tuvo la oportunidad de participar como parte de la defensa de un país africano (Etiopía) en contra de Constructoras Canadienses. (Sobra decir que la mención general de lo anterior no compromete en forma alguna deber de confidencialidad al no brindarse ningún otro dato.)