

MEXICO ANTE EL ARBITRAJE CIADI ¿PRUDENTE O REBELDE?

Francisco González de Cossío*

I. INTRODUCCIÓN

Hace algunos años defendí la adhesión de México al Convenio CIADI calificando su renuencia de contradictoria y vergonzosa.¹ El objetivo de esta nota es retomar la postura ante la experiencia ganada desde entonces.

II. EL ARBITRAJE DE INVERSIÓN

A la fecha, 156 países son parte del Convenio CIADI.² Invito al lector a considerar lo que ello implica. Pocos instrumentos internacionales han ganado tal aceptación. Y cuando se logra, por lo general versan sobre materias menos controvertidas. El que se trate de una materia polémica y delicada es de levantar cejas.³

México ha aproximado el tema con inteligencia. En esencia,⁴ creó un equipo de expertos⁵ que defendiera apropiadamente sus intereses y se aseguró,⁶ resistiendo la tentación de recurrir a retórica populista o chicanería internacional. Ante ello, la negativa a adherirse al tratado llama la atención y es motivo de especulación. Mas no su implicación: contradicción. México es parte de 33 tratados de inversión⁷ y en todos

* González de Cossío Abogados (www.gdca.com.mx) El autor ha actuado como abogado de parte, colaborado con tribunales y asesorado a clientes en arbitrajes de inversión. A su vez, imparte la materia en la Universidad Iberoamericana y la Escuela Libre de Derecho. Las observaciones vertidas en esta nota son personales y no reflejan las de clientes, pasados o presentes.

¹ THE MEXICAN EXPERIENCE WITH INVESTMENT ARBITRATION. A COMMENT, Journal of World Investment, 3 J.W.I. 3. 2002, pg. 473; THE INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. THE MEXICAN EXPERIENCE, Journal of International Arbitration, 2002, 19(3), pg. 227; y ARBITRAJE DE INVERSIÓN A LA MEXICAINE, Juridica 35, 2005, pg. 165.

² El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) es creado mediante el Convenio sobre el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (Convenio CIADI) del 18 de marzo de 1965, que entró en vigor el 14 de octubre de 1966.

³ Y este es el caso del derecho internacional de las inversiones extranjeras: es *polémico* pues su contenido lleva más de 400 años fijándose, y ha sido objeto de importantes diferencias de opinión, tornándose en una trinchera ideológica envuelta en una retórica Norte-Sur. Es *delicado* pues ha dado lugar al uso (y abuso) de la protección diplomática y, en casos extremos, intervenciones bélicas.

⁴ Para un estudio más amplio sobre la misma, véase APORTACIÓN DE MÉXICO AL ARBITRAJE DE INVERSIÓN, Anuario Mexicano de Derecho Internacional, UNAM, VI, 2006, pg. 651.

⁵ La Dirección de Negociaciones Comerciales Internacionales de la Secretaría de Economía contaba con un equipo de abogados adiestrados en la materia, encabezados por Hugo Perezcano quien en el medio internacional se ganó la reputación de un experimentado y astuto litigante internacional. Justamente el género de funcionarios que México necesita.

⁶ A partir de 2004 México es parte del OPIC (Diario Oficial de la Federación, 14 de junio de 2004). A su vez, está estudiando hacerse parte de MIGA. Para abundar sobre este tipo de mecanismos ver el estudio citado en nota 4.

⁷ Contando tratados de libre comercio e instrumentos afines.

contempla el arbitraje CIADI como una opción. Sin embargo, la opción es ficticia. Dado que México no es parte del Convenio CIADI, el mecanismo está indisponible.⁸

Porqué ha optado por ésta ruta escapa el objeto de esta nota.⁹ Lo que deseo hacer es aquilatar la postura ante dos sucesos internacionales recientes: la ratificación por Canadá del Convenio CIADI (que convierte a México en el único miembro de la zona de libre comercio que no es parte) y la experiencia de Argentina y Bolivia.

III. EL CASO CANADIENSE

El 15 de diciembre de 2006 Canadá se convirtió en el signatario 155 del Convenio CIADI. Además de encomiable, dicho acto hace a México lucir como la oveja negra del rebaño internacional.

El que Canadá sea un ejemplo se pone en relieve si se considera su trasfondo: la estructura constitucional de Canadá hace que la adhesión a un convenio internacional de tal envergadura tenga implicaciones locales importantes. Dado que Canadá está compuesto por provincias y territorios independientes, ello es difícil, tanto jurídica como políticamente.¹⁰ Tan es así que implicó casi 20 años de negociaciones entre el gobierno federal y las provincias y sus territorios.¹¹

IV. EL CASO ARGENTINO Y BOLIVIANO

Además de los 156 países que son parte del Convenio CIADI existen alrededor de 2,500 tratados de inversión, la contundente mayoría de los cuales aluden a dicho instrumento. Las experiencias que estos instrumentos han arrojado son diversas, de las cuales dos son relevantes: Argentina y Bolivia.

A. ARGENTINA

Argentina es actualmente parte de 38 demandas de arbitraje de inversión. Los montos son impactantes, como también lo son sus consecuencias (de prosperar). El origen de las demandas son las medidas que Argentina tomó en 2002 para enfrentar su crisis financiera. Mucho podría decirse al respecto. Si bien no es el lugar (ni el momento, pues muchas reclamaciones están en curso) para pronunciarse sobre la rectitud de las demandas y laudos que a la fecha existen, es válido decir que la adhesión al CIADI no es la fuente del problema, más bien una solución. De no existir la opción CIADI, el resultado sería frustración, probablemente impunidad, aún más pérdida de inversión y bienestar, y ostracismo internacional. La aseveración no presupone responsabilidad. El autor no es quien para emitir una opinión sobre ello (para eso están los árbitros). Pero no dejo de ver

⁸ El arbitraje CIADI está disponible únicamente a los Estados que son parte del Convenio CIADI. Para abundar, cónfere, *ARBITRAJE*, Ed. Porrúa, 2004, pg. 473.

⁹ *Cónfere*, estudios incluidos en la nota 1.

¹⁰ *Inter alia*, dicho acto conlleva la necesidad de emitir una ley uniforme que facilite la aplicación y armonice las leyes canadienses en concordancia con dicha convención.

¹¹ La complejidad se magnificó dado que el Convenio CIADI carece de cláusula federal.

el beneficio de que ‘alguien’ pueda imparcialmente pasar juicio sobre ello. Y por ello aplaudo el que exista el mecanismo. La opción sería la ley de la selva.¹²

B. BOLIVIA

Bolivia recientemente (2 de mayo) denunció el Convenio CIADI, por lo que dejará de ser parte el 3 noviembre. Sus motivos oficiales son que considera que el CIADI favorece a los inversionistas sobre los Estados Anfitriones, que la función del Banco Mundial hace incompatible el que administre arbitrajes, la confidencialidad, los árbitros (que pueden también actuar como abogados de parte), el contenido que se la ha dado a ciertas disciplinas y que “no hay caso alguno en que el Banco Mundial haya sancionado a inversionistas por no cumplir con sus contratos”.

No opinaré sobre las críticas. Me ceñiré a preguntar si, en un mundo en el cual la tendencia ya no sólo es la (ciega) adhesión al CIADI, México debe mantenerse al margen.

V. ASIMILANDO LA EXPERIENCIA EXTRANJERA

Aun tomando en cuenta la experiencia extranjera, la renuencia de México a adherirse al Convenio CIADI es un yerro.

El arbitraje de inversión propicia el Estado de Derecho. Sin el mismo, existe un género de circunstancias que no encontrarían recurso ni respuesta jurídica. El resultado: en el mejor de los casos, impunidad, frustración y menos inversión. En el peor, protección diplomática e intervenciones. Y la constante sería menos inversión extranjera — la cual (el paradigma aceptado indica) beneficia al Estado Anfitrión.

La última aseveración no carece de críticas. Hay quien asevera que no se ha demostrado una correlación entre la existencia de tratados y arbitraje de inversión y el fomento de la inversión.¹³ El argumento merece dos respuestas. Primero, dado lo reciente del fenómeno, aún no se genera información suficiente para conclusivamente demostrar el nexo.¹⁴ Segundo, dicho argumento empírico adolece de algo: no hay contra qué compararlo. No sabemos cuánta inversión hemos perdido por el simple hecho de que no nos hemos adherido al CIADI. Y en cambio, el argumento conceptual tiene fuerza: la comunidad internacional es sofisticada. Al momento de hacer el estudio de la viabilidad de una inversión, dentro del elemento ‘riesgo’ factora el riesgo político — el cual es reducido mediante la existencia de arbitraje de inversión. En caso de que el argumento conceptual

¹² Además, existe un lado positivo. Como bien dice el dicho, no hay mal que por bien no venga. Y las crisis internacionales no son una excepción: generan conocimiento. Son fuentes de derecho. Casos distintos pueden ser citados en apoyo de la aseveración. En el caso Argentino, los casos han versado sobre temas otrora abiertos e importantes. Por ejemplo, los (controvertidos) requisitos de jurisdicción, las cláusulas ‘paraguas’, el agotamiento de recursos locales (incluyendo los polémicos ‘fork in the road’), la diferenciación entre reclamaciones contractuales e internacionales, el alcance de las cláusulas de nación más favorecida, el contenido de ‘trato mínimo’, ‘trato justo y equitativo’, ‘plena protección y seguridad’, ‘medidas equivalentes a expropiación’, la responsabilidad internacional del Estado, el estado de emergencia y sus consecuencias internacionales. Y esto promete ser la punta del iceberg.

¹³ Además, existen jurisdicciones que reciben inversión sin haber siquiera ratificado un sólo tratado de inversión (v.gr., Brasil).

¹⁴ Aunque han existido algunos. El autor tiene conocimiento de cuatro, que arrojan resultados contradictorios.

no persuadiera al escéptico, señalaría las instancias de conducta estratégica por inversionistas para obtener protección de tratados.¹⁵

Por si fuera poco, el *statu quo* es subóptimo. El arbitraje de inversión se distingue por su sofisticación y autonomía. Al no ser parte del Convenio CIADI, se le restan virtudes al procedimiento. Además, se pierde la posibilidad de recurrir los laudos ante su (ya probado y sofisticado) mecanismo de nulidad. La opción que queda —recurrirlos ante el juez de la sede— es tardado,¹⁶ oneroso, incierto y atropella el *leitmotiv* de la disciplina: imparcialidad— (o apariencia de la misma).

VI. COMENTARIO FINAL: ¿LA OVEJA NEGRA DEL REBAÑO INTERNACIONAL?

A partir de la adhesión de Canadá al CIADI México se convierte en un paria en la zona de libre comercio. Es hora (no – ya está tarde, pero no demasiado) de que México remedie esta contradicción. El arbitraje CIADI es un instrumento procurador del Estado de Derecho. Tanto nacional como internacional.¹⁷

En un ciclo de conferencias auspiciado por la CANACO en enero de 2005 un importante jurista mexicano y actual juez ante la Corte Internacional de Justicia (Embajador Bernardo Sepúlveda Amor) retomó la incógnita y defendió la adhesión de México a dicho instrumento internacional.¹⁸ Es hora de hacerle caso. México tiene la oportunidad de continuar siendo un ejemplo de un estado impulsor del Estado de Derecho mundial, o ser señalado como la oveja negra del rebaño de internacional. La opción es nuestra.

¹⁵ Las cuales me veo obligado a describir genéricamente por razones de confidencialidad.

¹⁶ Por ejemplo, las nulidades de los casos *S.D. Myers, Inc. v. Canadá* y *Feldman Carpa v. México* duraron (aproximadamente) tres años.

¹⁷ Un elocuente estudio reciente así lo defiende (Jan Paulsson, ENCLAVES OF JUSTICE, Transnational Dispute Management, June 2007).

¹⁸ Además de coincidir con los argumentos anteriormente indicados, su análisis incluyó ventajas orgánicas y políticas de ser parte.