

MÉXICO ANTE EL ARBITRAJE CIADI: ¿PRUDENTE O REBELDE?

Francisco GONZÁLEZ DE COSSÍO

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El arbitraje de inversión*. III. *El caso canadiense*. IV. *El caso argentino y boliviano*. V. *Asimilando la experiencia extranjera*. VI. *Comentario final: ¿la oveja negra del rebaño internacional?* VII. *Anexo*.

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 in-

¹ *The Mexican Experience with Investment Arbitration*. A Comment, “Journal of World Investment, 3 J.W.I”, núm. 3, 2002, p. 473; “The International Centre for Settlement of Investment Disputes. The Mexican Experience”, *Journal of International Arbitration*, vol. 19, núm. 3, 2002, p. 227; y “Arbitraje de inversión a la mexicaine”, *Jurídica*, núm. 35, 2005, p. 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.

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

¿Por qué ha optado por esta ruta? Es un enigma para mí. Para evitar especulación, he consultado a las autoridades sin recibir respuesta.⁹ Al margen de ello, lo que deseo hacer es aquilatar la

³ Y éste 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 trinchería 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, 2006, vol. VI, p. 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.

⁸ El arbitraje CIADI está disponible únicamente para los Estados que son parte del Convenio CIADI. Para abundar, *cfr. Arbitraje*, México, Porrúa, 2004, p. 473.

⁹ Como anexo a este comentario incluyo la consulta que con fundamento en el artículo 8o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

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 de 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.

1. *Argentina*

realicé, sin recibir respuesta (a la fecha de este estudio habían transcurrido más de seis meses sin obtener respuesta.)

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.

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 CIA-DI, 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 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

2. Bolivia

Bolivia recientemente (2 de mayo) denunció el Convenio CIA-DI, 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 confidenciali-

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.

dad, los árbitros (que pueden también actuar como abogados de parte), el contenido que se le 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 afirma 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

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

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

arbitraje de inversión—. En caso de que el argumento conceptual 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 es 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

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. vs. Canadá y Feldman Carpa vs. México* duraron (aproximadamente) tres años.

¹⁷ Un elocuente estudio reciente así lo defiende (Jan Paulsson, *Enclaves of Justice, Transnational Dispute Management*, junio de 2007).

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

oveja negra del rebaño internacional. La opción es nuestra.

VII. ANEXO

México, Distrito Federal a 21 de enero de 2008

Lic. Beatriz Leycegui Gardoqui
Subsecretaria de Negociaciones Comerciales Internacionales
SECRETARÍA DE ECONOMÍA
Alfonso Reyes 30,
Col. Hipódromo Condesa,
C. P. 06140
México, D. F.
Piso 9
P R E S E N T E.

Francisco González de Cossío, por mi propio derecho, señalando como domicilio para oír y recibir notificaciones el ubicado en Bosque de Acacias 61B, Bosques de las Lomas, 11700, México, Distrito Federal, teléfono 5251-1880, facsimil 5251-1881, correo electrónico fgcoosio@gdca.com.mx, con fundamento en el artículo 8o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 7o. fracción XVII de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental en vigor, ante Usted respetuosamente comparezco y manifiesto:

ANTECEDENTES Y MANIFESTACIONES:

Con fecha 18 de marzo de 1965 se creó el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (el “Convenio”), mismo que establece el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (“CIADI”), institución administradora de arbitrajes en materia de inversión.

A la fecha 155 Estados se han adherido al Convenio.

México no se ha adherido al Convenio.

México ha ratificado Tratados de Libre Comercio (TLCs) con Estados Unidos y Canadá, Colombia y Venezuela, Costa Rica, Bolivia, Nicaragua, Chile, El Salvador, Guatemala y Honduras, Uruguay y Japón, entre otros.

México ha celebrado Acuerdos para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones (APPRI) con Alemania, Argentina, Austria, Corea, Cuba, Dinamarca, Finlandia, Francia, Grecia, Islandia, Italia, Países Bajos, Panamá, Portugal, República Checa, Suecia, Suiza, Unión Económica Belgo-Luxemburguesa y Uruguay.

Los medios informan sobre la existencia de negociaciones con otros países.

Todos los instrumentos citados contemplan la posibilidad de someter al CIADI las controversias relativas a inversión.¹⁹

¹⁹ Artículo 1120 del Tratado de Libre Comercio para América del Norte, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* (“DOF”) el 20 de diciembre de 1993. Artículos 17-18 del Tratado de Libre Comercio (“TLC”) entre los Estados Unidos Mexicanos, la República de Colombia y la República de Venezuela publicado en el DOF el 9 de enero de 1995. Artículos 13-23 del TLC entre los Estados Unidos Mexicanos y la República de Costa Rica publicado en el DOF el 10 de enero de 1995. Artículos 15-21 del TLC entre los Estados Unidos Mexicanos y la República de Bolivia publicado en el DOF el 11 de enero de 1995. Artículos 16-21 del TLC entre los Estados Unidos Mexicanos y la República de Nicaragua publicado en el DOF el 10 de julio de 1998. Artículos 9-21 del TLC entre los Estados Unidos Mexicanos y la República de Chile publicado en el DOF el 28 de julio de 1999. Artículos 14-22 del TLC entre los Estados Unidos Mexicanos y las Repúblicas de El Salvador, Guatemala y Honduras publicado en el DOF el 14 de marzo de 2001. Artículos 13-20 del TLC entre los Estados Unidos Mexicanos y la República Oriental de Uruguay publicado en el DOF el 14 de julio de 2004. Artículo 79 del Acuerdo para el fortalecimiento de la Asociación Económica entre los Estados Unidos Mexicanos y el Japón publicado en el DOF el 31 de marzo de 2005. Artículo 12 del APPRI entre los Estados Unidos Mexicanos y la República Federal de Alemania publicado en el DOF el 20 de marzo de 2001. Artículo 10 del APPRI entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de la República Argentina publicado en el DOF el 28 de agosto de 1998. Artículo 11 del APPRI entre los Estados Unidos Mexicanos y la República de Austria publicado en el DOF el 23 de marzo de 2001. Artículo 80. del APPRI entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de la República de Corea publica-

Para poder ventilar una controversia ante un tribunal arbitral administrado por el CIADI y regido por el Convenio es necesario que tanto el Estado cuya nacionalidad comparte el inversionista como el Estado anfitrión de la inversión sean parte contratante del Convenio.²⁰

En virtud de que a la fecha México no ha ratificado el Convenio resulta imposible para un inversionista extranjero recurrir al CIADI, no obstante que el mismo es contemplado en los instrumentos citados en los párrafos 4 y 5 anteriores.

Una de las estrategias de promoción de la productividad y com-

do en el DOF el 9 de agosto de 2002. Artículo 4o. del APPRI entre los Estados Unidos Mexicanos y la República de Cuba publicado en el DOF el 3 de mayo de 2002. Artículo 9o. del APPRI entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno del Reino de Dinamarca publicado en el DOF el 30 de noviembre de 2000. Artículo 10 del Acuerdo entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de la República de Finlandia para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones publicado en el DOF el 30 de noviembre de 2000. Artículo 9o. del APPRI entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de la República Francesa publicado en el DOF el 30 de noviembre de 2000. Artículo 10 del APPRI entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de la República Helénica publicado en el DOF el 11 de octubre de 2002. Artículo 10 del APPRI entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de la República de Islandia publicado en el DOF el 28 de abril de 2006. Artículo 2o. del APPRI entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de la República Italiana publicado en el DOF el 17 de enero de 2003. Artículo 4o. del APPRI entre los Estados Unidos Mexicanos y el Reino de los Países Bajos publicado en el DOF el 10 de julio de 2000. Artículo 13 del APPRI entre los Estados Unidos Mexicanos y la República de Panamá publicado en el DOF el 19 de diciembre de 2006. Artículo 9o. del APPRI entre los Estados Unidos Mexicanos y la República Portuguesa publicado en el DOF el 8 de enero de 2001. Artículo 10 del APPRI entre los Estados Unidos Mexicanos y la República Checa publicado en el DOF el 25 de marzo de 2004. Artículo 9o. del APPRI entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno del Reino de Suecia publicado en el DOF el 27 de julio de 2001. Artículo 4o. del APPRI entre los Estados Unidos Mexicanos y la Confederación Suiza publicado en el DOF el 20 de agosto de 1998. Artículo 11 del APPRI entre los Estados Unidos Mexicanos y la Unión Económica Belgo-Luxemburguesa publicado en el DOF el 19 de marzo de 2003. Artículo 8o. del APPRI entre los Estados Unidos Mexicanos y la República Oriental del Uruguay publicado en el DOF el 9 de agosto de 2002.

²⁰ Artículo 25(1) del Convenio.

petitividad contempladas en el Plan Nacional de Desarrollo de la presente administración es continuar con el proceso de apertura económica, así como “mejorar el aprovechamiento de los tratados de libre comercio que México ha suscrito”.²¹

En virtud de lo anterior, respetuosamente solicito a Usted:

Primero: Tenerme por presentado, haciendo las manifestaciones aquí contempladas.

Segundo: Informar al suscrito los motivos que explican la contradicción propiciada por la falta de México de adherirse al Convenio, descrita en el antecedente 9 anterior.

Tercero: Comunicar al suscrito si se vislumbra la adhesión de México al Convenio, y los motivos de la respuesta, cualquiera que sea el caso.

Cuarto: Informar al suscrito la postura oficial del gobierno mexicano y la Secretaría de Economía con respecto a la ratificación del Convenio por parte de México, incluyendo sus motivos.

Protesto lo necesario.

Francisco González de Cossío

²¹ Plan Nacional de Desarrollo 2007-2012, Economía Competitiva y Generadora de Empleos, 2.5 Promoción de la Productividad y Competitividad, Estrategia 5.6.