

PREMIO

JCT

Ganadores
Premio Julio C Treviño:
La mejor tesis sobre arbitraje
2010

Boletín Informativo del Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio, A.C. CAMECIC

Consejo Editorial.

Presidente ICC México.
Ing. Pierre Froidevaux Chavan

Vicepresidentes ICC México.
Lic. Ma. Fernanda Garza de Pérez Priego
Lic. Lorenzo Ysasi Martínez
Lic. Juan Luis Prieto Jaqué

Tesorero ICC México.
Lic. Jorge Fernández García Travesí

Secretaria General ICC México.
Lic. Yesica González Pérez

Directora Pauta.
Lic. Laura Altamirano López

Creación en formato electrónico.
Lic. Gustavo Manzanilla Méndez



Pauta Boletín Informativo del Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio.- Es una publicación de análisis educativo, social, comercial, financiero, económico e internacional, exclusivo para socios del Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio. Las ideas expuestas por nuestros colaboradores no corresponden necesariamente al pensamiento de ICC. Su distribución es exclusivamente para socios activos de ICC.

Copyright 2001 Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio. Reservados todos los derechos. Ninguna parte de este documento puede ser reproducida o traducida en ninguna forma o por cualquier medio -gráfico, electrónico o mecánico, incluidas las fotocopias, grabaciones en disco o cinta, u otro sistema de reproducción -sin el permiso escrito de ICC.

Título de la publicación: « ICC Pauta Boletín Informativo del Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio A.C. »
Editor Responsable. Lic. Rosa Laura Altamirano López
Número de certificado de reserva otorgado por el Instituto Nacional del Derecho de Autor Abril 2003: 04-2003-040217502100-106
Número de Certificado de Licitud de Título: 11518
Número de Certificado de Licitud de Contenido: 8105
Domicilio de la publicación y del distribuidor: Indiana 260 Piso 5
Oficina 508 Colonia Ciudad de los Deportes, C.P. 03810, México D.F.
Teléfonos: (52) 5687 2203, 5687 2207, 5687 2321
5687 2507, 5687 2601. Fax: (52) 5687 2628
web: www.iccmex.org.mx
e-mail: ygonzalez@iccmex.org.mx; laltamirano@iccmex.org.mx

3 Carta del Presidente

4 Aviso a ganadores del Premio 2010

5 Primer lugar: La conveniencia de la adhesión de México al Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (Resumen)

Por: Alexandra Von Wobeser Martínez Vara

14 Segundo lugar: La Ejecución Internacional de Laudos Anulados en su país de origen (Resumen)

Por: Lic. Gustavo Ernesto Aceves Rivera

19 Tercer lugar: Conflictos de Jurisdicción en el arbitraje comercial y la ejecución de la cláusula arbitral en México. Consideraciones teóricas para un caso práctico (Resumen)

Por: Héctor Flores Sentíes

24 Tesis ganadora: La conveniencia de la adhesión de México al Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados

Por: Alexandra Von Wobeser Martínez Vara

México D.F., Agosto 2011

Estimados socios y amigos:

Con objeto de honrar a uno de los precursores del uso de los medios alternativos de solución de controversias en México, y coadyuvar en la creación de la cultura del arbitraje, desde 2004, el Capítulo Mexicano de la Cámara de Comercio Internacional (ICC México), en coordinación con CANACO y el CAM, hemos convocado al Premio Julio C. Treviño Azcué, a la mejor Tesis en Arbitraje.

En el concurso 2009 – 2010, el jurado de las instituciones convocantes, realizaron una exhaustiva revisión de las tesis concursantes, tomando la decisión de publicar el resumen de los tres primeros lugares y la tesis íntegra correspondiente al primer lugar.

Buscando impulsar a los jóvenes abogados que incursionan en el mundo del Arbitraje y en reconocimiento a su destacado trabajo de investigación, ICC México tiene el gusto de presentar a ustedes las tesis ganadoras.

Nuestra felicitación a Alexandra von Wobeser Martínez Vara, Gustavo Ernesto Aceves Rivera y Héctor Flores Sentíes.

El Boletín Informativo “Pauta 64”, nos permite promover el estudio del Arbitraje, y ofrecer un merecido homenaje a Don Julio C. Treviño Azcué, quien fuera miembro mexicano de la Corte Internacional de Arbitraje y activo miembro de nuestra Comisión.

Muchas gracias.



Pierre Froidevaux Chavan
Presidente
ICC México

Las instituciones organizadoras del Premio J.C. Treviño tenemos el agrado de dar a conocer los nombres de los ganadores del primero, segundo y tercer lugar de la edición 2010 del premio a la mejor tesis en arbitraje:

Primer Lugar

Alexandra Von Wobeser Martínez Vara

con la Tesis

La conveniencia de la adhesión de México al Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados

Segundo Lugar

Gustavo Ernesto Aceves Rivera

con la Tesis

La Ejecución Internacional de Laudos Anulados en su país de origen

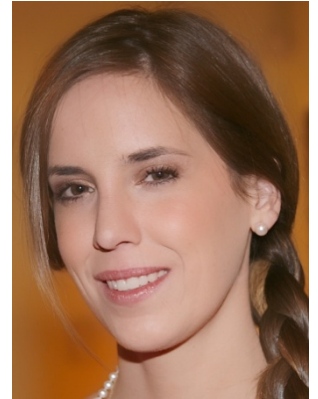
Tercer Lugar

Héctor Flores Senties

con la Tesis

Conflictos de Jurisdicción en el arbitraje comercial y la ejecución de la cláusula arbitral en México. Consideraciones teóricas para un caso práctico

¡MUCHAS FELICIDADES!

**LA CONVENIENCIA DE LA ADHESIÓN DE MÉXICO
AL CONVENIO SOBRE ARREGLO DE DIFERENCIAS
RELATIVAS A INVERSIONES ENTRE ESTADOS
Y NACIONALES DE OTROS ESTADOS (Resumen).****Alexandra Von Wobeser Martínez Vara¹****INTRODUCCIÓN.**

Uno de los principales impedimentos para atraer inversión extranjera en los países en vías de desarrollo ha sido la concepción de que, en el caso de haber una disputa entre el inversionista y el Estado receptor de la inversión, aquél carecería de un procedimiento efectivo para hacer valer sus derechos en contra del Estado.

Con la finalidad de contribuir a la solución de tal problema, en 1966, el Banco Mundial creó el Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias de Inversión (el "CIADI" o el "Centro"), previsto en el Convenio Sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (el "Convenio de Washington" o el "Convenio"). Desde su entrada en vigor, el Convenio ofrece a sus signatarios e inversionistas extranjeros nacionales de los Estados signatarios del mismo, la oportunidad de llevar sus disputas a tribunales arbitrales y comisiones de conciliación *ad hoc* creados con la finalidad de resolver dichas disputas de manera neutral. A la fecha, 141 Estados han firmado el Convenio y 134 lo han ratificado para volverse Estados miembros, convirtiéndose así en uno de los tratados más ratificados en la historia reciente.

En la década de 1990, la actividad del CIADI creció de manera exponencial, al proliferar la celebración de tratados de inversión que contemplan el CIADI como institución administradora de arbitrajes derivados de dichos tratados. Por su parte, a partir de la celebración del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (el "TLCAN"), México participa de manera activa en la tendencia global de celebrar tratados que fomenten la inversión extranjera. A la fecha, México ha celebrado una totalidad de 27 Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones ("APPRI") y ocho Tratados de Libre Comercio ("TLC" y, conjuntamente, "tratados de inversión").

¹ Egresada de la Escuela Libre de Derecho en el año 2008, con tesis laureada; colaboró en los despachos Creel, García-Cuellar y Muggenburg S.C. y Barrera, Siqueiros y Torres Landa S.C. Actualmente se encuentra realizando un proyecto de investigación.

Si bien todos los tratados de inversión celebrados por México establecen la posibilidad de acceder al mecanismo arbitral del CIADI, uno de los requisitos jurisdiccionales para el acceso es que, tanto el Estado receptor de la inversión como el Estado de la nacionalidad del inversionista, sean parte del Convenio de Washington, requisito con el cual México no cumple en la actualidad. Hay muchas especulaciones acerca de las razones por las cuales México no se ha adherido al Convenio, sin embargo, aún no hay una postura oficial que justifique tal abstención.

Este artículo se propone la adhesión de México al Convenio de Washington, señalando los beneficios que dicha adhesión conlleva, analizando las posibles razones por las cuales México aún no forma parte de dicho Convenio, y se proponen soluciones para resolver dichos problemas.

EL ARBITRAJE DE INVERSIÓN.

El arbitraje de inversión puede definirse como el mecanismo de solución de controversias en materia de inversión extranjera, en virtud del cual el inversionista tiene la posibilidad de demandar al Estado receptor de la inversión ante un panel arbitral por la violación de un derecho sustantivo otorgado a su favor por un contrato público, una ley interna o un tratado internacional.

Debido a las características de la relación existente entre las partes, el Arbitraje derivado de conflictos entre inversionistas y Estados tiene características que lo distinguen del arbitraje entre particulares, estas son: (i) la participación del Estado en el arbitraje en calidad de autoridad; (ii) las formas de manifestación de la voluntad para acceder al arbitraje, ya que el Estado puede manifestar su voluntad mediante un tratado, una ley o un contrato público; (iii) que, por regla general, el Estado participa como demandado en el arbitraje; y (iv) en la renuncia del Estado a su inmunidad soberana para ser demandado.

En lo relativo a su administración, el arbitraje de inversión, al igual que el arbitraje comercial, puede dividirse en arbitraje institucional y arbitraje *ad hoc*. Hoy, la mayoría de los arbitrajes de inversión son conducidos por instituciones arbitrales. Asimismo, el CIADI es la única institución administradora de arbitrajes especializada en materia de inversión.

Las principales reglas utilizadas en materia de inversión son: (i) Las Reglas de Arbitraje del CIADI, (ii) El Mecanismo Complementario del CIADI, (iii) Las Reglas de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, y (iv) Las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI.

El Mecanismo Complementario del CIADI, es el mecanismo que más se ha utilizado en los casos que involucran a México. Este surgió en virtud de que el Secretariado del CIADI comenzó a recibir un gran número de solicitudes sobre la posibilidad de prestar sus servicios respecto de controversias en donde figuraraban Estados contratantes y nacionales de otros Estados que no eran contratantes del Convenio. En 1978 el Consejo Administrativo del CIADI aprobó el reglamento del Mecanismo Complementario que autoriza al Secretariado del CIADI para administrar ciertos procedimientos entre Estados y nacionales de otros Estados que están fuera del ámbito de aplicación del Convenio.

LA ACTITUD DE MÉXICO ANTE EL CIADI.

Las razones por las cuales México no se ha adherido al Convenio han sido motivo de especulación entre distintos autores, pues no hay una postura oficial al respecto. Algunas de ellas son las siguientes:

a. Experiencia histórica.

Para explicar la actitud de México hacia el arbitraje en donde interviene el Estado mexicano, Bernardo Sepúlveda Amor hace referencia a algunos conflictos resueltos mediante el arbitraje en los cuales México no obtuvo una resolución favorable².

Sin embargo, los cambios en las condiciones arbitrales, la mayor equidad en los procedimientos, el estricto rigor en la calidad de los árbitros, así como la realidad económica de la actualidad, hacen que esta posible razón quede descartada en un futuro; la realidad del pasado no es la misma que la realidad actual. Ahora, si el Estado mexicano cumple con las obligaciones a las que se compromete en los tratados de inversión que celebra, no tendrá por qué perder injustamente un arbitraje de inversión, y menos si éste se encuentra supervisado por una institución administradora de arbitrajes, como el CIADI. Por otro lado, México ha tenido una experiencia positiva en los arbitrajes de inversión en donde ha participado conforme al Capítulo XI del TLCAN.

b. El deseo de no ventilar casos que involucren al Estado Mexicano en foros internacionales

El deseo de no exponer al Estado Mexicano en foros internacionales puede contribuir –según se especula– a la reticencia de México para adherirse al Convenio, de, tal vez, no exhibir los abusos que México pueda cometer contra los inversionistas extranjeros ante la comunidad internacional, y en el caso que nos concierne, ante el Banco Mundial.

Sin embargo, independientemente de que los arbitrajes no se ventilan ante el CIADI, en numerosas ocasiones se ha recurrido al Mecanismo Complementario y, por lo tanto, México ha quedado expuesto de la misma manera ante el foro internacional, pero sin aprovechar los beneficios que ofrece el CIADI.

c. La aplicación del Derecho internacional

Otra razón detrás de la reticencia de México de adherirse al Convenio de Washington puede encontrarse en su Artículo 42(1) que contempla la posibilidad de que el Derecho internacional sea correctivo del Derecho mexicano en los casos que pudiera ser aplicable.

Sin embargo, se debe tomar en cuenta que, de ser el caso, ello pasaría por alto que el Derecho internacional en materia de inversión ya se ha filtrado al Derecho mexicano con los mismos efectos que el Artículo 42 del Convenio, debido a que el Artículo 1105 del TLCAN dispone que el Estado huésped 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".

El resultado de dicho Artículo es que en un procedimiento arbitral, bajo el capítulo XI del TLCAN, una parte puede legítimamente citar precedentes y normas internacionales como vinculantes. Si el Derecho internacional estableciera una protección mayor que el trato que dicho Estado le está dando al inversionista o inversión correspondiente, prevalecerá el Derecho internacional.

d. Nulidad y ejecución de laudos

Quizá la razón más comprensible por la que el Estado mexicano sostiene su ausencia como parte del CIADI es la relativa a la nulidad y la ejecución de sentencias, pues la nulidad en los procedimientos llevados ante el CIADI se resuelve por otro panel arbitral del CIADI y no permite la intervención de las cortes nacionales para revisar la nulidad.

² Entre ellos, se encuentran el conflicto bélico entre México y Francia en 1844, las comisiones de reclamación creadas en 1839 y 1868 para resolver las diferencias existentes entre México y Estados Unidos de América, las reclamaciones de extranjeros contra México por actos revolucionarios sucedidos entre 1910 y 1920, así como las controversias por títulos soberanos sobre la isla de Clipperton y el Chamizal.²

Sin embargo, en caso de que México sea demandado, lo más común es que el arbitraje se lleve a cabo en un lugar fuera del territorio mexicano, y al no ser parte del CIADI, los tribunales del Estado donde se dictó el laudo resuelven la nulidad. Por lo tanto, resultaría más beneficioso para México que un panel arbitral de expertos resuelva la nulidad sin involucrar a los tribunales de otro Estado, como sucede en los procedimientos llevados a cabo de conformidad con el CIADI; con ello, se evitaría un posible conflicto entre México y el Estado cuyos tribunales resolvieran la nulidad.

Por su parte, ejecución conforme al CIADI está excluida de los supuestos en los que se puede negar la ejecución conforme a la Convención de Nueva York pues, por medio del Convenio de Washington, los Estados signatarios se obligan a reconocer las sentencias dictadas por los tribunales arbitrales constituidos conforme al CIADI como si fueran nacionales. En este caso, el Estado que siempre es el demandado podrá no tener un medio adicional (los supuestos de no ejecución previstos en la Convención de Nueva York) para impugnar el laudo arbitral. Sin embargo, los supuestos de nulidad del laudo previstos en el Convenio de Washington son casi los mismos que los de no ejecución, por lo que cualquier inconformidad con el laudo podría ventilarse mediante dicho procedimiento.

e. Constitucionalidad

La ausencia de México como signatario del Convenio de Washington podría deberse a una malentendida inconstitucionalidad de dicho tratado, que a su vez podría derivarse de tres principios constitucionales: la garantía de igualdad, la Cláusula Calvo y el principio de agotamiento previo de los recursos locales. En todo caso, la inconstitucionalidad sería de los tratados de inversión que contemplan al CIADI, más no la del Convenio de Washington en sí mismo, pues donde se faculta al inversionista a acceder al CIADI es en dichos tratados y no en el Convenio, cuya firma constituye simplemente un requisito previo para acceder al CIADI.

Respecto de la garantía de igualdad, podría decirse que los inversionistas extranjeros en México no son iguales a los inversionistas mexicanos, pues tienen un recurso adicional para proteger sus inversiones. Esto implicaría, en principio, una violación al Artículo primero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que contempla la garantía de igualdad. A su vez, tal violación generaría dos violaciones adicionales, una al Artículo 15 constitucional, que impide restar garantías individuales mediante la celebración de tratados internacionales, y otra al Artículo 133, que supedita la validez de los tratados internacionales a su conformidad con la Constitución.

Sin embargo, los extranjeros y los nacionales no son iguales, lo cual constituye la premisa esencial de la aplicación del principio. Más aún, de su desigualdad deriva el derecho adicional con el que cuentan los inversionistas extranjeros. Si no fuera así, entonces el hecho de que los extranjeros en México tengan una condición jurídica distinta de la de los mexicanos también sería inconstitucional.³

Otra de las razones, y quizá la más importante, para sustentar que no se viola la garantía de igualdad al otorgarle derechos adicionales al inversionista extranjero en México es el hecho de que el inversionista mexicano en el extranjero goza de los mismos derechos adicionales. Por lo tanto, se mantiene un equilibrio entre los inversionistas extranjeros en México y los inversionistas mexicanos en el extranjero.

La segunda posible inconstitucionalidad de los tratados de inversión celebrados por México radica en la Cláusula Calvo que establece que los extranjeros deberán convenir con la Secretaría de Relaciones Exteriores en considerarse como nacionales respecto de los bienes que adquieran y en no invocar respecto de ellos la protección de sus gobiernos.

La Cláusula Calvo es el resultado de una época en la que los Estados latinoamericanos se veían constantemente amenazados por las potencias extranjeras en lo concerniente a los nacionales de dichas potencias y a sus bienes. Sin embargo, en la actualidad, la Cláusula Calvo es una reminiscencia histórica, pues el Derecho internacional se ha

³ Francisco González De Cossío, *Arbitraje*, México, Porrúa, 2004, pp. 469 y 470.

desarrollado de tal forma que ya sería casi imposible que una potencia interviniera con el uso de la fuerza en contra de México para proteger a sus nacionales.

Si bien la Cláusula Calvo exige considerar al extranjero como nacional respecto de los bienes inmuebles que adquiera, de todas formas el extranjero debe cumplir ciertos requisitos adicionales que un mexicano no debe cumplir, por lo cual, de todas formas, no se le está considerando como nacional. Por otro lado, respecto de la renuncia a invocar la protección de su gobierno, la protección diplomática es un derecho del que es titular el Estado del cual es nacional el extranjero, no el extranjero en sí mismo, por lo tanto, aunque éste renuncie a esa protección, su renuncia no tendría efectos pues no se puede renunciar a un derecho del que no se es titular.

En todo caso, si se pretende evitar la intervención diplomática de otros Estados encaminada a la protección de sus nacionales, el Convenio, más que inconstitucional, resuelve esta necesidad, porque en dicho convenio el Estado renuncia a ejercitar la protección diplomática a favor de su nacional, y en este caso sí es válida la renuncia al ser hecha por quien efectivamente es titular del derecho.

Respecto al principio de agotamiento previo de los recursos locales, si bien es un principio reconocido en el Derecho internacional, no se trata de un principio de orden constitucional. Asimismo, aunque se trata de un principio reconocido, esto no significa que no pueda renunciarse a él por medio de tratados internacionales. Por último, en el caso de que el Estado mexicano rehusara permitir el arbitraje de inversión sin el agotamiento previo de recursos internos (que ya ha permitido, por ejemplo, en el TLCAN), podría formular una reserva al CIADI en donde exigiera el agotamiento previo de recursos internos antes de acceder al CIADI.

f. Respuesta oficial a la consulta formulada por el Lic. Francisco González de Cossío

El 21 de enero de 2008, el Licenciado Francisco González de Cossío solicitó a la subsecretaría de Negociaciones Comerciales Internacionales, una explicación al respecto de la ausencia de México como signatario del Convenio, con fundamento en el Artículo 8º constitucional.

Ante dicha consulta, el licenciado González de Cossío recibió una respuesta en la que fundamentalmente señala que “se requiere de un estudio y un análisis cuidadoso sobre las ventajas y desventajas que conlleva una posible adhesión”.

De aquí puede concluirse que si México no es parte del Convenio, la postura oficial debería detallar las razones por las cuales no es conveniente adherirse a dicho tratado, mas no señalar que México no es parte simplemente porque no se ha estudiado dicha posibilidad. El hecho de que la falta de adhesión al CIADI se motive en la falta de estudio, habla mal de las autoridades mexicanas a quienes les corresponde proponer la celebración de tratados internacionales, pues dicha razón se fundamenta en una negligencia y no en razones reales por las que no conviene formar parte del Convenio.

CONVENIENCIA DE LA ADHESIÓN DE MÉXICO AL CONVENIO SOBRE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES ENTRE ESTADOS Y NACIONALES DE OTROS ESTADOS

Con la finalidad de resaltar los beneficios que traería la adhesión de México al Convenio de Washington, a continuación se hace una breve comparación de éste con los otros mecanismos de solución de controversias en materia de inversión a los que un inversionista extranjero en México, o un inversionista mexicano en el extranjero tienen acceso (los “otros mecanismos”).

La propuesta del presente artículo no es que México se adhiera al Convenio de Washington para que *todos* los arbitrajes de inversión en los cuales México o un nacional mexicano sean parte se resuelvan conforme al CIADI, sino

otorgarle al inversionista una posibilidad adicional para elegir ante cuál institución o mediante cuáles reglas arbitrales se resolverá una disputa en donde sea parte.

RENUNCIA A LA PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA

Una de las diferencias fundamentales entre el CIADI y los otros mecanismos es la relativa a la renuncia a ejercer la protección diplomática, establecida en el Artículo 27 del Convenio de Washington.

En el Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI, no hay una disposición por la cual el Estado renuncie a ejercer su derecho de proteger a sus nacionales por la vía diplomática, pues dicho Reglamento no es un tratado firmado por el Estado en donde éste pueda renunciar a sus derechos, sino que se trata de un conjunto de reglas emanadas del Consejo Administrativo del Centro. Lo mismo sucede tratándose de los arbitrajes llevados ante la CCI o conforme al Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, los cuales, por la misma razón, no incluyen una renuncia a la protección diplomática.

Como consecuencia, en los arbitrajes celebrados según los otros mecanismos, el Estado podrá, si así lo desea, conceder la protección diplomática o promover una acción internacional para proteger a sus nacionales, incluso, cuando la controversia esté en proceso de resolución ante un tribunal arbitral. Esta intervención podría traer como consecuencia cierto grado de tensión en las relaciones diplomáticas entre los países parte en la controversia. Por lo contrario, si ambos Estados son parte del Convenio, al no poder ejercitar la protección diplomática o una reclamación internacional, la controversia se mantendrá entre el Estado receptor de la inversión y el inversionista.

APLICACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL

Conforme al Artículo 42 del Convenio de Washington, si las partes no acordaran acerca del Derecho aplicable al fondo de la controversia —lo cual es común en materia de inversión—, se aplicará el Derecho del Estado parte en la diferencia y las normas de Derecho internacional que puedan ser aplicables.

La aplicación del Derecho internacional no se hará de manera supletoria al Derecho interno, sino de manera conjunta. Incluso, podrá suceder que el Derecho interno no se aplique en caso de que el tribunal concluya que el mismo viola o no es conforme con el mínimo exigido por el Derecho internacional. Esto quiere decir que, en materia del CIADI, el Derecho internacional puede también ser correctivo del Derecho interno.

En el Reglamento del Mecanismo Complementario, la disposición es parecida a la del Convenio; en este caso, se aplicarán las normas sobre conflicto de leyes que el tribunal considere aplicables simultáneamente con las de Derecho internacional, mientras que en el Convenio se aplicarán las normas del Estado receptor de la inversión. En comparación con el Mecanismo Complementario, el CIADI ofrece mayor seguridad jurídica tratándose de las normas que serán aplicables al fondo, cuando las partes no hubieran pactado nada al respecto, pues establece con claridad que serán las normas del Estado parte en la controversia.

En este sentido, la diferencia fundamental se encuentra al comparar el CIADI con la CCI y las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI, pues ambas disposiciones establecen que, a falta de acuerdo de las partes, será aplicable la ley determinada por las normas de conflicto de leyes que el Tribunal considere aplicables; en ambos casos, sin hacer mención del Derecho internacional público.

La importancia de la inclusión del Derecho internacional público en el CIADI y en el Mecanismo Complementario radica, fundamentalmente, en los precedentes creados en distintos asuntos del CIADI o del Mecanismo Complementario, los cuales van creando el Derecho internacional aplicable a la materia y, de cierta forma, van legislando en materia de arbitraje de inversión, aunque no tienen carácter obligatorio.

TRANSPARENCIA

En materia de transparencia, el CIADI es quizá la institución arbitral más avanzada, fundamentalmente porque se trata de una institución especializada en arbitraje de inversión, y, por lo tanto, una de las partes siempre será un Estado.

En lo referente al procedimiento oral, las Reglas de Arbitraje del CIADI admiten la posibilidad de que el Tribunal permita, después de consultar con el secretario general y salvo objeción de las partes, a personas distintas de las partes en la controversia asistir como observadores a las audiencias. En el Mecanismo Complementario del CIADI, no hay disposición alguna que permita a personas distintas de las partes en la controversia asistir a las audiencias. Por otro lado, en el contexto de la CCI, salvo el consentimiento del tribunal y de las partes, las personas no involucradas en los procedimientos no deberán ser admitidas dentro de las audiencias. Por último, las audiencias conducidas de conformidad con el Reglamento de la CNUDMI se celebran *in camera*, aunque las partes pueden permitir la presencia de personas distintas de las partes y sus representantes.

Si bien el efecto de las disposiciones relativas a la privacidad de las audiencias es el mismo tanto en el CIADI como en la CCI y en el Reglamento de la CNUDMI, pues se requiere la aprobación de las partes para permitir a personas ajenas asistir a ellas, en el CIADI la regla general es que el Tribunal, con la aprobación del secretario, puede permitirlo salvo objeción de las partes. Por otro lado, en la CCI y en el Reglamento de la CNUDMI, por lo general, no se permite la asistencia de terceros a las audiencias, y sólo como excepción puede admitirse por acuerdo de las partes y del Tribunal.

Otra característica importante es la inclusión de la figura de *amicus curiae* en las Reglas de Arbitraje del CIADI. En los Reglamentos de Arbitraje de los otros mecanismos, no hay ninguna disposición que permita la presentación de dichos escritos, razón por la cual, para su aceptación, esta figura deberá estar prevista en el contrato, tratado de inversión o ley, que sirvan como fuente de dicho arbitraje, o puede ser admitida a manera de excepción por decisión del Tribunal.

En lo relativo a la publicación de los laudos, si bien las Reglas del CIADI no permiten la publicación de un laudo sin el consentimiento de las partes, es obligatoria la publicación de extractos del razonamiento del Tribunal. A diferencia del procedimiento arbitral conforme al CIADI, las deliberaciones del Tribunal según el Mecanismo Complementario del CIADI deberán llevarse a cabo en privado y permanecerán secretas. En lo referente a la CCI y al Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, los laudos tendrán el carácter de confidenciales, salvo que las partes decidan publicarlos por su cuenta.

La importancia de la transparencia en los procedimientos llevados bajo el CIADI radica en las controversias presentadas ante los tribunales en materia de inversión que, en muchos casos, involucran cuestiones que pueden incluir asuntos importantes de interés público. La oportunidad de que haya una vigilancia pública en los procedimientos llevados de acuerdo con el CIADI, y la posibilidad de la presentación de escritos *amicus curiae*, responden a la necesidad de transparencia surgida en el contexto del arbitraje de inversión, y le otorgan al Tribunal arbitral la posibilidad de resolver la controversia tomando en cuenta no sólo la opinión del Estado receptor de la inversión y la del inversionista, sino la de organizaciones no gubernamentales y grupos defensores de un interés determinado.

NULIDAD Y EJECUCIÓN DE LAUDOS

Por regla general, el laudo dictado por el panel arbitral conforme al CIADI es obligatorio para las partes y no podrá ser objeto de apelación ni de cualquier otro recurso, salvo en los casos previstos en el Convenio. Como consecuencia de ello, el laudo no quedará sujeto a un recurso de revisión o de nulidad ante los tribunales domésticos del lugar en donde se dictó el laudo.

Los procedimientos según los otros mecanismos no quedan a salvo del Derecho local ni de los tribunales del lugar donde se dicta el laudo o en donde se pretende su ejecución. Esto puede conllevar cierto grado de desconfianza en el inversionista extranjero, quien, es de suponerse, puede preferir que la controversia se resuelva por un panel arbitral de expertos y no por un juez local.

Éste constituye el argumento más fuerte a favor de la adhesión de México al CIADI, pues es la diferencia más relevante entre el arbitraje celebrado conforme al CIADI y el celebrado de acuerdo con los otros mecanismos.

RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL POR INCUMPLIMIENTO DE UN LAUDO

Si bien el artículo 27(1) del Convenio establece que ningún Estado podrá promover reclamación internacional respecto de las diferencias sometidas al CIADI, dicho artículo establece a manera de excepción que podrá hacerlo en el caso de que el Estado contratante no haya acatado el laudo dictado en tal diferencia o haya dejado de cumplirlo.

Esta posibilidad, aunada a que los Estados se obligan a reconocer dichos laudos como si hubiesen sido dictados por sus cortes nacionales, hace posible someter la diferencia a la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia. En el caso de no acatar o dejar de cumplir el laudo, el Estado de que se trata incurrirá en responsabilidad internacional al incumplir con una obligación adquirida al firmar el Convenio⁴.

En los otros mecanismos, no hay posibilidad de que el Estado incurra en responsabilidad internacional, en virtud de que los Estados no han celebrado ningún tratado internacional en donde se obliguen a reconocer los laudos dictados mediante dichos mecanismos. Por lo tanto, en caso de que el Estado incumpla con el laudo, no se le podrá exigir una responsabilidad ante la Corte Internacional de Justicia.

PROTECCIÓN DE INVERSIONISTAS MEXICANOS EN EL EXTRANJERO

A la fecha, se han identificado un gran número de empresas mexicanas que operan en una variedad de jurisdicciones. En algunas de ellas podría existir un tratado de protección a la inversión con cláusula arbitral. También podría suceder que el inversionista mexicano sea objeto de medidas gubernamentales arbitrarias o discriminatorias en lo relativo a sus inversiones, o que los tribunales locales no sean una garantía suficiente en la protección de los derechos del inversionista mexicano.

Esos riesgos podrían reducirse de manera considerable si el inversionista tiene acceso a un mecanismo de arbitraje internacional especializado en arbitraje de inversión, como es el caso del CIADI.

COSTOS

Otro argumento inclinado a favor de la incorporación de México al CIADI es que el Centro goza de apoyo financiero del Banco Mundial, lo cual permite una reducción en los costos en que las partes incurren por la administración del arbitraje. Los cargos por el arbitraje se calculan por días, de acuerdo con un costo estimado de los procedimientos, y se paga en abonos.

Lo anterior contrasta con otras instituciones arbitrales, en donde los cargos se determinan de conformidad con el monto de la reclamación, como el caso de la CCI. Sin embargo, el mejor beneficio del CIADI es respecto de la CNUDMI, donde el mismo Tribunal arbitral es quien determina sus honorarios. Esto se podría prestar a abusos por parte de los árbitros y a poca seguridad de las partes respecto de lo que les costará el arbitraje.

⁴ Ver *Enron v. República de Argentina* (ICSID Case No. ARB/01/3)

ARGUMENTOS METAJURÍDICOS

a. Atracción de inversión extranjera

En la actualidad, la economía mundial está superando una fuerte crisis. Ante esta situación, es recomendable que el Estado mexicano tome todas las medidas para incentivar la inversión extranjera en nuestro país; una de ellas es la adhesión de México al Convenio de Washington, pues éste le proporciona al inversionista extranjero en México un mayor grado de seguridad jurídica, así como un recurso adicional para hacer valer sus pretensiones en contra del Estado mexicano.

b. La aceptación por México del arbitraje en tratados de inversión

Como ya se mencionó, México ha celebrado una cantidad importante de tratados de inversión en donde la primera opción que se le otorga al inversionista es la de acudir a un arbitraje ante el CIADI. Por ello resulta contradictorio que México todavía no forma parte del Convenio de Washington.

c. Representación en el Consejo Administrativo del CIADI

De ser parte del Convenio, México estaría representado en el Consejo Administrativo del Centro. Con ello podría participar en las directrices para la conducción del Centro, lo cual incluye determinar las reglas aplicables al arbitraje. En la actualidad, muchos de los arbitrajes de inversión en donde México es parte, se conducen bajo el Mecanismo Complementario del CIADI; sin embargo, México no tiene presencia en lo relativo a la modificación del reglamento; de ser México parte del Convenio, podría participar en la toma de decisiones en lo relativo a la modificación de las reglas de arbitraje y al funcionamiento del Centro, lo que sin duda constituye un beneficio a favor de nuestro país.

d. La imagen de México ante el Banco Mundial

Hoy, México figura dentro de las economías más importantes del mundo. Políticamente, no formar parte del CIADI le da a México una mala reputación en la comunidad internacional, pues parecería que no está dispuesto a recurrir a todas las medidas para cumplir más efectivamente con sus obligaciones internacionales. Formar parte del Convenio de Washington contribuiría a tener una visión más positiva de México en el ámbito internacional.

A manera de conclusión, y en virtud de las razones mencionadas en el presente artículo, considero que la adhesión de México al Convenio de Washington traería grandes beneficios para el arbitraje de inversión en México.

LA EJECUCIÓN INTERNACIONAL DE LAUDOS ANULADOS EN SU PAÍS DE ORIGEN

Por Gustavo E. Aceves Rivera⁵



La Convención de Nueva York de 1958 sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (la "Convención de Nueva York") establece en su artículo V las causales para denegar el reconocimiento o ejecución de un laudo, mismas que operarán de oficio cuando se trate de una violación al orden público o de una materia inarbitrable, o a petición de parte, siempre que se pruebe ante la autoridad competente que se violaron los estándares mínimos de justicia procesal en relación al acuerdo arbitral, a las partes o al proceso arbitral en sí mismo.

Como regla general, si un laudo arbitral ha sido anulado en el país sede del arbitraje, el juez podrá denegar su reconocimiento o ejecución, sin importar las bases sobre las que fue anulado, en virtud del artículo V (1) (e) de la Convención de Nueva York. El derecho interno de cada Estado es quien define las bases de anulación, que pueden o no coincidir con las causales para denegar el reconocimiento o ejecución de laudos arbitrales señaladas en el artículo V de la Convención de Nueva York. Una vez declarada la nulidad del laudo, cesan sus efectos y su ejecución no será posible en su país de origen. Sin embargo, surgen opiniones divergentes en cuanto a los efectos internacionales de la anulación. ¿Se puede ejecutar un laudo anulado en un país distinto a aquel en el cual se decretó la anulación? ¿En qué casos?

La facultad que tiene el juez de denegar la ejecución de un laudo arbitral si ha sido suspendido o anulado por un tribunal en la sede del arbitraje podría tomarse como razonable en principio. Cuando menos por reciprocidad internacional, si un laudo arbitral es anulado en una jurisdicción, no tendría porqué ser reconocido o ejecutado en otra. ¿Pero cómo debería proceder el juez de ejecución ante un laudo anulado por normas o criterios locales de la sede del arbitraje que sean visiblemente erróneos o excesivos?

La Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Comercial Internacional ("UNCITRAL", por sus siglas en inglés) homologa en su artículo 34 las bases para anular un laudo con las causales para denegar el reconocimiento o ejecución de un laudo arbitral bajo la Convención de Nueva York. Pero aún en los casos de los países que han suscrito la Ley Modelo, como es el caso de México, podría haber normas o criterios excesivos de anulación, ya que la legislación interna es la que dota de contenido al orden público, a la arbitrabilidad y capacidad de las partes.

⁵ Licenciado en Derecho por la Universidad Panamericana, con estudios en McGill University. Fue practicante en la sede de la ICC en París y actualmente es candidato a Master en Derecho por The Fletcher School of Law and Diplomacy, en donde obtuvo la Beca de Excelencia Académica.

Surgen controversias cuando se establecen causales distintas de anulación que no serían aceptables en un contexto internacional. La legislación interna del Estado del lugar de ejecución podría establecer requisitos adicionales de validez con consecuencias nefastas sobre la eficacia del arbitraje. Como muestra basta un botón: en una sentencia del 28 de marzo de 1994, la Suprema Corte de Justicia de España exigió para que se considerase válida una sentencia arbitral, tenía que ser ratificada ante notario antes de ser notificada a las partes. Si se permite que todo tipo de normas locales de la sede del arbitraje frustren la ejecución de un laudo, se corre el riesgo de perder de vista la *ratio legis* de la Convención de Nueva York: facilitar la ejecución de laudos arbitrales y proteger a las partes extranjeras de decisiones sustentadas en criterios locales.

Aunque en México todavía no existen precedentes que versen sobre este tema, el análisis de la doctrina y los precedentes internacionales podrían aportar cierta orientación, para que en su momento, los tribunales mexicanos puedan resolver estos interrogantes y tomar una decisión adecuada. Jurisdicciones como Estados Unidos, Francia, Bélgica y Austria, entre otras, han tomado la decisión de ejecutar laudos arbitrales que han sido anulados por tribunales extranjeros.⁶ El artículo VII (1) de la Convención de Nueva York permite la aplicación de cualquier norma más favorable a la ejecución del laudo no obstante la existencia de una causal de anulación bajo el artículo V de la misma Convención o bajo cualquier otro derecho aplicable, incluyendo el derecho de la sede del arbitraje. Si bien estos casos son excepcionales, generan interrogantes sobre las consecuencias legales de la sentencia de un tribunal nacional que declara nulo un laudo arbitral. ¿El tribunal del lugar de ejecución tiene el deber de denegar la ejecución de un laudo que ha sido anulado por un tribunal extranjero? ¿Tiene el tribunal del lugar de ejecución el deber de reconocer y ejecutar un laudo aún cuando éste ha sido anulado en el extranjero? ¿Tiene la opción de ejecutar ya sea el laudo original o la sentencia que lo anula? ¿La discrecionalidad que tiene el juez bajo la Convención de Nueva York al decidir si ejecuta o no un laudo arbitral representa una ventaja o un riesgo?

Criterios para la Ejecución de Laudos Anulados

Jan Paulsson, uno de los principales defensores a favor de la ejecución de laudos anulados, sugiere que se respeten sólo las causales *internacionales* de anulación ("*International Standard Annulments*" o "*ISA*") –aquellas que coinciden con los primeros cuatro párrafos del artículo V (1) de la Convención de Nueva York y el artículo 36 (1) (a) de la Ley Modelo de UNCITRAL. Es decir, reconocer sólo las irregularidades "internas" del arbitraje y e ignorar todas las causales *locales* de anulación ("*local standard annulments*").⁷

La propuesta de Paulsson se resume en adoptar las causales de anulación previstas en la Convención de Europa sobre Arbitraje Comercial Internacional (la "Convención de Ginebra"), firmada en Ginebra el 21 de abril de 1961. Desarrollada por la Comisión Económica de las Naciones Unidas para Europa durante el periodo de la Guerra Fría para promover el comercio entre el bloque occidental y el bloque soviético, la Convención ofrece una solución al problema de la ejecución de laudo anulados distinta al artículo V (1) (e) de la Convención de Nueva York.

⁶ Cfr. *Hilmarton Ltd. vs. Omnium de traitement et de valorisation – OTV*, decisión del 23 de marzo de 1994 de la Cour de Cassation de París, Francia; *Chromalloy Aeroservices Inc. vs. República Árabe de Egipto*, decisión del 14 de enero de 1997 de la Cour d'appels de París, Francia; *Société Nationale pour la Recherche, le Transport et la Commercialisation des Hydrocarbures (SONATRACH) (Algeria) vs. Ford, Bacon and Davis Incorporated (US)*, decisión del 6 de diciembre de 1988 del Tribunal de Primera Instancia de Bruselas, Bélgica; y *DO Zdravilisce Radenska (Eslovenia) vs. Kajo-Erzeugnisse Essenzen GmbH (Austria)*, decisión del 20 de octubre de 1993 de la Corte Suprema de Austria.

⁷ Son causales *internacionales* de anulación la incapacidad de las partes o la invalidez del acuerdo arbitral; la falta de notificación a las partes de la designación del árbitro y la falta al debido proceso al no permitir que cualquiera de las partes haga valer sus derechos; el incumplimiento con los términos del acuerdo arbitral; y las irregularidades en la composición del tribunal arbitral o en las audiencias arbitrales. Cfr. PAULSSON, Jan. "Enforcing Arbitral Awards Notwithstanding a Local Standard Annulment (LSA)", ICC International Court of Arbitration Bulletin (París, 1998), Núm. 14, Vol. 1, pp. 14 – 31; PAULSSON, Jan. "*L'exécution des sentences arbitrales dans le monde de demain*". *Revue de l'arbitrage*, Kluwer International (La Haya, 1998), No. 4, pp. 637-652; PAULSSON, Jan. "*Interference by National Courts*", en NEWMAN, Lawrence W. y HILL, Richard D. (eds.). *The Leading Arbitrator's Guide to International Arbitration*. Juris Publishing (Nueva York, 2004), pp. 107-137.

En el caso de los países signatarios de ambas convenciones, el artículo IX (2) de la Convención de Ginebra restringe la aplicación del artículo V (1) (e) de la Convención de Nueva York a las primeras cuatro causales de anulación:

- a) las partes en el acuerdo o compromiso arbitral estaban, con sujeción a la ley a ellas aplicable, afectadas de una incapacidad de obrar, o dicho acuerdo o compromiso no era válido con arreglo a la ley a la cual lo sometieron las partes o, en caso de no haber indicación al respecto, conforme a la ley del país en donde se dictó el laudo;
- b) la parte que pide la anulación del laudo no había sido informada debidamente sobre el nombramiento del árbitro o sobre el desarrollo del procedimiento arbitral, o le había sido imposible, por cualquier otra causa, hacer valer sus alegaciones o recursos;
- c) el laudo se refiere a una controversia no prevista en el compromiso arbitral o no incluida dentro de lo establecido en la cláusula compromisoria, o contiene decisiones sobre materias que sobrepasen los términos del compromiso arbitral o de la cláusula compromisoria (...)
- d) la constitución o composición del tribunal de árbitros o el procedimiento arbitral no se ha ajustado al acuerdo o compromiso entre las partes (...)

La anulación no se encuentra prevista como causal de anulación bajo la Convención de Ginebra. Cuando un laudo ha sido anulado por una causal distinta a las mencionadas bajo el artículo IX (1), debe ser ejecutado independientemente de lo establecido en el artículo V (1) (e) de la Convención de Nueva York, tal como lo estableció la Suprema Corte de Austria en el caso *Kajo vs. Radenska*, en virtud de la excepción del derecho más favorable bajo el artículo VII de la Convención de Nueva York.⁸

La distinción que propone Paulsson entre lo que llama causales *internacionales* de anulación y las causales *locales* de anulación es demasiado simple para ser atinada en todos los casos. Pueden existir normas o criterios sobre la capacidad de las partes o sobre la validez de una notificación que forman parte de las primeras cuatro causales de anulación bajo el artículo V (1) (e) de la Convención de Nueva York y resultan absurdos en un contexto internacional.

El árbitro William W. Park, por su parte, propuso modificar la Ley Modelo de UNICTRAL para armonizar las causales de anulación de laudos, eliminando por ejemplo, la referencia a conceptos ambiguos tales como el "orden público".⁹ Otras propuestas han buscado la revisión de la Convención de Nueva York y la exclusión del procedimiento de nulidad, lo que sería evidentemente inviable y poco conveniente desde el punto de vista legislativo, ya que un mecanismo de control de calidad de laudos arbitrales sí resulta necesario para salvaguardar las expectativas de justicia de las partes y pocos países renunciarían al control sobre los laudos emitidos en su territorio.¹⁰

Conclusión

Los precedentes casuísticos en diversas jurisdicciones, el lenguaje permisivo del artículo V y la salvaguarda del derecho más favorable en el artículo VII de la Convención de Nueva York confirman que sí es posible ejecutar un laudo anulado en un país distinto a aquel en el cual se decretó su anulación. Pudiera objetarse que esto vacía de

⁸ Cfr. *DO Zdravilisce Radenska* (Eslovenia) vs. *Kajo-Erzeugnisse Essenzen GmbH* (Austria), *Yearbook of Commercial Arbitration*, 2001, p. 922.

⁹ PARK, William W. "Why Courts Review Arbitral Awards", en BRINER, Robert, et al. (eds.), *Law of International Business & Dispute Settlement in the 21st Century: Liber Amicorum Karl-Heinz Böckstiegel*. Carl Heymanns Verlag KG (Köln, 2001), pp. 595-606.

¹⁰ FOUCHARD, Philippe. "La portée internationale de l'annulation de la sentence arbitral dans son pays d'origine", en *Revue de l'arbitrage*, Kluwer International (La Haya, 1997), Núm. 3, pp. 329-352.

contenido el mecanismo para denegar la ejecución de laudos que violen ciertas normas destinadas a proteger a las partes, pero difícilmente puede alegarse que se viola la Convención de Nueva York, cuyo propósito precisamente es facilitar la ejecución de laudos.

La ejecución de laudos anulados busca evitar que se prive a un laudo de su eficacia con base en causales locales que no resulten aceptables internacionalmente, siguiendo así la tendencia pro-ejecución de laudos arbitrales. Las anulaciones sustentadas en criterios locales no son suficientes para justificar la no-ejecución del laudo en otras jurisdicciones. Los jueces de la sede del arbitraje tienen el deber de preguntarse si la anulación que pretenden aplicar sería internacionalmente aceptada y cumple efectivamente con las expectativas de justicia de las partes.

La opinión que se tenga sobre la conveniencia de ejecutar o denegar la ejecución de un laudo arbitral dependerá inevitablemente de la concepción que se tenga sobre la naturaleza jurídica del arbitraje y, por lo tanto, del nexo entre la sede del arbitraje y la validez del laudo arbitral.

Si se acepta la tesis tradicional con la regla de *"ex nihilo nil fit"*, el laudo anulado deja de existir y, por lo tanto, no puede ser ejecutado. La visión más moderna o "deslocalizadora" del laudo, en cambio, subraya que la ley de la sede del arbitraje no es la única fuente de validez del laudo, por lo que sería absurdo dejar que las peculiaridades de una ley local bloqueen la ejecución del laudo en otras jurisdicciones, en contravención directa con la Convención de Nueva York, que busca facilitar la ejecución de laudos arbitrales internacionales. La ejecución de laudos anulados por causas *locales* podría servir como incentivo en contra de la anulación de laudos por motivos frívolos y proteccionistas, ya que no serían respaldados en un contexto internacional.

Las crisis económicas cíclicas y sus efectos negativos en los países menos desarrollados promueven una cierta animadversión interna hacia el arbitraje, lo que genera mayor recelo de parte de los tribunales nacionales y cierta reticencia a la ejecución de laudos arbitrales.¹¹ Existe una marcada tendencia de los tribunales nacionales a proteger a sus connacionales, en una violación directa a la neutralidad como característica básica del arbitraje como medio de solución de controversias.¹²

Una postura pro-ejecución de laudos arbitrales, respetando sólo los motivos de anulación *internacionalmente aceptados* y eludiendo conceptos ambiguos como el "orden público" y la "arbitrabilidad de la materia", podría aumentar el atractivo del país receptor de inversiones y contribuir así al mejoramiento de las condiciones económicas locales.

El artículo V (1) (e) y el artículo VII de la Convención de Nueva York permiten el escrutinio del laudo por el tribunal de ejecución con base a la legislación local, pero han sido interpretados de manera distinta en cada jurisdicción. Cada país ha adoptado una postura distinta ante la posibilidad de ejecutar laudos anulados. En Francia, se ha

¹¹ Las diferencias sustanciales en el desarrollo socio-económico también generan animadversión al arbitraje ante el temor de que los árbitros decidan a favor de los intereses económicos de países más prósperos. Cfr. SHALAKANY, Amr A. "Arbitration and the Third World: A Plea for Reassessing Bias Under the Specter of Neoliberalism". Harvard International Law Journal (Primavera, 2000). [41 Harv. Int'l L.J. 419, *420].

¹² Cfr. BLACKABY, Nigel. "América Latina y el Arbitraje: ¿Se malinterpretó a Carlos Calvo?". *Revista de Arbitragem e Mediação* (Sao Paulo, Enero-Marzo 2005), pp. 110-119; FORTIER, L. Yves. "The Never Ending Struggle between Arbitrators and Judges in International Commercial Arbitration", en BRINER, Robert, et al. (eds.), *Law of International Business & Dispute Settlement in the 21st Century: Liber Amicorum Karl-Heinz Böckstiegel*. Carl Heymanns Verlag KG (Köln, 2001), pp. 117-185; Cfr. FRUTOS-PETERSON, Claudia. "International Arbitration in Latin America: As Healthy as it could be?" *The State Bar of Texas Alternative Dispute Resolution Section* (www.texasadr.org/intlarb.cfm), accesado el 20 de junio de 2005; GARRO, Alejandro M. "Enforcement of Arbitration Agreements and Jurisdiction of Arbitral Tribunals in Latin America". *Journal of International Commercial Arbitration* (Nueva York, 1984), Vol. 1, Núm. 4, pp. 293-322; GRIGUERA NAÓN, Horacio A. "Arbitration and Latin America: Progress and Setbacks: 2004 Freshfields Lecture". *Arbitration International, London Court of International Commercial Arbitration* (Londres, 2005), Vol. 21, Núm. 2, pp. 127-175; GRIGUERA NAÓN, Horacio A. "Arbitration in Latin America: Overcoming Traditional Hostility". *Arbitration International, London Court of International Commercial Arbitration* (Londres, 1989), Vol. 5, Núm. 2, pp. 137-172; MANTILLA SERRANO, Fernando. "Le traitement législatif de l'arbitrage en Amérique Latine (Quelques réformes récentes)", *Revue de l'arbitrage*, Kluwer International (La Haya, 2005), pp. 561-602.

considerado que la anulación de un laudo sólo surte efectos en el país que lo anula, por lo que no constituye un impedimento para su ejecución en virtud del artículo VII de la Convención de Nueva York. Por otra parte, en Estados Unidos, los tribunales han buscado analizar el fondo de la decisión del tribunal extranjero a la luz de su propia legislación interna.

Una interpretación teleológica y semántica de la Convención de Nueva York confirma la posibilidad jurídica de ejecutar laudos arbitrales anulados, no obstante que sus redactores no hubiesen imaginado esta posibilidad en 1958. En el caso de México, es de esperar que los tribunales nacionales adopten una actitud favorable a la ejecución de laudos, de manera que nuestro país atraiga una cantidad cada vez mayor de procedimientos arbitrales y, con ello, nuevos proyectos de inversión. La conveniencia de ejecutarlos dependerá de cada caso.

Se corre el riesgo de incurrir en reduccionismos al clasificar de manera tajante los motivos de anulación del artículo V de la Convención de Nueva York entre *locales* e *internacionales* tal como lo sugirió Paulsson. Los motivos de anulación deben evaluarse para determinar si están respaldados por principios de derecho universalmente aceptados en un ejercicio de derecho comparado.

El juez por tanto tiene la *opción* de ejecutar un laudo anulado. Esta discrecionalidad representa sin duda una ventaja de la Convención de Nueva York, al establecer mecanismos para salvaguardar la ejecución de laudos que han sido anulados por normas o criterios que no cumplen con estándares de universalidad ni con las expectativas de justicia de las partes, lo que constituye uno de los pilares del arbitraje comercial internacional.

CONFLICTOS DE JURISDICCIÓN EN EL ARBITRAJE COMERCIAL Y LA EJECUCIÓN DE LA CLÁUSULA ARBITRAL EN MÉXICO. CONSIDERACIONES TEÓRICAS PARA UN CASO PRÁCTICO

Por: Héctor Flores Sentfés¹³



1. Introducción, objetivos y planteamiento del estudio

El objetivo del estudio es demostrar la importancia de entender correctamente la teoría del arbitraje al resolver los conflictos prácticos que se presentan. Concretamente, la ejemplificación de lo anterior se da en el marco de la compleja relación del arbitraje con la judicatura en la ejecución de una cláusula arbitral como método idóneo para solucionar un conflicto de jurisdicción.

Se parte del supuesto de que es posible el desarrollo paralelo de procedimientos arbitrales y judiciales, y de que dicha problemática puede solucionarse de formas muy diversas. En este marco se pretendía sugerir cuál era la forma correcta de salvaguardar al arbitraje a partir de un caso real en México en donde dicha institución quedó desprotegida por no contar con las bases teóricas adecuadas.

Durante la búsqueda de un caso que ilustrara y comprobara la hipótesis, se constató la existencia de una tesis aislada que si bien no involucraba de manera directa los procedimientos *paralelos*, sí versaba sobre el tema más general de procedimientos arbitrales y judiciales *vinculados*; se obtuvo el engrose y el resto de las sentencias involucradas con el caso.

El trabajo está dividido en dos partes: (1) conceptos jurídicos fundamentales involucrados en el caso práctico; (2) exposición y crítica del caso práctico a partir de los conceptos teóricos propuestos. Lo anterior comprobaría que la solución práctica de la judicatura sobre el arbitraje depende de las bases teóricas de las que parta.

2. Marco teórico. Postulado de una sana teoría arbitral

¹³ Asociado en Abascal, Segovia & Asociados, S.C. Experiencia en litigio, derecho transaccional y arbitraje comercial, incluyendo procedimientos con sede en Nueva York, Houston, Miami, México, bajo las reglas ICC, ICDR, CAM y CANACO. Profesor titular de Arbitraje Comercial en el ITAM, en la que se graduó con mención honorífica."

El marco teórico abordó tres temas fundamentales: (1) naturaleza jurídica del arbitraje, (2) relación del arbitraje y la judicatura, y (3) acuerdo arbitral.

Naturaleza jurídica del arbitraje

Para ilustrar la complejidad del concepto se hizo mención de las definiciones de arbitraje que diversos autores han sugerido. Aunado a lo anterior se hizo una explicación de cuatro formas concretas de entender al arbitraje.

Bajo la teoría jurisdiccional, el tribunal arbitral tiene autoridad a través de una delegación excepcional de la jurisdicción estatal. Para la teoría contractual la fuente de eficacia del arbitraje es la autonomía de la voluntad. La teoría mixta busca conciliar las dos anteriores: el componente jurisdiccional se manifiesta en la naturaleza del proceso arbitral y el carácter de cosa juzgada del laudo. Por otra parte, la verdadera fuente que confiere el poder de juzgar a los árbitros es un contrato. La teoría autónoma advierte que el arbitraje no es ni contractual, ni jurisdiccional, ni mixto; el arbitraje *es*. Le da importancia al ambiente legal y empresarial en que el arbitraje se desenvuelve, características que definen su autonomía.

Finalmente, se expuso la forma en que los tribunales mexicanos han entendido al arbitraje.

Con base en lo anterior se concluyó que el arbitraje tiene cuatro elementos: (i) la existencia de una controversia (litigio); (ii) un tercero particular que la resuelve (árbitro); (iii) un convenio privado celebrado entre las partes y otorgado conforme a ley que dota de autoridad y fundamento la actuación del árbitro (acuerdo arbitral); y (iv) la decisión del árbitro a través de un laudo es final y vinculante para las partes.

El arbitraje y la judicatura

Se distingue el origen contractual o consensual de la actuación del árbitro, del origen estadual o meramente legal del juez. Uno y otro comparte como elemento común la función jurisdiccional, sin dejar de reconocer los matices que adquiere dicho elemento según se trate del arbitraje o litigio frente a tribunales.

El fin de las leyes arbitrales y los tribunales que actúan al amparo de las mismas es proteger la eficacia del arbitraje. En efecto, la relación entre juez y árbitro debe estar regida por dos principios fundamentales: mínima intervención judicial y el de asistencia al arbitraje como regla general.

El acuerdo arbitral

Se postuló que se trata de un contrato por virtud del cual dos o más personas se obligan a someter ciertas controversias a la decisión final y vinculante de un árbitro, renunciando al derecho de buscar justicia ante los tribunales estatales. Se argumentó que un acuerdo arbitral genera efectos prácticos que demandan mayor protección que el resto de los contratos privados, especialmente considerando que el daño por no arbitrar una disputa es difícil, si no imposible, de cuantificar.

Se hizo de dos temas relacionados con lo anterior: por un lado, la ejecución del acuerdo arbitral como solución preventiva a un tema de procedimientos paralelos, y por otro, los fundamentos y las implicaciones del principio *competence-competence*. Se postuló que la judicatura debe desincentivar conductas y prácticas dilatorias, promoviendo la libertad contractual y la buena fe. El respeto a los efectos positivos y negativos del principio *competence-competence* (que el árbitro decida sobre su competencia; y que el juez no se pronuncie sobre la validez de un acuerdo arbitral antes o en paralelo a un tribunal arbitral, ni con el mismo nivel de escrutinio), resulta esencial para dotar al arbitraje de efectividad.

3. Caso práctico. Influencia de la teoría en la práctica

El caso práctico toca el tema de la posibilidad, pertinencia y consecuencias de ejecutar una cláusula arbitral cuando no todas las partes involucradas en un litigio comercial suscribieron dicho acuerdo.

En el caso analizado el juez de primera instancia negó la ejecución de una cláusula arbitral en perjuicio de las partes que la habían suscrito. Se analizó la sentencia de apelación que por el contrario, obligaba a todas y cada una de las partes, hubiesen suscrito o no la cláusula arbitral, a acudir al arbitraje. Se estudiaron también la sentencia de amparo y la sentencia que el tribunal de apelación emitió en cumplimiento a la misma. La crítica implicó (1) una descripción del razonamiento del tribunal y la decisión tomada; (2) identificación de aciertos; y (3) énfasis en los desaciertos de cada tribunal. Habiendo hecho lo anterior, (4) se realizó una propuesta de solución alternativa para cada una de esas sentencias, a la luz de las consideraciones teóricas y postulados defendidos en la primera parte del trabajo.

Síntesis del caso

Ekco, S.A. ("Ecko"), celebró con Bialetti Industrie, S.P.A. ("Bialetti"), un *Joint Venture* ("Contrato") que incluía una cláusula arbitral. El propósito era crear Ecko Bialetti, S.A. de C.V. ("Ecko Bialetti"), de la cual ambas serían accionistas y cuyo objeto sería fabricar en México sartenes y baterías de cocina.

Ecko demandó ante los tribunales estatales a Bialetti junto con otras tres sociedades: Simest, S.P.A. ("Simest"), que contaba con una participación accionaria en Ecko Bialetti; Industria Mexicana de Aluminio, S.A. de C.V. ("Industria Mexicana"), y Lamex Mexicana, S.A. de C.V. ("Lamex"). Ecko demandó de Bialetti prestaciones relacionadas con el Contrato; de Simest reclamó cuestiones derivadas del Contrato y los estatutos sociales de Ecko Bialetti; mientras que el involucramiento de Industria Mexicana y Lamex parece haber estado limitado a temas de divulgación de información confidencial. Bialetti es parte integral del Contrato base de la acción, mientras que Industria Mexicana como Lamex están totalmente desvinculadas del Contrato. Por otro lado, no hay duda de que Simest no es parte firmante del Contrato, aunque parece que se benefició de éste.

Bialetti interpuso una excepción de incompetencia por vía declinatoria con base en el artículo 1424 del Código de Comercio y en virtud de la existencia de una cláusula arbitral. La Sala correspondiente acogió dicha excepción y declaró nulo todo lo actuado ordenando al juez de origen remitir a *todas* las partes del juicio al arbitraje. Lamex interpuso entonces una demanda de amparo directo argumentando que ella no había firmado la cláusula arbitral. El Tribunal Colegiado concedió el amparo a Lamex y ordenó a la Sala considerar que la demanda contenía pretensiones que eran divisibles entre las cuatro demandadas, para derivar las "consecuencias correspondientes". Finalmente, la Sala emitió una sentencia en la que, no obstante encontrar las prestaciones de la demanda divisibles, ordenó reponer el procedimiento obligando a *todas* las partes a litigar su controversia.

Síntesis de las críticas

a. Primera sentencia del tribunal de alzada. Remisión de todas las partes al arbitraje

Sosteniendo la indivisibilidad de la demanda, el tribunal cometió una falacia al derivar la competencia del árbitro meramente de la incompetencia del juez. La realidad es que sorprendió que la Sala hubiese caracterizado de una manera adecuada las bases teóricas del arbitraje. No obstante estos aciertos, los magistrados se olvidaron de uno de los pilares fundamentales: el consentimiento, es decir, la renuncia expresa a buscar justicia ante los tribunales como elemento necesario para surtir la competencia del árbitro. El tribunal reconoció previamente que el poder del árbitro provenía de un acuerdo de voluntades reconocido por la ley. Lejos de utilizar ese mismo razonamiento, la

Sala concluyó que bastaba que la demanda fuera indivisible para justificar la remisión al arbitraje de *todas* las partes, no obstante la falta de consentimiento de Simest, Industria Mexicana y Lamex.

b. Sentencia de amparo. Protección únicamente a los no firmantes

Afortunadamente, el Tribunal Colegiado determinó otorgar el amparo a Lamex. No obstante, la crítica se centró tanto en el fundamento y argumentación del tribunal como en el contenido mismo de la decisión tomada. La base fundamental para otorgar el amparo era que las prestaciones de la demanda sí eran fácilmente separables o divisibles, a diferencia de lo que argumentó al respecto la Sala. Sin embargo, el Tribunal Colegiado se aventuró a determinar qué sucedería en caso de que la demanda hubiese sido efectivamente indivisible, en aras de mostrar que el argumento de la Sala seguiría siendo incorrecto.

El supuesto del caso hipotético planteado por el Colegiado era que un juez se encontrara frente a una demanda que contuviera ciertas pretensiones imposibles de separar, de las cuáles parte pertenecían al ámbito de una cláusula arbitral, mientras que otras cayeran fuera. Al respecto, el Tribunal Colegiado afirmó que el juez podría extender su jurisdicción sobre partes que no pactaron arbitraje, pero no así el árbitro. Se consideró que esa conclusión estaba equivocada: de acuerdo al Colegiado, el juez tendría competencia sobre las 4 partes demandadas en perjuicio de la del árbitro, dejando a salvo los derechos de las partes que pactaron arbitraje al momento de dictar sentencia definitiva. Su única base: el arbitraje es un régimen de excepción a la jurisdicción estatal. Lo anterior constituye, desde nuestra perspectiva, una falacia *non sequitur*.

Se postuló que ante dicha hipotética situación existían dos opciones correctas: (1) habiendo admitido la demanda, el juez no debería dar curso a la instrucción cuando una parte ha cumplido con los requisitos del artículo 1424 del Código de Comercio para ejecutar una cláusula arbitral; (2) si el demandado no ejecutase oportunamente la cláusula, no existiría razón alguna para dejar a salvo los derechos de quien pactó el arbitraje. Sin embargo, la conclusión del Tribunal Colegiado fue una opción distinta a las mencionadas.

La postura que se defendió es que los principios establecidos por el Título Cuarto del Libro Quinto de dicho ordenamiento claramente evitan que un juez pueda dar una solución como la propuesta por el Colegiado; esto es, el conocimiento exclusivo del juez en un primer momento, para terminar dejando a salvo los derechos de las partes que hubiesen pactado arbitraje hasta el momento en que se dicte sentencia definitiva, criterio que se sostuvo tanto en la sentencia como en la tesis aislada emitida. El texto del artículo 1424 del Código de Comercio no da lugar a dichas interpretaciones, pues la ejecución de la cláusula debe ser concedida *inmediatamente* por el juez, cumplidas ciertas condiciones.

c. Sentencia de cumplimiento. Violación a los derechos de las partes firmantes

La decisión del Tribunal Colegiado tuvo consecuencias negativas inmediatas, sin dejar de reconocer que colaboró en gran medida una irresponsable sentencia dictada por la Sala. Este órgano "cumplió" la sentencia de amparo sosteniendo que las prestaciones de la demanda eran divisibles; sin embargo, terminó aplicando a un caso de *divisibilidad* las consecuencias previstas por el Tribunal Colegiado para el caso hipotético de *indivisibilidad* de prestaciones. Sorprendentemente, la Sala determinó, no obstante ser divisibles las prestaciones, negar la ejecución de la cláusula y obligar a *todos* los demandados a litigar el asunto, en espera de que al final del procedimiento pudieran quedar a salvo los derechos de las partes firmantes del acuerdo al final. *Irónicamente, en otras palabras, al final de litigar podrían arbitrar.*

d. Reproche al litigante

En el trabajo se formuló un reproche al abogado defensor de Bialetti: no es correcto utilizar la excepción de incompetencia para hacer valer el artículo 1424 y ejecutar la cláusula arbitral. Hacerlo así implica complicar el procedimiento, dilatar la ejecución de la cláusula y habilitar a un tribunal que no tendría por qué involucrarse si se solicitara simplemente la ejecución de la cláusula conforme al artículo 1424.

4. Conclusiones.

El auge del arbitraje y su acelerado desarrollo han puesto de relieve las diferencias entre las caracterizaciones de su naturaleza jurídica. La trascendencia de estas disparidades radica directamente en que la manera en que se resuelven los problemas prácticos.

Ni el arbitraje ni la función jurisdiccional del árbitro existen por una voluntad dirigida y bondadosa de la ley. Ambos tienen su anclaje en un pacto privado denominado acuerdo arbitral. El árbitro no debe ser equiparado a un juez en cuanto a su naturaleza y función jurisdiccional. Si bien comparten características, es incorrecto equipararlos. La relación de la judicatura con el arbitraje no es competencia: son esencialmente distintos. La correcta ejecución de la cláusula constituye al día de hoy la mejor estrategia para prevenir conflictos como procedimientos paralelos, sentencias contradictorias y vulneración de principios contractuales fundamentales.

Se finalizó con un cuestionamiento muy general en cuanto a la vigencia de la adopción de la primera versión de la Ley Modelo para incorporar eficientemente la buena práctica del arbitraje en México. La más reciente reforma a la ley arbitral –cuya aprobación por el Congreso y entrada en vigor se dio con posterioridad a la preparación del trabajo–, pretende resolver algunos de los problemas. En cualquier caso, si el arbitraje sigue siendo desechado y menospreciado por complicar aún más las aventuras litigiosas a las que uno debe someterse en este país, debe denunciarse la falta de conocimiento de la cultura arbitral –aunque crece cada día–, y multiplicar los deseos de promoción de un mecanismo que es útil para muchas personas en el mundo internacional.

TESIS GANADORA

**LA CONVENIENCIA DE LA ADHESIÓN DE MÉXICO
AL CONVENIO SOBRE ARREGLO DE DIFERENCIAS
RELATIVAS A INVERSIONES ENTRE ESTADOS
Y NACIONALES DE OTROS ESTADOS**Alexandra Von Wobeser Martínez Vara¹⁴

INTRODUCCIÓN

Uno de los principales impedimentos para atraer inversión extranjera en los países en vías de desarrollo ha sido la concepción de que, en el caso de haber una disputa entre el inversionista y el Estado receptor de la inversión, aquél carecería de un procedimiento efectivo para hacer valer sus derechos en contra del Estado.

Con la finalidad de contribuir a la solución de tal problema, en 1966, el Banco Mundial creó un foro especial para la solución de conflictos en materia de inversión. Desde su entrada en vigor, el Convenio Sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (en lo sucesivo, el Convenio de Washington o el Convenio) ofrece a sus signatarios e inversionistas extranjeros nacionales de los Estados signatarios del mismo, la oportunidad de llevar sus disputas a tribunales arbitrales y comisiones de conciliación *ad hoc* creados con la finalidad de resolver dichas disputas de manera neutral.

En los primeros veinte años a partir de la celebración del Convenio, el Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias de Inversión (en lo sucesivo el CIADI o el Centro) fue utilizado en pocos casos, pues la vía arbitral sólo servía para la solución de controversias derivadas de contratos públicos en materia de inversión en donde se establecía la posibilidad de acceder al Centro. La actividad del Centro creció de manera exponencial, en la década de 1990, al proliferar la celebración de tratados de inversión que contemplan el CIADI como institución administradora de arbitrajes derivados de dichos tratados.

Por su parte, a partir de la celebración del Tratado de Libre Comercio de América del Norte¹⁵ (en lo sucesivo, el TLCAN), México participa de manera activa en la tendencia global de celebrar tratados que fomenten la inversión extranjera. A la fecha, México ha celebrado una totalidad de 27 Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones (en lo sucesivo, APPRI) y ocho Tratados de Libre Comercio (en lo sucesivo, TLC y, conjuntamente, tratados de inversión).

Si bien los tratados de inversión celebrados por México establecen la posibilidad de acceder al mecanismo arbitral del CIADI, uno de los requisitos jurisdiccionales para el acceso es que, tanto el Estado receptor de la inversión como el Estado de la nacionalidad del inversionista, sean parte del Convenio de Washington, requisito con el cual México

¹⁴ Egresada de la Escuela Libre de Derecho en el año 2008, con tesis laureada; colaboró en los despachos Creel, García-Cuellar y Muggenburg S.C. y Barrera, Siqueiros y Torres Landa S.C. Actualmente se encuentra realizando un proyecto de investigación.

¹⁵ Publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 20 de diciembre de 1993.

no cumple en la actualidad. Hay muchas especulaciones acerca de las razones por las cuales México no se ha adherido al Convenio, sin embargo, aún no hay una postura oficial que justifique tal abstención.

El objeto del presente trabajo es proponer la adhesión de México al Convenio de Washington, señalando los beneficios que dicha adhesión conlleva; para tal efecto, se divide en ocho capítulos en donde se hará un análisis comparativo entre el mecanismo arbitral del CIADI y los mecanismos a los que tienen acceso los inversionistas extranjeros en México y los inversionistas mexicanos en el extranjero. Asimismo, se analizarán las posibles razones por las cuales México aún no forma parte de dicho Convenio, y se propondrán soluciones para resolver dichos problemas.

Aunque el CIADI ofrece a los signatarios del Convenio el acceso a procedimientos tanto de arbitraje como de conciliación, los beneficios de esta última quedan fuera del objeto del presente trabajo porque ha tenido poco éxito en la historia del CIADI y es poco utilizado.

En el primer capítulo se hará una breve exposición para responder ¿por qué la inversión extranjera es deseable en términos generales? Para contestarla, se analizará brevemente el derecho al desarrollo, el fenómeno de la globalización y la relación de ambos con la inversión extranjera. Cabe aclarar que no se pretende comprobar de manera científica la relación entre el desarrollo y la inversión extranjera, pues dicho estudio corresponde a la ciencia de la Economía y, por lo tanto, queda fuera del objeto del presente trabajo. El propósito del primer capítulo es servir como introducción a la premisa de la que parte este trabajo: “la inversión extranjera es deseable”.

Partiendo de tal premisa, en el segundo capítulo se hará una exposición sobre la historia del arbitraje de inversión en general, explicando por qué este medio de solución de controversias contribuye a la creación de un ambiente de seguridad jurídica que sirve como incentivo para atraer la inversión extranjera. Luego, se explicarán las características del arbitraje de inversión en comparación con el arbitraje comercial y el Derecho aplicable al fondo de la controversia en el arbitraje de inversión; también se analizará el Derecho aplicable al procedimiento en la misma materia y para ello se realizará una distinción entre el arbitraje institucional y el arbitraje *ad hoc*, señalando las principales instituciones administradoras de arbitrajes y las Reglas mediante las cuales se pueden resolver las controversias en materia de inversión.

En el tercer capítulo se estudiarán el Convenio de Washington y el CIADI, comenzando por sus antecedentes, seguidos por la integración del CIADI, los requisitos de jurisdicción para acceder al Centro, el Derecho aplicable al procedimiento, el Derecho aplicable al fondo de la controversia, los medios de impugnación del laudo arbitral y, por último, la ejecución del laudo.

En los capítulos cuarto, quinto y sexto, se analizarán, en el mismo orden que en el capítulo tercero, las características principales de las instituciones administradoras de arbitrajes y reglamentos arbitrales a los cuales los inversionistas extranjeros en México y los inversionistas mexicanos en el extranjero tienen acceso: el Mecanismo Complementario del CIADI, la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (en lo sucesivo, la CCI) y el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (en lo sucesivo, la CNUDMI).

Una vez expuestas las características del CIADI y de los principales mecanismos de solución de controversias a los cuales tienen acceso los inversionistas extranjeros en México y los inversionistas mexicanos en el extranjero, en el capítulo séptimo se expondrán las características del arbitraje de inversión en México. El capítulo en cuestión comenzará por un breve análisis histórico de la protección a la inversión extranjera en México en sus distintas etapas, seguido por un apartado en donde se menciona los TLC y APPRI celebrados por México en donde se contempla el CIADI como institución administradora de arbitrajes de inversión derivados de dichos tratados. Al final de este capítulo se hace una breve exposición sobre la actitud de México frente al CIADI, en donde se señalan las posibles causas por las cuales México no ha celebrado dicho tratado, y se proponen soluciones para dichos problemas.

Por último, en el capítulo octavo se señalan los beneficios que conllevaría la adhesión de México al Convenio de Washington, haciendo un análisis comparativo de las características del CIADI y de las instituciones administradoras de arbitrajes y reglamentos a los cuales los inversionistas extranjeros en México y los inversionistas mexicanos en el extranjero tienen acceso. En este capítulo, se pretende enfatizar sobre los beneficios del CIADI como institución administradora de arbitrajes en materia de inversión, para justificar el objeto del presente trabajo, consistente en la propuesta de que México se adhiera al Convenio de Washington para tener acceso a dicho Centro.

CAPÍTULO I

DESARROLLO, GLOBALIZACIÓN E INVERSIÓN EXTRANJERA

1. DERECHO AL DESARROLLO

A lo largo de la historia, muchos pensadores se han cuestionado acerca de cuáles son los fines que persigue el Estado. Para Aristóteles, el Estado tiene como origen las necesidades de la vida y debe su subsistencia al hecho de quedar satisfechas.¹⁶ Es decir, el objetivo fundamental de un Estado es crear las condiciones para que cada miembro de la sociedad logre satisfacer sus necesidades del día a día.

En la actualidad, todo gobierno opera bajo un imperativo inevitable: lograr el crecimiento de su economía, incrementar la riqueza nacional y mejorar el nivel de vida de sus ciudadanos. Es decir, debe procurar el desarrollo;¹⁷ en el ámbito del derecho internacional, este objetivo se traduce en un deber reconocido del Estado y, al mismo tiempo, en un derecho humano fundamental: el derecho al desarrollo; la *Declaración sobre el derecho al desarrollo*¹⁸ lo define como:

un derecho humano inalienable en virtud del cual todo ser humano y todos los pueblos están facultados para participar en un desarrollo económico, social, cultural y político en el que puedan realizarse plenamente todos los derechos humanos y libertades fundamentales, a contribuir a ese desarrollo y a disfrutar del él.¹⁹

En cuanto a desarrollo como derecho humano, la Declaración establece, entre otras disposiciones, que: "La persona humana es el sujeto central del desarrollo y debe ser el participante activo y el beneficiario del derecho al desarrollo".²⁰ Por otro lado, en cuanto a deber del Estado, la mencionada Declaración señala que "los Estados tienen el deber primordial de crear condiciones nacionales e internacionales favorables para la realización del derecho al desarrollo"²¹. En el mismo sentido, establece que

¹⁶ Aristóteles, *Política*, 19^o. ed., México, Porrúa, 2000.

¹⁷ Michael Reisman, *Inversión extranjera, desarrollo económico y arbitraje internacional*, discurso para la Conferencia de Santa Lucía, Monterrey, México, octubre 8, 2008.

¹⁸ Declaración sobre el Derecho al Desarrollo, emitida por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 41/128 de 4 de diciembre de 1986.

¹⁹ Artículo 1. 1, *op. cit.*

²⁰ Artículo 2. 1, *op. cit.*

²¹ Artículo 3. 1, *op. cit.*

los Estados tienen el deber de cooperar mutuamente para lograr el desarrollo y eliminar los obstáculos al desarrollo. Los Estados deben realizar sus derechos y sus deberes de modo que promuevan un nuevo orden económico internacional basado en la igualdad soberana, la interdependencia, el interés común y la cooperación entre todos los Estados, y que fomenten la observancia y el disfrute de los derechos humanos.

El derecho al desarrollo supone ya no una actitud pasiva del Estado que se limita a no impedir el disfrute de los derechos humanos fundamentales, sino que se traduce en una obligación positiva de *hacer*,²² consistente en crear las condiciones adecuadas para lograr el desarrollo. A esta clase de derechos, que implican una actitud positiva del Estado, la doctrina los llama *derechos sociales*; en ellos se encuentran el derecho a la educación, a la protección de la salud, a la vivienda, etcétera.

Por otro lado, el derecho en cuestión cobra fundamental importancia al servir como presupuesto para la adecuada garantía del resto de los derechos humanos, pues sin el desarrollo es prácticamente imposible garantizarlos; al crear las condiciones para el desarrollo económico de los Estados, se puede pensar en la garantía del resto de los derechos sociales sin la necesidad de un Estado benefactor. Ya no se trata de que el Estado provea a sus habitantes de alimentos y de vivienda para garantizar los derechos a la alimentación y a la vivienda, sino de crear las condiciones económicas adecuadas para que los individuos puedan satisfacer por sí mismos sus propias necesidades.

2. DESARROLLO E INVERSIÓN EXTRANJERA

En el campo de la economía hay un gran número de teorías acerca de cómo se debe lograr el desarrollo global. En la actualidad, una cosa queda clara: independientemente de los efectos positivos o negativos que se le puedan atribuir, la globalización es una realidad y no puede ni debe evitarse. La historia nos demuestra que los gobiernos que han pretendido lograr el desarrollo aislándose de la economía global han tenido resultados desastrosos. En palabras del maestro Michael Reisman:

la autarquía económica no es viable como estrategia de desarrollo ni como estrategia para lograr un crecimiento económico sostenido en el largo plazo. Todos los gobiernos, desde los más ricos hasta los más pobres, requieren de capitales, recursos tecnológicos e intelectuales de la economía global si pretenden alcanzar y mantener niveles satisfactorios de desarrollo nacional (...) donde haya una necesidad pública, deben proveerse fondos para sostenerla.²³

En este contexto, la inversión extranjera adquiere fundamental importancia. Si bien la relación entre la inversión extranjera y el desarrollo económico es materia de otras ciencias, y por lo tanto queda fuera del objeto del presente trabajo, la inversión extranjera ofrece grandes beneficios por los cuales puede considerarse como un vehículo promotor del desarrollo económico. Dentro de ellos se encuentran la creación de empleos, el pago de impuestos, la derrama económica y tecnológica, la capacitación de trabajadores mexicanos en distintas áreas, la creación de infraestructura y la creación de industrias accesorias, entre otros.

Claro está que la inversión extranjera no es el único medio con el que cuenta un Estado determinado para lograr el desarrollo; sin embargo, no hay duda de que constituye un medio importante, sin el cual, un Estado moderno no podría aspirar a formar parte ni a beneficiarse de una economía mundialmente competitiva. Por ello, puede concluirse —con la reserva mencionada de que los beneficios de la inversión extranjera así como su relación con el desarrollo económico quedan fuera del objeto del presente trabajo— que la inversión extranjera es deseable.

²² Obligación en sentido laxo.

²³ Michael Reisman, *op. cit.*

CAPÍTULO II

EL ARBITRAJE DE INVERSIÓN

1. ANTECEDENTES

En términos generales, las inversiones extranjeras son bien recibidas en la mayoría de los países, sin embargo representan un riesgo de controversia entre el país receptor de la inversión y el inversionista; incluso pueden llegar a involucrar al Estado del cual es nacional el inversionista. Ese riesgo, aunado a que una parte significativa de los países que requieren de mayor cantidad de recursos carecen de un clima de inversión favorable, ha sido el principal obstáculo para atraer inversiones de carácter privado a ellos.²⁴

En una economía mundial globalizada, los inversionistas privados acuden a otros países con miras a obtener un lucro. En ocasiones su única alternativa es expandir sus operaciones a nuevos mercados para obtener mayor provecho de sus inversiones y, por lo menos, mantenerse en niveles competitivos con otros actores del mismo sector económico. El capital privado debe ir a donde las variables del mercado lo aconsejen, lo cual no significa que el capital se coloque donde más se necesita. Esto no quiere decir que los países menos desarrollados no tengan mercados atractivos, sino que muchas veces, en razón del riesgo político existente en ellos, el inversionista prefiere invertir en países donde se le brinde una mayor seguridad a sus inversiones.

La necesidad de crear un ambiente favorable para atraer la inversión extranjera originó en un primer momento, la celebración de Tratados de Amistad, Comercio y Navegación, los cuales buscaban atraer inversión extranjera, generalmente en economías subdesarrolladas, a través de pactos de reciprocidad comercial entre los Estados signatarios. Sin embargo, se trataba de tratados en donde los Estados se obligaban entre sí, sin otorgar derechos a los inversionistas.

Precisamente, para evitar conflictos entre Estados, se comenzaron a celebrar tratados donde se le otorgaban ciertos derechos al inversionista extranjero dentro del territorio del Estado receptor de la inversión. Para garantizar su cumplimiento, resultaba necesario crear procedimientos que fueran aplicados por tribunales independientes, tanto del Estado receptor como del Estado de la nacionalidad del inversionista. El inversionista privado no estaba dispuesto a someterse a la jurisdicción de los tribunales del Estado receptor, y, por otro lado, el Estado receptor tampoco estaba dispuesto a someterse a los tribunales del Estado de la nacionalidad del inversionista; ambos, por miedo a una posible predisposición de los tribunales locales a favorecer a sus propios nacionales entre otras razones.

La creación de procedimientos independientes, tanto del Estado receptor como del Estado de la nacionalidad del inversionista, se logró por esfuerzos del Banco Mundial a través del establecimiento, en 1966, del Convenio de Washington que creó el CIADI, con la finalidad de facilitar la solución de diferencias relativas a inversiones existentes entre los gobiernos y los inversionistas extranjeros privados a través de procedimientos de conciliación y arbitraje.²⁵ Sin embargo, en sus primeras décadas este mecanismo se utilizó poco y sólo respecto de arbitrajes de inversión de contratos públicos.

²⁴ Francisco González de Cossío, "México ante el Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias de Inversión. Un comentario", *Revista de Derecho Privado*, ISSN 0188-5049, N. 1, 2002, pp. 85-107.

²⁵ La historia de la creación del CIADI se estudiará con mayor profundidad en el siguiente capítulo, sin embargo, es importante mencionarlo en el presente capítulo, pues dicha institución representó un papel fundamental en la creación y desarrollo del arbitraje de inversión en general.

Posteriormente, la posibilidad de acceder al arbitraje de inversión conforme al CIADI se estableció en los APPRI y TLC en virtud de los cuales se definieron las obligaciones de los Estados receptores de la inversión. Estos tratados de inversión remiten la solución de controversias a instituciones administradoras de arbitrajes (como el CIADI o la Corte de Arbitraje de la CCI), o a unas reglas aplicables para la solución de arbitrajes *ad hoc* (como las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI).

A este mecanismo de solución de controversias en materia de inversión extranjera, en virtud del cual el inversionista tiene la posibilidad de demandar al Estado receptor de la inversión ante un panel arbitral por la violación de un derecho sustantivo otorgado a su favor por un convenio, ley o tratado internacional, se le conoce como “arbitraje de inversión” o “arbitraje inversionista-Estado”. Aunque la forma más común de arbitraje de inversión es aquella que proviene precisamente de un APPRI o TLC, el arbitraje de inversión también puede estipularse como mecanismo de solución de controversias en un contrato público entre un inversionista extranjero y un Estado o establecerse dentro de una ley interna del Estado receptor de la inversión.

2. CARACTERÍSTICAS Y DIFERENCIAS CON EL ARBITRAJE COMERCIAL

Debido a las características de la relación existente entre las partes, el Arbitraje derivado de conflictos entre inversionistas y Estados tiene características que lo distinguen del arbitraje entre particulares.

a) *El Estado en calidad de autoridad como parte del arbitraje*

En el arbitraje en donde intervienen un Estado y un particular pueden presentarse dos supuestos distintos; el primero se presenta cuando el Estado lleva a cabo un acto comercial, en cuyo caso el Estado se sitúa en un mismo nivel que el particular. En este primer supuesto, se recurre al arbitraje comercial tradicional, pues en realidad se trata de una controversia entre particulares, independientemente de que una de las partes sea un Estado.

El segundo supuesto se presenta cuando el Estado actúa haciendo uso de su autoridad o *imperium* y lleva a cabo un acto que priva a un particular de un derecho, sea un nacional o extranjero. El arbitraje en materia de inversión extranjera se encuentra dentro de este segundo supuesto, pues el derecho de acción en contra del Estado lo tiene precisamente el nacional de otro Estado en virtud de que el Estado receptor de la inversión lo ha privado de un derecho conferido ya sea en un contrato público, en un tratado internacional o en una ley interna.

b) *La manifestación de la voluntad*

Tanto en el arbitraje comercial como en el arbitraje en materia de inversión, la voluntad de las partes para someter una controversia presente o futura a la jurisdicción de un tribunal arbitral constituye un requisito esencial para llevar a cabo el procedimiento arbitral. En caso de no haber la voluntad de ambas partes, el procedimiento arbitral no podrá iniciarse, de lo contrario carecerá de validez. Sin embargo, una diferencia fundamental entre ambos tipos de arbitraje consiste en la forma o momento en que puede manifestarse dicha voluntad.

En el arbitraje comercial, la única forma en que las partes pueden consentir en someter una controversia presente o futura al arbitraje es a través de un acuerdo arbitral, que puede definirse como el acuerdo de voluntades entre dos o más personas en virtud del cual éstas someten a un tercero la solución, en forma vinculativa, de una controversia presente o futura. Es decir, es necesaria una relación contractual entre las partes.

En el arbitraje en materia de inversión, la voluntad del Estado puede emitirse de tres formas: a través de un acuerdo arbitral, de un tratado o de una ley. Es decir, la regla general en materia de arbitraje, consistente en la necesidad de la existencia de una relación contractual entre las partes, admite una excepción en el arbitraje en materia de inversión, pues el Estado también puede manifestar su voluntad a través de la celebración de un tratado y también mediante la expedición de una ley interna.

La primera forma de manifestación de la voluntad del Estado –el acuerdo arbitral– no presenta diferencias con el consentimiento de los particulares en el arbitraje comercial. En su primera etapa, la fuente más común de arbitraje en materia de inversión fueron los contratos de desarrollo económico celebrados entre gobiernos y corporaciones privadas extranjeras en donde las partes habían acordado someter al arbitraje las controversias que pudieran surgir entre ellas. Este tipo de contratos incluye contratos para construir y operar fábricas, aeropuertos, puertos marítimos y concesiones para la explotación de recursos naturales, entre otros. En este supuesto, la voluntad del Estado se manifiesta –al igual que en el arbitraje comercial– a través de un acuerdo arbitral.

La segunda forma en la que el Estado puede manifestar su voluntad es a través de la celebración de tratados de inversión con uno o varios Estados. Este tipo de tratados pueden ser los APPRI o capítulos de inversión en TLC en los cuales se faculta al inversionista nacional de un Estado contratante para accionar directamente en contra del Estado receptor de la inversión en los supuestos previstos por el mismo tratado. Conforme la protección a la inversión ha evolucionado, la celebración de este tipo de tratados ha aumentado significativamente. Este tipo de arbitraje, denominado por la doctrina como “arbitraje sin relación contractual”,²⁶ no requiere de la intervención del Estado del cual es nacional el inversionista, ni requiere de una relación contractual previa entre el Estado receptor de la inversión y el inversionista extranjero.²⁷

La tercera posibilidad del Estado para manifestar su voluntad es a través de la emisión de una ley interna en virtud de la cual le otorga a un inversionista extranjero la posibilidad de accionar en contra del Estado mismo en los supuestos previstos en la ley interna. Este tipo de manifestación de la voluntad –al igual que la manifestada en un tratado internacional– no requiere la existencia de una relación contractual previa entre las partes. Se trata de una manifestación unilateral de la voluntad del Estado en la cual faculta a una persona que reúna los requisitos previstos en su ley interna para acudir a un procedimiento arbitral en contra del Estado. Países como Egipto y Túnez han incluido en sus leyes internas de inversión extranjera la facultad de someter una controversia en materia de inversión al arbitraje del CIADI.²⁸ Sin embargo, esta tercera forma ha sido la menos utilizada en la práctica.

La no existencia de una relación contractual entre el Estado receptor de la inversión y el inversionista privado, de ninguna manera, significa la ausencia de la voluntad del Estado para someter una controversia determinada a la jurisdicción de un tribunal arbitral. En este supuesto, el Estado manifiesta su voluntad a través de un acto legislativo, sea tratado o ley interna, y lo hace respecto de las controversias futuras que puedan existir derivadas del ámbito de protección conferido al inversionista en el mismo tratado o ley. Es decir, el Estado faculta al inversionista para acudir al arbitraje en los supuestos previstos por el mismo tratado o ley, y esta facultad constituye precisamente la voluntad del Estado.

c) *El Estado como demandado*

En términos generales, en el arbitraje de inversión, el único que puede ser demandado es el Estado, pues en los tratados y legislaciones internas en materia de inversión –que establecen el arbitraje como mecanismo alternativo de solución de controversias– se le otorgan al inversionista ciertas garantías que, en caso de no ser respetadas por el Estado otorgante, lo facultan para demandar al Estado por la vía arbitral.

En dichas leyes y tratados, por lo general, no se establecen obligaciones específicas para el inversionista, pues éstas dependerán de las leyes internas del Estado y en caso de no ser cumplidas, éste utilizará su aparato judicial interno para hacerlas valer.

²⁶ En la doctrina internacional se le conoce como *arbitration without privity*.

²⁷ W. Laurence Craig *et al.*, *International Chamber of Commerce Arbitration*, 3a ed., Oceana Publications, Inc., Estados Unidos de América, 2000, pp. 663 a 690.

²⁸ W. Laurence Craig *et al.*, *op. cit.* pp. 664 y 665.

En un arbitraje en materia de inversión, la única excepción en donde el inversionista puede ser demandado se presenta cuando el acceso al arbitraje de inversión se estipula en un contrato celebrado entre el Estado y un inversionista específico; dicho contrato establece obligaciones para el inversionista que, en caso de no ser cumplidas, facultan al Estado para demandarlo en un arbitraje de inversión. Estos casos son pocos, pues la fuente contractual es poco común en materia de arbitraje de inversión.

d) *Renuncia a la inmunidad soberana*

En el arbitraje de inversión, al ser una de las partes un Estado, este puede estar sujeto a dos tipos de inmunidad: la inmunidad de ser demandado y la inmunidad de ejecución.

Respecto de la primera, el consentimiento al arbitraje implica una renuncia irrevocable a la inmunidad de ser demandado.²⁹ Por lo tanto, el Estado demandado no podrá oponer una excepción de inmunidad soberana que pueda frustrar el arbitraje de inversión.

En materia de inmunidad soberana respecto a la ejecución del laudo, ésta está sujeta a las leyes nacionales en materia de ejecución del laudo. El efecto de dicha inmunidad es sujetar tal ejecución a las leyes nacionales en materia de inmunidad soberana, la cual varía en cada jurisdicción.

Mientras algunos Estados tienen inmunidad absoluta de ejecución, otros permiten la ejecución en contra de sus activos utilizados para asuntos comerciales o en contra de los activos relacionados con la obligación que debe ser ejecutada. A su vez, algunas legislaciones extienden inmunidad soberana a sus subdivisiones y órganos.³⁰

En el caso de México, el Estado se reserva la inmunidad soberana de ejecución y la extiende a todos los bienes del Estado, por lo que no se puede ejecutar una sentencia en contra de los bienes del Estado dentro del territorio nacional³¹. Sin embargo, los laudos arbitrales pueden ejecutarse en cualquier país en donde el Estado contra el cual se pretende ejecutar tenga bienes.

3. DERECHO APLICABLE AL FONDO DE LA CONTROVERSIAS

Hay cuatro fuentes primarias de Derecho sustantivo aplicables en controversias de inversión: a) el Derecho sustantivo elegido por las partes; b) los tratados de inversión; c) el Derecho del Estado receptor de la inversión, y d) el Derecho internacional público.

a) *El Derecho sustantivo elegido por las partes*

Diversas Reglas de arbitraje contemplan la importante función que representa el consentimiento de las partes sobre el Derecho sustantivo aplicable a la controversia.³² Esta clase de disposiciones que permiten a las partes elegir el Derecho aplicable al fondo de la controversia con anterioridad al nacimiento de la disputa se encuentran plasmadas

²⁹ En el Convenio de Washington está previsto en el Artículo 25; en los demás mecanismos que se analizarán más adelante, dicha renuncia no se encuentra expresamente establecida. Sin embargo, puede considerarse que el Estado, al acceder al arbitraje, renuncia de manera tácita a la inmunidad que tiene para ser demandado.

³⁰ *Ibidem*.

³¹ El Artículo 4º del Código Federal de Procedimientos Civiles a la letra dice "Las instituciones, servicios y dependencias de la Administración Pública de la Federación y de las entidades federativas, tendrán dentro del procedimiento judicial, en cualquier forma en que intervengan, la misma situación que otra parte cualquiera; pero nunca podrá dictarse, en su contra, mandamiento de ejecución ni providencia de embargo, y estarán exentos de prestar las garantías que este Código exija de las partes".

³² Un ejemplo de ello es el Artículo 42 de la Convención de Washington, que reconoce la importancia de la autonomía de las partes al establecer la obligación del tribunal de aplicar el derecho sustantivo elegido por las partes en la controversia.

principalmente en una cláusula arbitral o contrato arbitral que obligan al Estado receptor de la inversión y a un particular específico. Este acuerdo permite al inversionista y al Estado elegir conjuntamente el Derecho sustantivo aplicable antes de que se suscite una controversia entre ambos.

Cuando la jurisdicción arbitral se encuentra basada en el consentimiento del Estado otorgado mediante un tratado o ley, por lo general no hay una oportunidad clara para que las partes elijan el Derecho aplicable al fondo de la controversia antes de existir una disputa entre ellas. Una vez que el conflicto se ha materializado, parece poco probable que las partes logren un acuerdo acerca del Derecho sustantivo aplicable. En este caso, las partes se encuentran obligadas por las disposiciones de Derecho aplicable al fondo previstas en el tratado o ley, en caso de que existieran en dicho tratado o ley.

b) Los tratados de inversión

Con independencia de que haya una cláusula que establezca que el derecho aplicable al fondo será el elegido por las partes, los tratados de inversión, por definición, requieren que las disputas se resuelvan en los términos del tratado en sí mismo. La tarea inicial del panel arbitral es determinar qué es lo que establece el tratado y cómo deberá interpretarse.

Los términos de un tratado aplicable pueden establecer tanto reglas adjetivas como sustantivas. Sin embargo, en un tratado se puede o no elegir una legislación en particular para que sea aplicada como Derecho sustantivo en la controversia.

El contenido sustantivo de los tratados de inversión varía en cada caso concreto. No obstante, en los tratados de inversión hay ciertos derechos que por lo general se le otorgan al inversionista extranjero dentro del Estado receptor de la inversión.

(a) El trato justo y equitativo

La mayoría de los tratados en materia de inversión establecen que los Estados receptores de la inversión deberán otorgar a los inversionistas del otro u otros Estados parte, un tratamiento justo y equitativo. Algunos autores asimilan el trato justo y equitativo al principio de buena fe, en concreto, a la obligación de no tener un comportamiento contrario al objeto y fin del acuerdo.

A pesar de lo anterior, se ha aceptado el hecho de que el principio en cuestión es elástico y no puede reducirse a una declaración precisa o a una obligación legal, sino que permite que el tribunal revise la justicia y la equidad de los actos del gobierno del Estado, tomando en cuenta las circunstancias específicas de cada caso en concreto, su relación con el resto del tratado y con el contexto social y político en el cual se inserta dicha garantía. Así, el APPRI celebrado entre México y Suiza³³ establece lo siguiente:

Artículo 4. Protección y Tratamiento.

1. A las inversiones de inversionistas de cada Parte les será otorgado en todo momento un trato justo y equitativo y gozarán de protección y seguridad plenas en el territorio de la otra Parte, de conformidad con el Derecho Internacional.

En tres casos resueltos de acuerdo con el capítulo XI del TLCAN, los tribunales arbitrales han deliberado que el Estado demandado violó dicho estándar de protección. De esta forma, la conducta de las autoridades públicas equiparable a una discriminación a favor de las entidades nacionales,³⁴ la falta de un marco transparente y predecible, y la

³³ Publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 20 de agosto de 1998.

³⁴ S. D Myers Inc. v. el Gobierno de Canadá, laudo parcial de 13 de junio del 2000.

ausencia de un procedimiento ordenado y una decisión oportuna,³⁵ al igual que la negativa de demandas razonables y la solicitud de información que supone que el inversionista incurra en gastos y molestias innecesarias,³⁶ han sido consideradas por los tribunales como incompatibles con dicho estándar de protección.

(b) La plena protección y seguridad

De forma parecida a lo que ocurre con el tratamiento justo y equitativo, no es fácil darle un significado exacto al principio de plena protección y seguridad. “Se ha sostenido que la garantía de plena protección y seguridad es una obligación de *diligencia debida* que antes que crear un estándar de *estricta responsabilidad*, exige al Estado ejercer un cuidado razonable para la protección de las inversiones”.³⁷ Es decir, a través de dicho principio se obliga a los Estados a ejercer la debida diligencia para la protección de la inversión extranjera.

Los tribunales arbitrales han considerado como violación a dicha garantía el hecho de que el Estado no adopte medidas de protección que, de manera razonable, podría adoptar para prevenir la destrucción de una propiedad; se refieren a medidas que caen dentro del ejercicio habitual de las funciones gubernamentales. En dicho sentido, el APPRI celebrado entre México y Alemania³⁸ establece lo siguiente:

Artículo 2. Promoción, Admisión y Protección de Inversiones.

2. Cada Estado Contratante otorgará plena protección y seguridad a las inversiones efectuadas conforme a sus disposiciones legales, por nacionales o sociedades del otro Estado Contratante.

Aunque este principio se ha aplicado principalmente en lo relativo a la protección de derechos reales, también puede extenderse a otro tipo de situaciones. Por ejemplo, el retiro de una autorización esencial para operar una inversión,³⁹ o un cambio en el marco legal que haga imposible la preservación y continuación de los compromisos contractuales que sustentan la inversión,⁴⁰ se han considerado violatorios a la garantía de plena protección y seguridad.

(c) Prohibición de adoptar medidas arbitrarias o discriminatorias que afecten la inversión

Por lo general, los tratados de inversión imponen a los Estados receptores de la inversión, la obligación de no afectar la gestión o la operación de la inversión mediante medidas arbitrarias y discriminatorias. La noción de “medidas arbitrarias” o “discriminatorias” no se encuentra definida en los tratados; sin embargo, se ha sostenido que una medida es discriminatoria si resulta en un tratamiento a un inversionista diferente al aplicado a otros inversionistas en situaciones idénticas y comparables. Así, el Artículo segundo del APPRI celebrado entre México y Finlandia⁴¹ establece lo siguiente:

Artículo 2. Promoción y Protección de Inversiones.

3. Ninguna Parte Contratante deberá impedir, a través de medidas arbitrarias o discriminatorias en su territorio, la administración, el mantenimiento, uso, goce, adquisición o disposición de inversiones de inversionistas de la otra Parte Contratante.

³⁵ Caso CIADI N. ARB (AF)/97/1, Metalclad Corporation v. los Estados Unidos Mexicanos, laudo del 30 de agosto de 2000.

³⁶ Pope and Talbot Inc. v. el Gobierno de Canadá, laudo de mérito de la segunda fase de 10 de abril de 2001.

³⁷ Nigel Blackaby, “El arbitraje según los tratados bilaterales de inversión y tratados de libre comercio en América Latina”, *Revista Internacional de Arbitraje*, p. 42.

³⁸ Publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 20 de marzo de 2001.

³⁹ Caso CIADI N. ARB/95/3, Antoine Goetz et Consorts v. la República de Burundi, laudo del 10 de febrero de 1999.

⁴⁰ CME República Checa B.V. v. la República Checa, laudo parcial del 13 de septiembre de 2001.

⁴¹ Publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 30 de noviembre de 2000.

(d) El trato nacional y el trato de nación más favorecida

Los tratados de inversión también prevén estándares relativos de tratamiento, los cuales establecen el trato que se debe dar al inversionista según el tratamiento otorgado a otros inversionistas. Debido a su relatividad, su alcance no puede determinarse en abstracto, pues dependerá de las circunstancias de cada caso.

El estándar de protección de trato nacional tiene por objeto establecer para el extranjero condiciones equivalentes a las de los inversionistas nacionales. En este sentido, el Artículo 1102 del TLCAN establece lo siguiente:

Artículo 1102: Trato nacional.

1. Cada una de las Partes otorgará a los inversionistas de otra Parte un trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a sus propios inversionistas, en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación, venta u otra disposición de las inversiones.

De forma parecida, el trato de nación más favorecida tiene como finalidad conceder al inversionista extranjero un tratamiento equivalente al más privilegiado que el Estado receptor de la inversión concede a los inversionistas de un tercer Estado. Así, el Artículo 1103 del TLCAN establece lo siguiente:

Artículo 1103. Trato de nación más favorecida.

1. Cada una de las partes otorgará a los inversionistas de otra parte trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a los inversionistas de cualquier otra Parte o de un país que no sea Parte, en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación, venta u otra disposición de inversiones.

En gran cantidad de los tratados de inversión se han establecido ambos principios mediante la frase “trato no menos favorable”. Por ejemplo, el APPRI celebrado entre México e Italia⁴² establece lo siguiente:

Artículo 3. Tratamiento.

1. Cada Parte Contratante otorgará a los inversionistas de la otra Parte Contratante, así como a sus inversiones y rentas, trato no menos favorable que el que conceda a sus propios inversionistas y a sus inversiones y rentas, o a los inversionistas de cualquier Estado.

(e) El nivel de trato

Este principio sirve como complemento de los dos anteriores. Su finalidad es establecer que el trato que se dará al inversionista extranjero será el más benéfico entre el concedido a nacionales o a extranjeros de otros países. En dicho sentido, el APPRI celebrado entre México y Suecia⁴³ establece lo siguiente:

Artículo 3. Trato Nacional y Trato de la Nación más Favorecida de las inversiones.

1. Cada Parte Contratante otorgará a las inversiones realizadas en su territorio por inversionistas de la otra Parte Contratante, un trato no menos favorable que el concedido a las inversiones realizadas por sus propios inversionistas o por los inversionistas de un tercer Estado, cualquiera que resulte más favorable.

⁴² Publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 17 de enero de 2003.

⁴³ Publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 27 de julio de 2001.

(f) La prohibición de expropiación sin indemnización pronta, adecuada y efectiva

En razón de los derechos de soberanía y autodeterminación de los Estados sobre los recursos que se encuentran dentro de su territorio, reconocidos por el Derecho internacional, ningún Estado puede ser obligado a no requisar, expropiar o nacionalizar la propiedad de un inversionista extranjero. Sin embargo, a través de los tratados de inversión se establecen condiciones de legalidad que deberán cumplirse en el caso de que el Estado tome dichas medidas. La obligación de indemnización en tales casos es una protección esencial y es la disposición invocada con más frecuencia por los inversionistas extranjeros en los arbitrajes de inversión.

El Artículo 7 del APPRI celebrado entre México e India⁴⁴ establece los requisitos que deberán cumplirse al momento de efectuarse una expropiación o nacionalización, los cuales son semejantes en la mayoría de los tratados de inversión.

Artículo 7. Expropiación.

1. Ninguna Parte Contratante podrá expropiar o nacionalizar una inversión directa o indirectamente a través de medidas equivalentes a expropiación o nacionalización (en lo sucesivo denominado como "expropiación"), salvo que sea:

- a) por causa de utilidad pública;
- b) sobre bases no discriminatorias;
- c) conforme al principio de legalidad; y
- d) mediante pago de una indemnización conforme al párrafo 2 siguiente.

La mayoría de los tratados que establecen este principio reconocen que la expropiación podrá ser directa o indirecta. La expropiación indirecta o "de facto" se refiere a medidas cuyo resultado es una privación del uso y del valor de la inversión, aun cuando el inversionista mantiene el título de propiedad de los activos.

Por ejemplo, en un caso del TLCAN se hace referencia a lo que abarca el concepto de expropiación, de la siguiente manera:

la expropiación en el TLCAN incluye no solo la confiscación de la propiedad de manera abierta, deliberada y con conocimiento de causa, tal como una confiscación directa o una transferencia formal y obligatoria de títulos a favor del Estado receptor, pero también una interferencia disimulada o incidental del uso de la propiedad que tenga el efecto de privar, totalmente o en parte significativa, al propietario del uso o del beneficio económico que razonablemente se esperaría de la propiedad, aunque no necesariamente en beneficio obvio del Estado receptor.⁴⁵

(g) La libre transferencia de los fondos relacionados con la inversión

Un número importante de tratados dispone que el Estado receptor debe permitir que las transferencias relativas a una inversión enviada a su territorio o que salgan de él, se lleven a cabo de manera libre y sin demora.

Si bien el propósito por el que un país celebra un Acuerdo de Inversión es para atraer capitales y no para dejarlos ir, sería ilógico pretender que un inversionista estaría dispuesto a movilizar su capital a

⁴⁴ Publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 5 de marzo de 2008.

⁴⁵ Caso CIADI N. ARB(AF)/97/1, *Metalclad Corporation v. Estados Unidos Mexicanos*, laudo del 30 de agosto de 2000.

un país extranjero sin la intención de retornar con posterioridad a su país, al menos, las utilidades generadas con motivo de la inversión.⁴⁶

c) *El Derecho del Estado receptor de la inversión*

El papel del Derecho del Estado receptor en un arbitraje de inversión es un tema controvertido. Como ya se señaló, el Derecho nacional puede tomar relevancia cuando las partes en una controversia lo eligen como aplicable a sus relaciones contractuales, o cuando así lo establece el tratado o ley de que se trate; asimismo, cuando el tratado aplicable no determina de manera expresa el Derecho aplicable —como suele suceder—; y si el arbitraje procede bajo las reglas del CIADI, el Artículo 42 del Convenio de Washington establece que será aplicable el Derecho nacional del Estado receptor y las reglas de Derecho internacional que resulten aplicables.

d) *El Derecho internacional público*

En las últimas décadas, el Derecho consuetudinario internacional ha tomado especial relevancia en lo relativo a las disputas en materia de inversión. Conforme ha ido creciendo el número de controversias en materia de inversión, parece probable que los tribunales tiendan a comparar entre los derechos de los Estados receptores de inversión y los estándares del Derecho internacional. Sin embargo, la tendencia más común ha sido aplicar ya sea los principios de Derecho internacional contenidos en el tratado aplicable, o utilizar el Artículo 42 mencionado del Convenio de Washington, en su caso, para aplicar principios jerárquicamente superiores de Derecho internacional sobre los derechos nacionales. Por ello, en la mayoría de las controversias en materia de inversión se aplica el Derecho internacional como Derecho aplicable al fondo de la controversia en cuestión.

4. DERECHO APLICABLE AL PROCEDIMIENTO

a) *Arbitraje institucional y ad hoc*

En lo relativo a su administración, el arbitraje puede dividirse en arbitraje institucional y arbitraje *ad hoc*. La característica fundamental del arbitraje institucional es que lo administra una institución que por lo general utiliza sus propias reglas procedimentales expedidas con anterioridad. Tales instituciones no son tribunales arbitrales que resuelvan la controversia, sino que administran los arbitrajes recibiendo y distribuyendo las demandas arbitrales y en algunos casos, designando árbitros y revisando los laudos emitidos por esos árbitros.

Por otro lado, el arbitraje *ad hoc* es conducido sin la intervención de una institución arbitral administradora del procedimiento. El tribunal arbitral se encarga de la administración total y directa, aunque, en ocasiones, puede pedir el apoyo de alguna institución arbitral en determinadas etapas del procedimiento, sin que esto lo convierta en un arbitraje institucional. En el arbitraje *ad hoc*, las partes pueden decidir al amparo de cuáles reglas procesales y de fondo se regirá el arbitraje, y suelen recurrir a reglas de instituciones previamente establecidas, como el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI o, aunque es poco común en la práctica, a la legislación de alguno de los Estados parte o de la nacionalidad del inversionista.

La mayoría de los tratados de inversión, las leyes nacionales de inversión y otras formas de sumisión escrita al arbitraje, le otorgan la posibilidad al demandante de elegir entre distintos sistemas arbitrales. Hoy, la mayoría de los arbitrajes de inversión son conducidos por instituciones arbitrales.

⁴⁶ Adrián Magallanes, *La legalidad en la inversión como presupuesto procesal en el arbitraje inversionista –Estado*, Escuela Libre de Derecho, México, 2006, p. 60.

b) Las Reglas de Arbitraje del CIADI

Las Reglas de Arbitraje del CIADI establecen el procedimiento que deberá utilizarse para la conducción del arbitraje bajo el Convenio de Washington; incluyen la constitución del tribunal arbitral, la presentación del caso por ambas partes y la emisión del laudo arbitral. Las reglas de procedimiento del CIADI fueron adoptadas por el Consejo Administrativo del CIADI en 1967.⁴⁷ El mayor beneficio de conducir un arbitraje bajo dichas reglas consiste en que están especialmente diseñadas para resolver controversias en materia de inversión.

c) El Mecanismo Complementario del CIADI

Con posterioridad a su creación, el Secretariado del CIADI recibió múltiples peticiones sobre la posibilidad de que la citada institución prestara sus servicios para administrar controversias en donde intervinieran Estados contratantes y nacionales de Estados no contratantes, y que, por lo tanto, no tenían acceso a la jurisdicción del CIADI. Como resultado, en 1978, el Consejo Administrativo del CIADI aprobó las reglas del Mecanismo Complementario del CIADI en virtud de las cuales el Secretariado puede administrar procedimientos que originalmente están fuera de la jurisdicción de dicho centro. Las reglas del Mecanismo Complementario tienen diferencias trascendentales con las reglas de Arbitraje del CIADI, las cuales se analizarán más adelante.

d) Las Reglas de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional

La Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional fue creada en 1923 y sus funciones consisten en una de las actividades centrales de la CCI. En 1923, se promulgaron las reglas de arbitraje de la CCI y desde entonces se han revisado en varias ocasiones. Las Reglas de la CCI no son comúnmente aplicadas en arbitrajes de inversión, pues una pequeña fracción de los tratados bilaterales y leyes nacionales en materia de inversión establecen la Corte de Arbitraje de la CCI como opción.⁴⁸

e) Las Reglas de la Cámara de Comercio de Estocolmo

El Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo se estableció en 1917 como una entidad independiente de la Cámara; se utilizó con frecuencia durante la década de 1970, en disputas entre el Estado Soviético y empresas occidentales, como un organismo neutral para la solución de controversias comerciales. En virtud de que algunos APPRI establecen dichas reglas, tras la caída de la Unión Soviética, algunos arbitrajes de inversión se han resuelto a través de dicha institución.

f) Las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI

La CNUDMI es el organismo dentro del sistema de las Naciones Unidas responsable de las actividades del sector del Derecho comercial internacional, dirigido, en particular, a lograr su armonización y unificación. Las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI fueron adoptadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1976, y son ampliamente utilizadas. El procedimiento arbitral bajo dichas reglas es, por mucho, el más utilizado tratándose de arbitrajes *ad hoc*, pues los procedimientos no se encuentran supervisados por ninguna institución administrativa. Las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI fueron originalmente elaboradas para ser aplicadas en arbitraje comercial internacional, no obstante, ahora son utilizadas frecuentemente para casos de arbitraje de inversión.

⁴⁷ Christopher F. Dugan *et al.*, *Investor-State Arbitration*, Oxford University Press, Estados Unidos de América, 2008, p. 78.

⁴⁸ *Ibidem*.

CAPÍTULO III

EL CONVENIO SOBRE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES ENTRE ESTADOS Y NACIONALES DE OTROS ESTADOS

1. ANTECEDENTES

Al término de la Segunda Guerra Mundial, la Organización de las Naciones Unidas creó el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (hoy Banco Mundial) con la finalidad de impulsar la reconstrucción de Europa y Asia en la posguerra; con el paso del tiempo, amplió sus objetivos a la reducción de la pobreza mundial, la cual se lograría a través del fomento y financiamiento de proyectos de infraestructura, especialmente en países en vías de desarrollo. Sin embargo, los recursos con los que contaba dicho Órgano eran insuficientes para la consecución de los objetivos planteados.

Ante esa situación, se tornó evidente la necesidad de la obtención de recursos privados, la cual se lograría a través del fomento de las inversiones de países industrializados en países en vías de desarrollo, supliendo así las deficiencias financieras del Banco Mundial para lograr el desarrollo global.⁴⁹

Una de las dificultades fundamentales asociadas al fomento de las inversiones extranjeras consiste en el riesgo político, sobre todo en países en vía de desarrollo. Como consecuencia, en numerosas ocasiones se solicitó al presidente del Banco Mundial sus buenos oficios para fungir como mediador entre un Estado y un inversionista; llegó, incluso, a ser conciliador y árbitro.⁵⁰

La carencia de ambientes favorables para la inversión extranjera en los países en vías de desarrollo y las solicitudes al presidente del Banco Mundial para fungir como árbitro en controversias inversionista-Estado derivaron en la necesidad de crear un mecanismo cuya finalidad fuera garantizar a los inversionistas en dichos países un foro neutral ante el cual pudieran someter las controversias que pudieran surgir en torno a su inversión. El efecto de dicho foro sería reducir, en términos financieros, el riesgo político de invertir en el país en cuestión y, por lo tanto, se fomentarían las inversiones necesarias para el desarrollo.

A partir de una resolución de la Junta de Gobernadores en 1962, se autorizó a los directores ejecutivos del Banco Mundial para estudiar la viabilidad de establecer una organización que se ocupara de la resolución de diferencias entre Estados e inversionistas, mediante procedimientos de conciliación y arbitraje. A partir de 1963, juristas de 86 países se reunieron en diversas ocasiones para discutir el proyecto de convenio que crearía dicho órgano.

Como resultado, el 18 de marzo de 1965, los directores ejecutivos del Banco Mundial sometieron a consideración de sus Estados miembros el Convenio de Washington, el cual entró en vigor el 14 de octubre de 1966, al ser ratificado por los veinte países miembros del Banco Mundial en esa época, quedando abierta la posibilidad de adhesión a otros países.⁵¹

A la fecha, 155 Estados han firmado Convenio⁵², convirtiéndose así en uno de los tratados más ratificados en la historia reciente. Asimismo, una gran cantidad de instrumentos internacionales contemplan dicho tratado.

⁴⁹ Francisco González de Cossío, *op. cit.*

⁵⁰ Gabriela Álvarez Ávila, "Las características del arbitraje del CIADI", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, N. 2, 2002, pp. 206-229.

⁵¹ Convenio, Reglamento y Reglas del CIADI.

⁵² Afganistán, Albania, Alemania, Algeria, Arabia Saudita, Argentina, Armenia, Australia, Austria, Azerbaijón, Bahamas, Bahrein, Bangladesh, Barbados, Bélgica, Belice, Benin, Bielorrusia, Bosnia y Herzegovina, Botswana, Brunei Darussalam, Bulgaria, Burkina Faso, Burundi, Camboya,

A través del Convenio de Washington se creó el CIADI, una organización internacional de carácter público que forma parte del Banco Mundial. De conformidad con las disposiciones del Convenio, el CIADI proporciona servicios para la conciliación y el arbitraje de diferencias en materia de inversión entre Estados contratantes y nacionales de otros Estados contratantes.

El Convenio tiene dos objetivos fundamentales: estimular el aporte de capital privado en el extranjero entre los territorios de los Estados Miembros, logrando una cooperación internacional necesaria para un vital desarrollo económico; y contribuir al incremento de la confianza mutua entre las partes interesadas y, como consecuencia, crear un clima favorable para el desarrollo y fomento de la inversión. Por su parte, el CIADI cumple las funciones de ser un foro neutral internacional destinado a la resolución de controversias, y un promotor o facilitador de un clima de confianza entre los inversionistas de un Estado y el Estado receptor. Así, el CIADI constituye la herramienta necesaria para lograr los objetivos del Convenio.⁵³

Por otro lado, las disposiciones del Convenio del Washington se complementaron mediante el Reglamento y las Reglas adoptadas por el Consejo Administrativo del CIADI; éstos incluyen el Reglamento Administrativo y Financiero, las Reglas Procesales Aplicables a la Iniciación de los Procedimientos de Conciliación y Arbitraje (Reglas de Iniciación) y las Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje (Reglas de Arbitraje).

2. INTEGRACIÓN

El CIADI está compuesto por un consejo administrativo y un secretario, y mantiene una lista de conciliadores y una de árbitros.

El Consejo Administrativo está integrado por un representante de cada uno de los Estados contratantes⁵⁴ y algunas de sus facultades son: adoptar los reglamentos del Centro, adoptar las reglas de procedimiento a seguir para iniciar la conciliación y el arbitraje, adoptar las reglas procesales aplicables a la conciliación y arbitraje, nombrar comisiones y ejecutar todas las funciones que considere necesarias para llevar a efecto las disposiciones del Convenio CIADI, entre otras.⁵⁵

El Secretariado lo integran un secretario general, uno o más secretarios generales adjuntos y el personal del Centro.⁵⁶ El secretario general es el representante legal y funcionario principal del Centro, y es responsable de su administración, incluyendo el nombramiento del personal; tiene facultades para autenticar los laudos arbitrales dictados conforme al Convenio.⁵⁷

Camerún, Canadá, Chad, Chile, China, Colombia, Comoros, Costa de Marfil, Costa Rica, Croacia, Chipre, Dinamarca, Ecuador, Egipto, El Salvador, Emiratos Árabes Unidos, Eslovenia, España, Estados Unidos de Norte América, Estonia, Etiopía, Federación Rusa, Fiji, Filipinas, Finlandia, Francia, Gabon, Gambia, Georgia, Ghana, Grecia, Grenada, Guatemala, Guinea, Guinea-Bissau, Guyana, Haití, Honduras, Hungría, Indonesia, Irlanda, Islandia, Islas Solomon, Israel, Italia, Jamaica, Japón, Jordania, Kazajistán, Kenya, Kuwait, , Latvia, Líbano, Lesotho, Liberia, Lituania, Luxemburgo, Macedonia, Madagascar, Malawi, Malasia, Mali, Malta, Marruecos, Mauritania, Micronesia, Moldava, Mongolia, Mozambique, Namibia, Nepal, Nicaragua, Níger, Nigeria, Noruega, Nueva Zelanda, Oman, Países Bajos, Pakistán, Panamá, Papúa Nueva Guinea, Paraguay, Portugal, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, República Checa, República de África Central, República de Corea, República de Eslovaquia, República de Kirguiz, República Democrática del Congo, República Dominicana, República de Yemen, Rumania, Rwanda, Saint Kitts y Nevis, Santa Lucía, San Vicente y las Grenadinas, Samoa, Sao Tome y Príncipe, Senegal, Serbia, Seychelles, Sierra Leona, Singapur, , Siria, Somalia, Sri Lanka, Sudan, Swaziland, Suecia, Suiza, Tailandia, Tanzania, Timor-Leste, Togo, Tonga, Trinidad y Tobago, Túnez, Turquía, Turkmenistán, Ucrania, Uganda, Uzbekistán, Venezuela, Zambia, Zimbabwe. De éstos, 12 Estados todavía no son miembros pues no han depositado sus instrumentos de ratificación, aceptación o aprobación.

⁵³ Sonia Rodríguez Jiménez, *El sistema arbitral del CIADI*, México, Porrúa, 2006, 526 pp.

⁵⁴ Artículo 4 (1), Convenio de Washington.

⁵⁵ Artículo 6, *op. cit.*

⁵⁶ Artículo 9, *op. cit.*

⁵⁷ Artículo 11, *op. cit.*

Las listas de conciliadores y de árbitros están integradas por los nombres de las personas calificadas designadas por cada Estado.⁵⁸ Cada Estado contratante puede designar cuatro personas para cada lista que podrán ser, o no, nacionales de ese Estado.⁵⁹ La designación de los miembros de las listas se hará por periodos de seis años renovables.⁶⁰ Asimismo, de acuerdo con el Convenio hay otras formas de designar árbitros en situaciones concretas, sin embargo, no son relevantes para el presente trabajo.

3. REQUISITOS DE JURISDICCIÓN

Un presupuesto esencial para acceder al mecanismo arbitral del CIADI consiste en el cumplimiento de los requisitos de jurisdicción previstos por el Convenio de Washington. Si bien dicho instrumento no define el término *jurisdicción*, el Convenio establece cuáles son los requisitos que deberán cumplirse para que aquélla exista, permitiendo así que una controversia pueda ser ventilada ante un tribunal del CIADI.

Ante dicha omisión, algunos autores se han esforzado para definir lo que debe entenderse por *jurisdicción* en lo que respecta al CIADI; uno de ellos es Amerasinghe, quien considera la jurisdicción como “la cuestión que debe responder a la pregunta de en qué circunstancias y bajo qué condiciones el procedimiento de conciliación y arbitraje puede ser conducido bajo los auspicios del Centro”.⁶¹ Por otro lado, el Reporte de los Directores Ejecutivos del CIADI señala que:

el término jurisdicción del Centro es usado en el Convenio como una expresión conveniente para significar el límite dentro del cual las provisiones del Convenio se aplicarán y las facilidades del Centro estarán disponibles para los procedimientos de conciliación y arbitraje.⁶²

Requisitos fundamentales que deberán satisfacerse para que una controversia pueda ser resuelta conforme a las reglas del CIADI:

a) *Consentimiento*

Un requisito fundamental para que pueda haber un procedimiento arbitral es la manifestación de la voluntad de las partes para someter al arbitraje una controversia presente o futura.

Así, el Artículo 25 (1) del Convenio de Washington establece que la jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias que las partes en una controversia hayan consentido por escrito en someter al Centro.

De acuerdo con el Artículo citado, el consentimiento de las partes debe otorgarse por escrito, pero no hay especificación alguna acerca del mecanismo que debe utilizarse para manifestar el consentimiento. Asimismo, el Convenio no establece que el consentimiento deba prestarse en el mismo instrumento jurídico o al mismo tiempo.

Tomando la citada disposición en consideración, con motivo del caso AAPL contra Sri Lanka,⁶³ un tribunal arbitral CIADI aceptó, por primera vez, tener competencia para resolver una controversia sobre la base de un tratado

⁵⁸ Artículo 12, *op. cit.*

⁵⁹ Artículo 13, *op. cit.*

⁶⁰ Artículo 15 (1), *op. cit.*

⁶¹ Amerasinghe, C. F., *The jurisdiction of the International Centre for the Settlement of Investment Disputes*, The Indian Journal of International Law, vol. 19, 1979, p. 166. Citado por Sonia Rodríguez, *op. cit.*

⁶² Otro sector de la doctrina considera que la palabra *jurisdicción*, puede ser, en principio, una denominación errónea, ya que el Centro no decide las disputas por sí mismo al no ser un tribunal en sentido propio.

⁶³ Asian Agricultural Products v. República de Sri Lanka, sentencia del 27 de junio de 1990, p. 577.

bilateral de inversiones sin que existiera un contrato entre las partes. Esta resolución dio origen al *arbitraje sin relación contractual*, en virtud del cual el consentimiento de las partes está disociado en el tiempo.⁶⁴

Esto no significa que el solo hecho de que un Estado haya ratificado el Convenio implique su consentimiento de resolver cualquier controversia futura mediante un arbitraje ante el CIADI, sino que es necesario que el Estado haya admitido en su orden jurídico interno la posibilidad de someter el caso al arbitraje a través de un tratado de inversión o menos frecuente, a través de una ley, y que el inversionista haga uso de dicha facultad a través de la demanda de arbitraje.

Una vez otorgado el consentimiento de las partes en controversia, éste no podrá ser retirado unilateralmente por cualquiera de ellas, sino que es necesario un acuerdo de voluntades entre dichas partes para dejar de someter la disputa en cuestión al arbitraje CIADI. Es decir, una vez que el Estado ha manifestado su voluntad a través de un contrato, un tratado de inversión o una ley interna, y que el inversionista ha decidido hacer uso de esta facultad en una controversia determinada, se requerirá el consentimiento de ambas partes para dejar de someter la controversia en cuestión al arbitraje CIADI. Así lo establece el Artículo 25 del Convenio de Washington que dice que “el consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado”.

En relación con el consentimiento, el mismo Artículo 25 señala que “el consentimiento de una subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante requerirá la aprobación de dicho Estado, salvo que éste notifique al Centro que tal aprobación no es necesaria”. Esta disposición tiene como finalidad evitar que organismos de un Estado que no estén facultados para ello obliguen al Estado en cuestión en el ámbito internacional.

Por último, el Artículo 26 del Convenio establece que “salvo estipulación en contrario, el consentimiento de las partes al procedimiento de arbitraje conforme a este Convenio se considerará como consentimiento a dicho arbitraje con exclusión de cualquier otro recurso.” Sin embargo, también establece que “un Estado Contratante podrá exigir el agotamiento previo de sus vías administrativas o judiciales, como condición a su consentimiento al arbitraje conforme a este Convenio”.

b) *Requisito ratio personae*

El requisito *ratio personae* se refiere a quién puede ser parte en el procedimiento arbitral. En lo referido a la jurisdicción del CIADI, el requisito subjetivo consiste, de acuerdo con el Artículo 25 (1) mencionado, en que la jurisdicción del CIADI se extenderá a las diferencias surgidas entre un Estado contratante del Convenio y el nacional de otro Estado contratante. Por lo tanto, quedan excluidas de la jurisdicción del CIADI las disputas que se presenten entre inversionistas o entre Estados.

Respecto al Estado contratante, el Artículo en cuestión incluye en dicho concepto a “cualquier subdivisión política u organismo público de un Estado contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado”. En tal sentido, y como se mencionó anteriormente, el mismo Artículo 25, en su párrafo tercero, establece que “El consentimiento de una subdivisión política u organismo público de un Estado contratante requerirá la aprobación de dicho Estado, salvo que éste notifique al Centro que tal aprobación no es necesaria”.

Conforme al párrafo segundo del Artículo 25 del Convenio de Washington, por “nacional del Estado contratante” se puede entender tanto a personas físicas como a personas morales.

En lo concerniente al requisito de nacionalidad de la persona física inversionista, se entenderá como “nacional del Estado contratante” a “toda persona que tenga la nacionalidad de un Estado contratante distinto del Estado parte en

⁶⁴ Véase apartado 1, en capítulo “Arbitraje de inversión”.

la diferencia”.⁶⁵ Asimismo el mismo Artículo establece que: “en ningún caso comprenderá las personas que (...) también tenían la nacionalidad del Estado parte en la diferencia”. Esto se traduce en que la persona física inversionista deberá cumplir con un requisito positivo y uno negativo al mismo tiempo: ser nacional de un Estado contratante y no tener la nacionalidad del Estado parte en la controversia.⁶⁶

En lo relativo al momento en el cual la persona física inversionista debe cumplir con el requisito positivo y negativo de nacionalidad, el Artículo en cuestión establece dos momentos: el primero, la fecha cuando las partes consintieron en someter la diferencia a conciliación o arbitraje; y el segundo, cuando se registró la solicitud de someter la controversia determinada al arbitraje.

Respecto al requisito de nacionalidad de la persona jurídica inversionista, el Artículo 25 del Convenio establece dos supuestos: el primero, cumplirá este requisito toda persona jurídica que tenga la nacionalidad de un Estado contratante distinto del Estado parte en la diferencia. En este primer supuesto, la persona jurídica deberá cumplir con el mismo requisito positivo y negativo que la persona física inversionista debe cumplir.

En cuanto al segundo supuesto, el Convenio establece que también cumplirá con el requisito de nacionalidad la persona jurídica que, teniendo la nacionalidad del Estado parte en la diferencia, las partes hubieren acordado atribuirle tal carácter, a los efectos de este Convenio, por estar sometidas a control extranjero. En este segundo supuesto, la persona moral deberá cumplir con el requisito positivo de ser nacional de un Estado Contratante, pues, como se mencionó, el Estado parte debe ser un Estado contratante del Convenio. Como consecuencia, en este supuesto ya no debe cumplir con el requisito negativo de no ser nacional del Estado parte en la controversia. Sin embargo, para que proceda esta excepción respecto del requisito negativo, es necesario cumplir con dos nuevos requisitos: el primero, que las partes hubieren acordado atribuirle tal carácter, y el segundo, que le atribuyan tal carácter por estar sometidas a control extranjero.

Respecto del momento en que la persona jurídica inversionista debe cumplir con el requisito de nacionalidad, el Artículo 25 establece un único supuesto: deberán cumplir con el requisito de nacionalidad en la fecha cuando las partes prestaron su consentimiento a la jurisdicción del Centro para la diferencia en cuestión.

Una de las características más importantes del Convenio es el hecho de que una persona privada pueda proceder en contra de un Estado de manera directa, sin la intervención del Estado del cual es nacional. Más aún, dicha intervención no sólo no es necesaria, sino que está prohibida, para evitar un conflicto entre Estados.

c) *Requisito ratio materiae*

El requisito *ratio materiae* se refiere al tipo de controversias que pueden ventilarse de acuerdo con el mecanismo del CIADI y presupone dos requisitos: las diferencias entre los sujetos antes mencionados deberán ser de naturaleza jurídica, y deberán surgir directamente de una inversión.⁶⁷

Durante las labores de redacción del Convenio de Washington se hizo hincapié en el hecho de que el único tipo de controversias que podían ventilarse en el CIADI eran aquéllas de tipo jurídicas. En razón de que el Convenio establece un procedimiento arbitral de naturaleza jurídica, es necesario que la controversia que se ventile mediante dicho procedimiento sea de naturaleza jurídica; es decir, debe afectar la esfera de derechos u obligaciones de alguna de las partes en cuestión.

⁶⁵ Artículo 25 (2), Convenio de Washington.

⁶⁶ González De Cossío, *op. cit.*

⁶⁷ Artículo 25, Convenio de Washington.

Aunque el Convenio es claro en lo relativo al requisito de que la controversia derive de una inversión, este concepto no se encuentra definido dentro del Convenio.

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 con el fin 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.⁶⁸

Los tribunales arbitrales del CIADI han resuelto sobre lo que se entiende por *inversión* en cada caso concreto. Un ejemplo, es el caso Fedax N. V. en contra de la República de Venezuela,⁶⁹ en donde se consideró que ciertos pagarés, que incluso habían circulado, debían considerarse como una *inversión* y, por ende, se satisfacía el requisito correspondiente para jurisdicción del CIADI.

Por otro lado, tanto en los tratados como en las leyes internas en donde se encuentre prevista la posibilidad de acceder al mecanismo del CIADI para la resolución de una controversia, se puede definir lo que se entiende como *inversión* para tales efectos; por ejemplo, el Artículo 1139 del TLCAN establece lo que se entiende por *inversión*⁷⁰

⁶⁸ Francisco González De Cossío, *op. cit.*

⁶⁹ Caso CIADI N. ARB/96/3, laudo del 9 de marzo de 1998.

⁷⁰ Artículo 1139 del TLCAN.

Inversión significa;

- (a) una empresa;
- (b) acciones de una empresa;
- (c) instrumentos de deuda de una empresa:
 - (i) cuando la empresa es una filial del inversionista, o
 - (ii) cuando la fecha de vencimiento original del instrumento de deuda sea por lo menos de tres años pero no incluye una obligación de una empresa del Estado, independientemente de la fecha original del vencimiento;
- (d) un préstamo de una empresa,
 - (i) cuando la empresa es una filial del inversionista, o
 - (ii) cuando la fecha de vencimiento original del préstamo sea por lo menos de tres años, pero no incluye un préstamo a una empresa del Estado, independientemente de la fecha original del vencimiento;
- (e) una participación en una empresa, que le permita al propietario participar en los ingresos o en las utilidades de la empresa;
- (f) una participación en una empresa que otorgue derecho al propietario para participar del haber social de esa empresa en una liquidación, siempre que éste no derive de una obligación o un préstamo excluidos conforme a los incisos (c) o (d)
- (g) bienes raíces u otra propiedad, tangibles o intangibles, adquiridos o utilizados con el propósito de obtener un beneficio económico o para otros fines empresariales; y
- (h) la participación que resulte del capital u otros recursos destinados para el desarrollo de una actividad económica en territorio de otra Parte, entre otros, conforme a:
 - (i) contratos que involucran la presencia de la propiedad de un inversionista en territorio de otra Parte, incluidos, las concesiones, los contratos de construcción y de llave en mano, o
 - (ii) contratos donde la remuneración depende sustancialmente de la producción, ingresos o ganancias de una empresa;

A manera de excepción, el Convenio da la posibilidad a los Estados contratantes de notificar al Centro la clase o clases de controversias que aceptarían someter, o no, a su jurisdicción. Esta facultad podrán ejercerla al ratificar, aceptar o aprobar el Convenio o en cualquier momento ulterior. Dicha notificación no constituye el consentimiento.⁷¹

4. RENUNCIA A EJERCER LA PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA

Una de las características fundamentales del Convenio de Washington es la relativa a la renuncia a la protección diplomática. En este sentido, el Artículo 27 del Convenio de Washington establece:

Artículo 27.

(1) Ningún Estado Contratante concederá protección diplomática ni promoverá reclamación internacional respecto de cualquier diferencia que uno de sus nacionales y otro Estado Contratante hayan consentido en someter o hayan sometido a arbitraje conforme a este Convenio, salvo que este último Estado Contratante no haya acatado el laudo dictado en tal diferencia o haya dejado de cumplirlo.

(2) A los efectos de este Artículo, no se considerará como protección diplomática las gestiones diplomáticas informales que tengan como único fin facilitar la resolución de la diferencia.

5. DERECHO APLICABLE AL PROCEDIMIENTO

En cuanto al Derecho aplicable al procedimiento, todo lo relativo al procedimiento arbitral está regido por el Convenio de Washington así como por las reglas adoptadas por el Consejo Administrativo del Centro: las Reglas Procesales Aplicables a la Iniciación de los Procedimientos de Conciliación y Arbitraje (Reglas de Iniciación) y las Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje (Reglas de Arbitraje).

Las Reglas de Iniciación son aplicadas en un periodo comprendido entre la fecha de la solicitud presentada ante el secretario general hasta la fecha del registro. Una vez efectuado el registro, serán aplicables las Reglas de Arbitraje hasta la emisión del laudo. Si bien las Reglas de Iniciación no pueden ser suplantadas por el acuerdo entre las partes, algunas disposiciones del Convenio, así como las Reglas de Arbitraje, podrán sustituirse por acuerdo entre las partes.

En ese caso, las disposiciones renunciabiles del Convenio, así como las Reglas de Arbitraje, aplicarán de manera supletoria en los aspectos no previstos por las partes. En las disposiciones renunciabiles, se encuentran aquéllas relativas al número de árbitros o la elección del Derecho aplicable al fondo. Por otro lado, en las disposiciones imperativas podemos encontrar la prohibición a la protección diplomática o las relativas a la jurisdicción del CIADI.

Pero inversión no significa:

(i) reclamaciones pecuniarias derivadas exclusivamente de:

(i) contratos comerciales para la venta de bienes o servicios por un nacional o empresa en territorio de una Parte a una empresa en territorio de otra Parte: o

(ii) el otorgamiento de crédito en relación con una transacción comercial, como el financiamiento al comercio, salvo un préstamo cubierto por las disposiciones del inciso (d); o

(i) cualquier otra reclamación pecuniaria;

que no conlleve los tipos de interés dispuestos en los párrafos (a) a (h)

⁷¹ Artículo 25 (4), Convenio de Washington.

Cualquier cuestión procesal no prevista en el Convenio, en las Reglas de Arbitraje, o en las demás reglas acordadas por las partes, será resuelta por el Tribunal.⁷²

a) *Aspectos generales del procedimiento arbitral*

Para iniciar el procedimiento arbitral será necesario que cualquier Estado contratante o nacional de un Estado contratante presente una solicitud por escrito dirigida al secretario general del CIADI. Una vez presentada, el secretario podrá registrarla, o negarla en caso de encontrar que la diferencia esté manifiestamente fuera de la jurisdicción del Centro; y notificará a las partes del registro o denegación de la solicitud.⁷³

Esa facultad constituye el primer filtro relativo a la jurisdicción del Centro, y su finalidad es evitar los esfuerzos innecesarios cuando una controversia queda manifiestamente fuera de la jurisdicción del Centro. Se trata de una decisión *prima facie* tomada por el secretario general sin entrar al fondo del asunto. En caso de haber una denegación, no hay un recurso que pueda interponerse, no obstante, no impide la presentación de una segunda solicitud en caso de poder subsanarse los motivos que dieron origen a tal denegación.

Una vez registrada la solicitud, se procederá a la constitución del Tribunal Arbitral, el cual se compondrá de un árbitro único o de un número impar de árbitros a solicitud de las partes; si éstas no se pusieren de acuerdo, se conformará con tres árbitros designados uno por cada parte, y el tercero, presidirá el tribunal, de común acuerdo.⁷⁴ La mayoría de los árbitros no podrá tener la nacionalidad del Estado contratante parte en la diferencia, ni la del Estado al cual pertenece el nacional del otro Estado contratante. Esta limitación no se aplicará cuando ambas partes designen árbitro único o cada uno de los miembros del tribunal.

Una vez designado el tribunal, éste podrá ratificar la decisión de registro de solicitud por parte del secretario general, o podrá rebatirla al hacer un estudio más profundo sobre la jurisdicción del CIADI en la controversia en cuestión. Esta facultad constituye el segundo filtro de jurisdicción en el procedimiento arbitral del CIADI. En cualquier momento del procedimiento o hasta el laudo final, el tribunal resolverá sobre su propia competencia.⁷⁵ El tribunal arbitral es el único juez de su propia competencia en una diferencia específica; a este principio se le conoce como *competence competence*.

b. *La transparencia*

La enmienda a las Reglas de Arbitraje del CIADI, que entró en vigor el 10 de abril de 2006, contiene tres disposiciones diseñadas para aumentar la transparencia de los arbitrajes conducidos bajo el CIADI.

En lo referente al procedimiento oral, las Reglas de Arbitraje admiten la posibilidad de que el tribunal permita, después de consultar con el secretario general y salvo objeción de las partes, que personas distintas de las partes en la controversia asistan como observadores a las audiencias. Esta disposición responde a necesidades específicas surgidas en el contexto del arbitraje inversionista Estado, y a la creciente demanda de transparencia en procedimientos que pueden incluir asuntos importantes de interés público.

Regla 32 (2). Salvo objeción alguna de las partes, el Tribunal, tras consultar con el Secretario General, podrá permitir, sujeto a los arreglos logísticos pertinentes, que otras personas, además de las partes, sus apoderados, consejeros y abogados, testigos y peritos durante su testimonio y funcionarios del Tribunal, asistan a la totalidad o parte de las audiencias, o las observen. En dichos

⁷² Artículo 44. Convenio de Washington.

⁷³ Artículo 36, *op. cit.*

⁷⁴ Artículo 37, *op. cit.*

⁷⁵ Artículo 41, *op. cit.*

casos el Tribunal deberá establecer procedimientos para la protección de información privilegiada o protegida.

Este tipo de disposición es poco común en el arbitraje, y por lo mismo no está permitida en las reglas de la CCI ni en las del CNUDMI que se analizarán más adelante.

Otra modificación importante en lo relativo a la transparencia del procedimiento es la inclusión del *amicus curiae* en las Reglas de Arbitraje del CIADI. El *amicus curiae* es un término latino que hace referencia a los “amigos de la corte”; éstos son terceros no contendientes en la controversia, a quienes se les permite presentar un escrito que manifieste una opinión distinta de la de las partes, que pueda ayudar al Tribunal en la determinación de cuestiones de hecho o Derecho relacionadas con el procedimiento. Es difícil definir quiénes podrán ser los “amigos de la corte” en un caso concreto, pues no puede saberse de antemano quién podrá someter información que ayude a resolver una disputa.⁷⁶

Es bien conocido que la voz de la sociedad civil está siendo cada vez más escuchada en círculos internacionales [...] los problemas tratados en la Organización Mundial del Comercio, El Tratado de Libre Comercio de América del Norte, así como en el CIADI, son comúnmente retos sociales, y no es sorprendente que la sociedad civil quiera manifestar su opinión cuando surgen problemas que afectan el interés público⁷⁷

En este sentido, la Regla 37 (2) establece lo siguiente:

Regla 37 (2). Después de consultar a ambas partes, el Tribunal puede permitir a una persona o entidad que no sea parte en la diferencia (en esta regla “parte no contendiente”) que efectúe una presentación escrita ante el Tribunal, relativa a cuestiones dentro del ámbito de la diferencia. Al determinar si se permite dicha presentación, el Tribunal deberá considerar, entre otras cosas, en qué medida:

- (a) la presentación de la parte no contendiente ayudaría al Tribunal en la determinación de las cuestiones de hecho o de derecho relacionadas con el procedimiento, al aportar una perspectiva, un conocimiento o una visión particulares distintos a aquellos de las partes en la diferencia;
- (b) la presentación de la parte no contendiente se refería a una cuestión dentro del ámbito de la diferencia;
- (c) la parte no contendiente tiene un interés significativo en el procedimiento.

El Tribunal deberá asegurarse de que la presentación de la parte no contendiente no perturbe el procedimiento, o genere una carga indebida, o perjudique injustamente a cualquiera de las partes, y que ambas partes tengan oportunidad de someter observaciones sobre la presentación de la parte no contendiente.

Algunos autores consideran que el criterio utilizado en el Artículo citado se estableció para incluir sumisiones no sólo de organizaciones no gubernamentales, sino, más importante, para incluir sumisiones de Estados no contendientes, que en el caso de un tratado de inversión podría ser, por ejemplo, otro Estado contratante del tratado.

⁷⁶ *Ibidem*.

⁷⁷ Brigitte Stern, *Civil Society's Voice in the Settlement of International Economic Disputes*. Al día de hoy dicho artículo no se encuentra publicado.

A diferencia del CIADI, las Reglas de ninguna institución administradora de arbitrajes en materia de inversión permite la posibilidad de presentar escritos *amicus curiae*. La única posibilidad fuera del CIADI para presentar esta clase de escritos sucede cuando la figura está permitida por el contrato, tratado internacional o legislación interna en donde se manifieste la voluntad del Estado, y que sirva como base de la controversia de que se trate o cuando las partes de la controversia así lo hayan pactado.

En el mismo sentido de creciente transparencia en los procedimientos del CIADI, la Regla 48 se modificó en lo relativo a la publicación de los laudos; su fracción (4), si bien no permite la publicación de un laudo sin el consentimiento de las partes, hace obligatoria la publicación de extractos del razonamiento del Tribunal. La fracción (4) de la Regla 48 dice: “El Centro no publicará el laudo sin el consentimiento de las partes. Sin embargo, el Centro deberá incluir prontamente en sus publicaciones extractos del razonamiento jurídico del Tribunal”. Al igual que las reglas citadas, esta regla es específica del sistema del CIADI.

6. DERECHO APLICABLE AL FONDO

De conformidad con el Artículo 42 del Convenio de Washington, por regla general, el Tribunal deberá decidir la diferencia de acuerdo con las normas de Derecho acordadas por las partes. En esta primera opción, el Convenio reconoce la importancia de la libertad contractual entre las partes.

Sin embargo, como ya se mencionó, no en todos los arbitrajes sometidos a la jurisdicción de un Tribunal arbitral del CIADI las partes se han puesto de acuerdo acerca del Derecho que deberá aplicarse para resolver el asunto de fondo. Este supuesto se manifiesta, sobre todo cuando la vía de acceso al CIADI se tiene a través de un tratado o de una ley interna. En dicho caso, el mismo Artículo 42 del Convenio, establece que “A falta de acuerdo, el Tribunal aplicará la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de Derecho internacional privado, y aquellas normas de derecho internacional que pudieran ser aplicables”.

Acerca de este segundo supuesto, aplicable cuando las partes no hayan acordado el Derecho que se utilizará para resolver el fondo de la controversia, cabe mencionar que la referencia respecto de las normas de Derecho internacional que resulten aplicables no se establece en forma supletoria; es decir, el tribunal deberá aplicar tanto el Derecho del Estado receptor, como las normas aplicables de Derecho internacional. Esta disposición es de gran importancia pues, si bien establece la aplicación del Derecho interno, éste se verá complementado por el Derecho internacional aplicable, lo cual da una mayor seguridad al inversionista.

Así mismo, el Artículo citado establece, en su fracción segunda, que el tribunal no podrá eximirse de fallar so pretexto de silencio u oscuridad de la ley. En esta fracción también resulta de fundamental importancia la posibilidad del tribunal de aplicar las reglas de Derecho internacional aplicable, e incluso, cuando las partes hubieren acordado el Derecho aplicable, el tribunal deberá emitir un fallo aunque dicho Derecho no aporte una solución específica para el supuesto de que se trata. Así, esta fracción faculta al tribunal a crear Derecho, cuando del Derecho aplicable no pudiere desprenderse una respuesta.

Por último, la fracción tercera del Artículo en cuestión, establece que en caso de que las partes así lo acuerden, el tribunal podrá decidir la diferencia *ex aequo et bono*. En esta disposición puede verse nuevamente la fundamental importancia que se deposita en la voluntad de las partes respecto de la forma de solución de la controversia.

7. ACLARACIÓN, REVISIÓN Y ANULACIÓN DEL LAUDO

En el procedimiento del CIADI no hay apelación, sin embargo, hay tres vías que pueden utilizarse una vez emitido el laudo de conformidad con el CIADI: la aclaración del laudo, la revisión del laudo y el procedimiento de nulidad del laudo. Si bien la aclaración y la revisión del laudo no tienen características particulares distintas del resto de los

arbitrajes seguidos fuera del CIADI, el procedimiento de nulidad sí tiene características que lo hacen diferente de la nulidad en arbitrajes llevados fuera del CIADI, y, por lo tanto se analizará con mayor profundidad.

a) Aclaración del laudo

De acuerdo con el Artículo 50 del Convenio, en caso de surgir una diferencia entre las partes en lo referente al sentido o al alcance del laudo, cualquiera de ellas puede solicitar su aclaración mediante un escrito dirigido al secretario general. Asimismo, el Artículo en cuestión establece que, de ser posible, la solicitud deberá someterse al mismo tribunal que dictó el laudo. Si no fuera posible, se constituirá un nuevo tribunal para resolver sobre la aclaración. Si el tribunal lo considera necesario, podrá suspender la ejecución del laudo sobre el cual se pide la aclaración.

b) Revisión del laudo

De conformidad con el Artículo 51 del Convenio, cualquiera de las partes podrá pedir la revisión del laudo, fundada en el descubrimiento de algún hecho que hubiera podido influir decisivamente en el laudo, siempre que, al tiempo de dictarse el laudo, hubiera sido desconocido por el Tribunal y por la parte que solicita la revisión y que el desconocimiento de ésta no se deba a su propia negligencia. Si fuere posible, la solicitud deberá someterse al mismo Tribunal que dictó el laudo, y de lo contrario se constituirá un nuevo Tribunal. En caso de que el tribunal considere que las circunstancias lo exigen, podrá suspender la ejecución del laudo hasta decidir sobre la revisión. Si la parte pidiera la suspensión, la ejecución se suspenderá provisionalmente hasta que el Tribunal resuelva acerca de dicha solicitud.

c) Nulidad del laudo

De acuerdo con la fracción primera del Artículo 52 del Convenio, cualquiera de las partes podrá solicitar la anulación del laudo fundada en una o más de las siguientes causas:

- (a) Que el Tribunal se hubiera constituido incorrectamente.
- (b) Que el Tribunal se hubiera extralimitado manifiestamente en sus facultades.
- (c) Que hubiera habido corrupción de algún miembro del Tribunal.
- (d) Que hubiera quebrantamiento grave de una norma de procedimiento.
- (e) Que no se hubieran expresado en el laudo los motivos en que se funda.

Cuando se solicite la nulidad, ésta no se someterá al Tribunal que emitió el laudo original sino a una comisión *ad hoc* integrada por tres personas seleccionadas de la lista de árbitros. Cabe mencionar que ninguno de los miembros de la Comisión podrá haber pertenecido al Tribunal que dictó el laudo, ni ser de la misma nacionalidad que cualquiera de los miembros de dicho Tribunal. Asimismo, entre otros requisitos establecidos en el Artículo citado, tampoco podrán tener la nacionalidad del Estado que sea parte en la diferencia ni la del Estado a que pertenezca el nacional que también sea parte en ella.

Si la Comisión considera que las circunstancias lo exigen, podrá suspender la ejecución del laudo hasta decidir sobre la anulación. Si la parte pidiera la suspensión de la ejecución del laudo en su solicitud, la ejecución se suspenderá provisionalmente hasta que la Comisión decida respecto a tal petición.

En caso de que el laudo fuera anulado por la Comisión, la diferencia se someterá, a petición de cualquiera de las partes, a la decisión de un nuevo Tribunal arbitral, que deberá constituirse de conformidad con lo dispuesto por el Convenio. Un procedimiento de nulidad exitoso traerá como consecuencia la invalidación del laudo (o alguna de sus partes) pero nunca su enmienda. A diferencia de una Corte de apelación, un comité de nulidad *ad hoc* no puede

sustituir la resolución del tribunal original. El efecto de la nulidad será invalidar el efecto del laudo y proporcionar a las partes una segunda oportunidad para llevar el mismo caso ante un Tribunal completamente nuevo.⁷⁸

El comité *ad hoc* no tiene jurisdicción para resolver el fondo del laudo original de ninguna forma. El sistema de nulidad está diseñado para salvaguardar la integridad, más no el resultado, de un procedimiento arbitral conforme al CIADI. Los comités *ad hoc* sólo podrán anular los laudos en los casos limitativamente enunciados en el citado Artículo 52 (1).⁷⁹

La primera ronda de casos de nulidad conforme al CIADI, en la década de 1980, fue conformada por los casos *Klockner v. Camerún*, *Amco Asia v. Indonesia*, y *MINE v. Guinea*. Los comités *ad hoc*, en estos primeros casos, anularon por lo menos alguna parte de los laudos en cuestión. En cada uno de ellos, las partes sometieron las disputas a un segundo Tribunal, y en dos de ellas, a una segunda fase de procedimientos de anulación.⁸⁰

La particularidad del CIADI respecto de la anulación del laudo consiste en que dicho procedimiento se lleva ante una comisión constituida conforme al Convenio de Washington y no ante las autoridades locales del lugar donde se llevó a cabo el arbitraje. Esto constituye una de las grandes innovaciones del CIADI, y hasta ahora ninguna institución de arbitraje tiene una característica similar.

8. EJECUCIÓN DEL LAUDO

Mientras no se instaure alguno de los medios de impugnación del laudo mencionados en el apartado anterior, dentro de los plazos establecidos en el Convenio, el laudo arbitral CIADI tiene fuerza de cosa juzgada y, por virtud de lo dispuesto en el Artículo 54 del Convenio, se le dará entera fe y crédito internacional en razón de que dicho precepto establece que “todo Estado contratante reconocerá al laudo dictado conforme a este Convenio carácter obligatorio y hará ejecutar dentro de sus territorios las obligaciones pecuniarias impuestas por el laudo como si se tratara de una sentencia firme dictada por un tribunal existente en dicho Estado.”

Esta disposición es de gran relevancia en razón de que, conforme al Derecho consuetudinario internacional, no hay obligación de reconocer o ejecutar sentencias y laudos arbitrales extranjeros, pues tal homologación está sujeta a la ley interna del Estado ante el cual se solicitó, salvo que hubiera tratados aplicables celebrados por el Estado en cuestión, como es el caso del CIADI.

El régimen de reconocimiento y ejecución de los laudos del CIADI tiene grandes diferencias con el régimen existente para los laudos arbitrales que no son conforme a dicho Centro. A diferencia de la Convención de Nueva York sobre Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, celebrada en Nueva York el 10 de junio de 1958 (la Convención de Nueva York), el Convenio de Washington no establece ninguna causal que la parte perdedora pueda invocar para rehusar el reconocimiento o ejecución de un laudo CIADI.

En caso de que el Estado contratante no cumpla con sus obligaciones bajo el laudo, hay dos consecuencias jurídicas: el nacimiento del derecho a la protección diplomática y la posibilidad de proceder en contra del Estado ante la Corte Internacional de Justicia por el incumplimiento del Convenio.

⁷⁸ Lucy Reed *et al.*, *Guide to ICSID Arbitration*, Países Bajos, Kluwer Law International, 2004.

⁷⁹ *Ibidem*.

⁸⁰ Lucy Reed, *et al.*, *op. cit.*, p. 101.

9. COSTOS DEL ARBITRAJE

Respecto de los costos del procedimiento, la Regla 14 del Reglamento Administrativo y Financiero del CIADI, establece lo siguiente:

Regla 14. Costos directos de cada procedimiento.

(1) Salvo que se hubiere convenido otra cosa de conformidad con el Artículo 60(2) del Convenio, cada miembro de una Comisión, Tribunal o Comité *ad hoc* seleccionado de la Lista de Árbitros de conformidad con el Artículo 52(3) del Convenio (en adelante llamado el “Comité”) recibirá, además del reembolso de cualquier gasto directo razonablemente incurrido:

(a) un honorario por cada día en que participe en reuniones del organismo de que es miembro;

(b) un honorario por el equivalente de cada día de ocho horas de trabajo en otros asuntos relacionados con el procedimiento;

(c) en vez del reembolso de los gastos de subsistencia incurridos mientras se encuentre en un lugar distinto al lugar de su residencia normal, una dieta basada en la que se establezca periódicamente para los Directores Ejecutivos del Banco; y

(d) gastos de viaje incurridos en conexión con reuniones en las cuales deba participar en calidad de miembro del organismo que se reúne, basados en las normas establecidas periódicamente para los Directores Ejecutivos del Banco.

El importe de los honorarios referidos en los párrafos (a) y (b) serán determinados periódicamente por el Secretario General, con la aprobación del Presidente. Cualquier solicitud de un importe mayor deberá ser efectuada a través del Secretario General.

Esta disposición es de gran importancia porque establece la forma como se le deberá pagar a los árbitros –que es por día–, y que el secretario general determinará los honorarios. En el caso de que un árbitro dedique determinadas horas diarias que no constituyan un día completo, se sumarán hasta formar días de ocho horas.

En el caso del CIADI, no importa el monto de la controversia para la determinación del honorario de los árbitros. Sin embargo, las partes tienen determinada seguridad de cuánto se le pagará a los árbitros, pues el secretario general determina de antemano los honorarios, y se aplican a todas las controversias resueltas ante un tribunal arbitral CIADI.

CAPÍTULO IV EL MECANISMO COMPLEMENTARIO DEL CIADI

1. ANTECEDENTES

Como ya se mencionó, posterior a la creación del CIADI, el Secretariado recibió un gran número de solicitudes sobre la posibilidad de prestar sus servicios respecto de controversias en donde figuraran Estados contratantes y nacionales de otros Estados que no fueran contratantes del Convenio de Washington, así como otro tipo de asuntos que, en principio, no cumplieran con los requisitos jurisdiccionales para acceder al Centro.

Como consecuencia de dichas solicitudes, en 1978 el Consejo Administrativo del CIADI aprobó el reglamento del Mecanismo Complementario que autorizaba al Secretariado del CIADI para administrar cierta categoría de procedimientos entre Estados y nacionales de otros Estados que están fuera del ámbito de aplicación del Convenio.

2. REQUISITOS DE JURISDICCIÓN

Conforme al Mecanismo Complementario, hay tres tipos de procedimientos que el CIADI puede administrar, que de otra manera no cumplirían los requisitos de jurisdicción del Centro. El Artículo segundo del Reglamento del Mecanismo Complementario establece lo siguiente al respecto:

Artículo 2. Autorízase al Secretariado del Centro para Administrar, con sujeción a este Reglamento y de conformidad con él, procedimientos entre un Estado (o una subdivisión constitutiva de un Estado o una entidad del mismo) y un nacional de otro Estado, comprendidos dentro de las siguientes categorías:

- a) Procedimientos de conciliación y arbitraje para el arreglo de diferencias de carácter jurídico que surjan directamente de una inversión, que no sean de la competencia del Centro en razón de que el Estado parte en la diferencia o el Estado cuyo nacional sea parte en la diferencia no sea un Estado contratante.
- b) Procedimientos de conciliación o arbitraje para el arreglo de diferencias de carácter jurídico que no sean de la competencia del Centro en razón de que no surjan directamente de una inversión, siempre que el Estado parte en la diferencia o el Estado cuyo nacional sea parte en la diferencia sea un Estado Contratante.
- c) Procedimientos de comprobación de hechos.

Un requisito adicional para acceder al Mecanismo Complementario es que cualquier acuerdo en donde se estipulen procedimientos de conciliación o arbitraje de conformidad con dicho mecanismo, con respecto a diferencias existentes o futuras, se requiere la aprobación del secretario general del Centro, las partes pueden solicitarla en cualquier momento antes de iniciar del procedimiento.⁸¹

En el caso de procedimientos para el arreglo de diferencias que no sean de la competencia del Centro en razón de que el Estado parte en la diferencia, o el Estado cuyo nacional sea parte en la diferencia, no sea un Estado contratante, el secretario dará su aprobación solamente si a su juicio se han cumplido los requisitos del Artículo 2 (a), y si ambas partes aceptan la jurisdicción del Centro conforme al Artículo 25 del Convenio de Washington (en lugar del Mecanismo Complementario) en el caso de que al iniciarse el procedimiento se hubieran cumplido los requisitos jurisdiccionales *ratio personae* de dicho Artículo.⁸²

3. DERECHO APLICABLE AL PROCEDIMIENTO

Los procedimientos bajo el Mecanismo Complementario se encuentran regulados por el Reglamento del Mecanismo Complementario, el cual incluye un Reglamento principal y tres anexos: el Reglamento de Comprobación de Hechos (Anexo A), el Reglamento de Conciliación (Anexo B) y el Reglamento de Arbitraje (Anexo C).

El Artículo primero del Reglamento de Arbitraje del Mecanismo Complementario establece que

⁸¹ Artículo 4 (1), Reglamento del Mecanismo Complementario.

⁸² Artículo 4 (2), *op. cit.*

cuando las partes en una diferencia hayan acordado someterla a arbitraje sujeto al Reglamento de Arbitraje (Mecanismo Complementario) la diferencia se arreglará de conformidad con el presente Reglamento, salvo que, si cualquiera de las normas de este Reglamento está en conflicto con una disposición de la ley aplicable al arbitraje de la que las partes no puedan apartarse, prevalecerá esa disposición.

Asimismo, cualquier cuestión de procedimiento no contemplada en el Reglamento de Arbitraje del Mecanismo Complementario, o en cualesquiera normas acordadas por las partes, será decidida por el tribunal.⁸³

Es importante mencionar que los procedimientos del Mecanismo Complementario no están regulados bajo el Convenio de Washington. Sin embargo, de conformidad con el Artículo 5 del Mecanismo Complementario, ciertas disposiciones del Reglamento Administrativo y Financiero del CIADI se aplican *mutatis mutandis* a los procedimientos bajo el Mecanismo Complementario.

De acuerdo con el Artículo tercero del Reglamento del Mecanismo Complementario, puesto que los procedimientos admitidos en el Artículo segundo del reglamento están fuera de la competencia del Centro, ninguna de las disposiciones del Convenio será aplicable a dichos procedimientos ni a las recomendaciones, laudos o informes que se pronuncien o formulen en ellos. Sin embargo, los procedimientos bajo el Mecanismo Complementario reciben soporte institucional del CIADI de una forma parecida a los procedimientos llevados bajo el Convenio de Washington.

En lo relativo al lugar de su celebración, los procedimientos de arbitraje solamente se celebrarán en los Estados que sean parte del Convenio de Washington⁸⁴.

Por último, respecto de la transparencia, a diferencia del procedimiento arbitral conforme al CIADI, las deliberaciones del Tribunal se llevarán a cabo en privado y permanecerán secretas. Esta disposición implica que en el Mecanismo Complementario no hay el mismo grado de transparencia que en el procedimiento llevado conforme al CIADI.⁸⁵

4. DERECHO APLICABLE AL FONDO

De acuerdo con el Artículo 54 del Reglamento de Arbitraje del Mecanismo Complementario,

el Tribunal aplicará las disposiciones legales que las partes determinen que son aplicables al fondo de la diferencia. A falta de tal determinación por las partes, el Tribunal aplicará (a) la ley que determinen las normas sobre conflicto de leyes que el Tribunal considere aplicables y; (b) las normas de derecho internacional que el Tribunal considere aplicables.

5. NULIDAD DEL LAUDO

En virtud de que el Convenio de Washington no regula los procedimientos llevados conforme al Mecanismo Complementario, los procedimientos y laudos arbitrales conformes con dicho mecanismo no están aislados del Derecho local, y la nulidad del laudo estará regida por la *lex fori*, incluidas las convenciones internacionales que resulten aplicables. Asimismo, en tal caso, el juez del lugar del arbitraje será competente para resolver sobre la nulidad.

⁸³ Artículo 35, *op. cit.*

⁸⁴ Artículo 19, *op. cit.*

⁸⁵ Sin embargo, en los arbitrajes llevados ante el Mecanismo Complementario, con fundamento en el TLCAN, las audiencias son públicas y existe la posibilidad de enviar comunicados *amicus curiae* de conformidad con un acuerdo emitido por la Comisión del TLCAN.

6. EJECUCIÓN DEL LAUDO

La ejecución del laudo arbitral conforme al Mecanismo Complementario se lleva a cabo de acuerdo con la ley del lugar en donde se pretenda ejecutar el laudo, incluyendo las convenciones internacionales aplicables. En la mayoría de los casos, incluido el de México, es aplicable la Convención de Nueva York.

Dicha Convención es aplicable al reconocimiento y la ejecución de sentencias arbitrales dictadas en un territorio distinto de aquél en donde se pide el reconocimiento y la ejecución de dichas sentencias y cuyo origen sean las diferencias entre personas naturales o jurídicas. Se aplicará también a sentencias arbitrales no consideradas como sentencias nacionales en el Estado en donde se pide su reconocimiento y ejecución.⁸⁶

De acuerdo con la Convención de Nueva York, cada Estado contratante reconocerá la autoridad de la sentencia arbitral y concederá su ejecución de conformidad con las normas de procedimiento vigentes en el territorio donde la sentencia sea invocada, con arreglo a las condiciones establecidas en dicha Convención. Para el reconocimiento o ejecución de las sentencias arbitrales a las cuales se aplica la Convención de Nueva York, no se impondrán condiciones notablemente más rigurosas, ni honorarios o costas más elevados a los aplicables al reconocimiento o la ejecución de las sentencias arbitrales nacionales.⁸⁷

Asimismo, el Artículo V de la Convención de Nueva York establece lo siguiente:

1. Sólo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia, a instancia de la parte contra la cual es invocada, si esta parte prueba ante la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución:
 - a) Que las partes en el acuerdo a que se refiere el Artículo II estaban sujetas a alguna incapacidad en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de que la ley del país en que se haya dictado la sentencia; o
 - b) Que la parte contra la cual se invoca la sentencia arbitral no ha sido debidamente notificada de la designación del árbitro o del procedimiento de arbitraje o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus medios de defensa; o
 - c) Que la sentencia se refiere a una diferencia no prevista en el compromiso o no comprendida en las disposiciones de la cláusula compromisoria, o contiene decisiones que exceden de los términos del compromiso o de la cláusula compromisoria; no obstante, si las disposiciones de la sentencia que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no han sido sometidas al arbitraje, se podrá dar reconocimiento y ejecución a las primeras; o
 - d) Que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo celebrado entre las partes o, en defecto de tal acuerdo, que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado a la ley del país donde se ha efectuado el arbitraje; o
 - e) Que la sentencia no es aún obligatoria para las partes o ha sido anulada o suspendida por una autoridad competente del país en que, o conforme a cuya ley, ha sido dictada a esa sentencia.

⁸⁶ Artículo I (1), Convención de Nueva York.

⁸⁷ Artículo III, *op. cit.*

2. También se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de una sentencia arbitral si la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución comprueba:
 - a) Que según la ley de ese país, el objeto de la diferencia no es susceptible de solución por vía de arbitraje; o
 - b) Que el reconocimiento o la ejecución de la sentencia serían contrarios al orden público de ese país.

Es importante tomar en cuenta lo establecido en este Artículo de la Convención de Nueva York, pues establece los supuestos donde se puede negar el reconocimiento y la ejecución del laudo, lo que representa una diferencia muy importante respecto del procedimiento celebrado conforme al CIADI, debido a que ambos Estados involucrados en la controversia –el Estado receptor de la inversión y el de la nacionalidad del inversionista– son partes del Convenio de Washington y, por lo tanto, han consentido las disposiciones de dicho Convenio; se ha hecho imposible la intervención de sus tribunales nacionales con la finalidad de no reconocer o negar la ejecución del laudo de que se trata.

7. COSTOS DEL ARBITRAJE

Aunque el Mecanismo Complementario tiene su propio reglamento, ciertas disposiciones del Reglamento Administrativo y Financiero son aplicables al Mecanismo Complementario. Así, el párrafo que precede al Reglamento del Mecanismo Complementario establece que:

Los procedimientos bajo el Mecanismo Complementario no están regulados por el Convenio del CIADI. Sin embargo, de conformidad con el Artículo 5 del Mecanismo Complementario, ciertas disposiciones del Reglamento Administrativo y financiero del CIADI se aplican *mutandis mutandis* con respecto a los procedimientos bajo el Mecanismo Complementario.

En ese sentido, el Artículo 5 del Reglamento del Mecanismo complementario señala que

las responsabilidades del Secretariado en cuanto al funcionamiento del Mecanismo Complementario y las disposiciones financieras con respecto a sus operaciones serán aquellas establecidas por el Reglamento Administrativo y Financiero del Centro para los procedimientos de conciliación y arbitraje bajo el Convenio. Por lo tanto, las Reglas 14 a 16, 22 a 30 y 34(1) del Reglamento Administrativo y Financiero del Centro se aplicarán *mutandis mutandis*, respecto a los procedimientos de comprobación de hechos, de conciliación y de arbitraje bajo el Mecanismo Complementario.

En conclusión, las disposiciones de la Regla 14 señaladas en el capítulo relativo al CIADI serán aplicables de igual manera al Mecanismo Complementario.

8. CASOS DONDE MÉXICO HA SIDO PARTE

En virtud de que México no es parte del Convenio de Washington, las controversias en donde el Estado mexicano o un inversionista mexicano sean parte sólo podrán someterse al Mecanismo Complementario del CIADI cuando el inversionista extranjero sea nacional de un Estado contratante o el Estado receptor de la inversión sea un Estado Contratante. De no ser así, no hay posibilidad de someter controversias en donde intervenga un nacional mexicano o el mismo Estado al Mecanismo Complementario del CIADI.

La relevancia práctica del Mecanismo Complementario se encuentra en casos en los cuales, ya sea el Estado receptor de la inversión o el Estado de la nacionalidad del inversionista, no son parte del Convenio. En el contexto del TLCAN, dicho mecanismo ha tomado relevancia debido a que, en un principio, sólo Estados Unidos de Norteamérica había ratificado el Convenio, y Canadá y México no lo habían hecho. Ahora, Canadá ya forma parte del Convenio, y el Mecanismo Complementario es aplicable únicamente en controversias en donde interviene México o uno de sus nacionales.

El Artículo 1120 del TLCAN ofrece el consentimiento al arbitraje alternativamente bajo el CIADI, el Mecanismo Complementario y bajo las reglas del CNUDMI, a elección del demandado. Muchos casos del TLCAN han sido concluidos bajo el Mecanismo Complementario.

Al momento de elaboración del presente trabajo, México ha sido parte de 12 procedimientos arbitrales conforme al Mecanismo Complementario del CIADI,⁸⁸ de los cuales ocho han concluido. A continuación, un ejemplo del funcionamiento del Mecanismo Complementario y su aplicación en México, en algunos casos en donde nuestro país ha sido parte.

Robert Azinian y otros v. Estados Unidos Mexicanos⁸⁹

Este caso se resolvió conforme al Mecanismo Complementario del CIADI; los demandantes iniciaron un procedimiento al amparo del Capítulo XI del TLCAN como accionistas de la sociedad Deshechos Sólidos de Naucalpan, S. A. de C. V. (DESONA), concesionaria de un contrato para la recolección de desechos sólidos en Naucalpan. El Ayuntamiento había revocado la concesión con fundamento en ciertas irregularidades respecto a la conclusión y cumplimiento de la concesión. El tribunal arbitral desechó las reclamaciones en virtud de que los demandantes no prevalecieron en sus pretensiones y, por lo tanto, el actuar de las autoridades mexicanas se consideró apropiado.

Metalclad Corporation v. Estados Unidos Mexicanos⁹⁰

El caso Metalclad contra México involucró una controversia derivada de la inversión que el demandante, Metalclad Corporation (Metalclad), había efectuado en el estado de San Luis Potosí. Metalclad era titular de 100% de las acciones representativas del capital social de Ecosistemas Nacionales, S. A. de C. V., la cual adquirió la sociedad Confinamiento Técnico de Residuos Industriales, S. A. de C. V. (Coterin) con la finalidad de desarrollar y operar una estación de residuos peligrosos ubicada en un municipio de San Luis Potosí.

Coterin obtuvo permisos para construir y operar el confinamiento de los residuos mencionados; sin embargo, el municipio ordenó la suspensión de actividades ante la ausencia de un permiso de construcción, pues sostenía que los permisos eran de *su* competencia e independientes de los permisos federales obtenidos; Metalclad argumentó que, al tramitar los permisos, las autoridades le aseguraron que los únicos permisos necesarios eran los federales.

Ante esto, las autoridades ambientales federales le manifestaron que sólo debía solicitar el permiso, lo cual era un mero trámite, y se le daría casi de inmediato. Metalclad solicitó el permiso municipal y reanudó la construcción. Poco tiempo después, obtuvo un permiso federal adicional para dicho propósito del Instituto Nacional de Ecología.

⁸⁸ Caso CIADI N. ARB(AF) 04/4, Talsud S. A. v. Estados Unidos Mexicanos; Caso CIADI N. ARB(AF) 05/1, Bayview Irrigation District y otros v. Estados Unidos Mexicanos; Caso CIADI N. ARB(AF) 04/3, Gemplus, S.A., SLP, SA y Gemplus S.A. de C.V. v. Estados Unidos Mexicanos; Caso CIADI N. ARB(AF) 05/2, Cargil Incorporated v. Estados Unidos Mexicanos; Caso CIADI N. ARB(AF) 97/2, Robert Azinian y otros v. Estados Unidos Mexicanos; Caso CIADI N. ARB(AF) 00/2, Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. Estados Unidos Mexicanos; Caso CIADI N. ARB(AF) 02/1, Fireman's Fund Insurance Company v. Estados Unidos Mexicanos; Caso CIADI N. ARB(AF) 97/1, Metalclad Corporation v. Estados Unidos Mexicanos; Caso CIADI N. ARB(AF) 98/2, Waste Management, Inc. v. Estados Unidos Mexicanos; Caso CIADI N. ARB(AF) 04/1, Corn Products International, Inc. v. Estados Unidos Mexicanos; Caso CIADI N. ARB(AF) 99/1, Marvin Roy Feldman Karpa v. Estados Unidos Mexicanos; Caso CIADI N. ARB(AF) 04/5, Archer Daniels Midland Company and Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. v. Estados Unidos Mexicanos.

⁸⁹ Caso CIADI N. ARB(AF)/97/2, laudo de 1o. de noviembre de 1999.

⁹⁰ Caso CIADI núm. ARB(AF)/97/1, laudo de 30 de agosto de 2000.

Más de un año después de la solicitud del permiso municipal y casi terminada la construcción, el municipio negó el permiso aduciendo que Metalclad había comenzado a construir antes de obtener dicho permiso.

El Tribunal arbitral sostuvo que la conducta de los funcionarios mexicanos era violatoria del TLCAN en dos aspectos:

*Deber de transparencia:*⁹¹ 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 con el fin de iniciar, completar y operar con éxito una inversión. No debe haber duda alguna, y cualquier confusión debe ser despejada por el Estado huésped para darle seguridad al inversionista extranjero y que pueda proseguir con su inversión.

*Expropiación:*⁹² El TLCAN dispone que ninguna de las partes puede, directa o indirectamente, expropiar una inversión o tomar una medida 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 que México expropió de manera indirecta la inversión de Metalclad sin pago de compensación alguna debido a la forma en que se aplicó un decreto ecológico, cuyo objeto era evitar que Metalclad usara permanentemente su inversión.

*Waste Management, Inc. v. Estados Unidos Mexicanos*⁹³

Este caso involucró una controversia entre Waste Management, Inc. en contra de México como resultado de una supuesta violación de los Artículos 1105 y 1110 del TLCAN por parte de Banco Nacional de Obras y Servicios Públicos, S. N. C. (Banobras), el estado de Guerrero y el Consejo de la ciudad de Acapulco de Juárez.

En este caso, el tribunal decidió que, en la medida en que los demandantes no se habían desistido de las demandas entabladas en el ámbito 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.

CAPÍTULO V

LA CORTE DE ARBITRAJE DE LA CÁMARA DE COMERCIO INTERNACIONAL

1. ANTECEDENTES

Desde hace tiempo, la Cámara de Comercio Internacional es la principal institución mundial especializada en la solución de controversias comerciales de carácter internacional; fue fundada en 1919 y adoptó las primeras Reglas de Arbitraje en 1922. En 1923 se estableció la Corte de Arbitraje, la cual ha desempeñado una función muy importante en el desarrollo del arbitraje comercial internacional; desde su creación, ha administrado más de 14,000 arbitrajes internacionales referidos a partes y árbitros de unos ciento ochenta países y territorios.⁹⁴

⁹¹ Artículo 102 (1) del TLCAN.

⁹² Artículo 1110 del TLCAN.

⁹³ Caso CIADI núm. ARB(AF)/98/2, laudo jurisdiccional de 2 de junio de 2000.

⁹⁴ ICC, Servicio de Solución de Controversias, Publicación CCI N. 810, en: http://www.iccwbo.org/uploadedFiles/Court/Arbitration/810_espagnol_04.pdf

El arbitraje bajo la CCI garantiza la confidencialidad y libertad de las partes para elegir árbitros, la sede del arbitraje, las normas de Derecho aplicable y hasta el idioma del procedimiento.

Sin embargo, en razón de que la CCI es una institución creada más bien para resolver conflictos de carácter comercial y, por lo general, entre particulares, son pocos los tratados de inversión que contemplan la CCI como institución administradora de arbitrajes en materia de inversión.

A pesar de la importancia creciente del CIADI, en la resolución de litigios relativos a inversiones después de los años 90, la Corte de la CCI continúa recibiendo cada año una muy importante cantidad de asuntos implicando a personas morales de derecho público (Estados y emanaciones de los Estados) sobre la base de contratos de Estado que podrían ser por cierto calificados de “contratos de inversión” (por ejemplo, contratos de concesión y contratos a largo plazo de ingeniería civil).⁹⁵

2. INTEGRACIÓN

La Corte Internacional de Arbitraje (la Corte) de la CCI es el centro de arbitraje adscrito a la CCI. Los miembros de la Corte son nombrados por el Consejo Mundial de la CCI y provienen de más de setenta y siete países y de todos los continentes. El Artículo primero de las Reglas de Arbitraje de la CCI establece en su fracción primera que “la función de la Corte consiste en proveer a la solución mediante arbitraje de las controversias de carácter internacional, surgidas en el ámbito de los negocios, de conformidad con el presente Reglamento de Arbitraje de la CCI”.

La Corte de la CCI no es una “corte” en el sentido ordinario, pues no resuelve por sí misma las controversias, sino que su función es asegurar el cumplimiento del Reglamento de Arbitraje de la CCI. Aunque sus miembros no deciden los asuntos sometidos al arbitraje de la CCI —pues ésta es tarea de los árbitros designados conforme a las Reglas de la CCI—, la Corte supervisa el procedimiento y, aparte de otros asuntos, es responsable de: designar árbitros; confirmar, según el caso, a los árbitros nominados por las partes; escrutar y aprobar los laudos arbitrales, y determinar los honorarios de los árbitros.⁹⁶ Asimismo, la Corte tiene la facultad de establecer su propio reglamento.⁹⁷

La Corte está integrada por un presidente, los vicepresidentes, los miembros y los miembros suplentes (en su conjunto, los miembros).⁹⁸ En su trabajo, la Corte está asistida por la Secretaría de la Corte, bajo la dirección del secretario general, la cual tiene su sede en la oficina principal de la CCI.⁹⁹

1. REQUISITOS DE JURISDICCIÓN

a) *Consentimiento*

A diferencia del CIADI, la voluntad del Estado para acceder a la CCI solamente se manifiesta en un momento en lo que se refiere al Estado. Para acceder a la CCI, no es necesario que el Estado receptor de la inversión o que el Estado de la nacionalidad del inversionista celebren ninguna especie de tratado internacional (equivalente al Convenio de Washington en lo que se refiere al CIADI).

⁹⁵ Eduardo Silva Romero, “Arbitrage Institutionnel et Investissements Internationaux”, *Revista de Arbitragem e Midacao*, N. 4, 2004, Brasil p. 121 (traducción personal).

⁹⁶ R. Doak Bishop, *et al.*, *op. cit.*, p. 428.

⁹⁷ Artículo 1 (2), Reglamento de Arbitraje de la CCI.

⁹⁸ Artículo 2, Apéndice I, Estatuto de la Corte de la CCI.

⁹⁹ Artículo 1 (5), Reglamento de Arbitraje de la CCI.

Como ya se mencionó, las formas que tiene el Estado para manifestar su voluntad son a través de un contrato, de un tratado o de una ley interna.

En virtud de que el arbitraje de inversión es una figura relativamente nueva dentro de la CCI, la mayoría de los arbitrajes sometidos a dicha institución son de carácter comercial. Por esta razón, dichos arbitrajes suelen tener como fundamento una cláusula arbitral contenida en un contrato celebrado entre las partes, o el acuerdo arbitral celebrado una vez que existe la controversia. Incluso, las reglas de la CCI, a manera de sugerencia, establecen una cláusula arbitral que deberían contener los contratos que tengan previsto el arbitraje ante la CCI como medio de solución de controversias.

b) *Requisitos ratio personae y ratio materiae*

Uno de los principios fundamentales del arbitraje bajo las Reglas de la Cámara de Comercio Internacional es el de *universalidad* consistente en que el tipo de disputa comercial transnacional que puede resolverse por la CCI no está limitada por la naturaleza de los negocios de las partes, por su nacionalidad, ni por el hecho de ser del sector público o privado.¹⁰⁰ Por lo tanto, conforme al Reglamento de Arbitraje de la CCI, no es necesario cumplir con requisitos *ratio personae* y *ratio materiae* para acceder al sistema arbitral de la CCI. Sin embargo, estos requisitos pueden establecerse en los tratados de inversión o leyes internas en donde el Estado de que se trata manifieste su consentimiento para acceder a la CCI.

2. DERECHO APLICABLE AL PROCEDIMIENTO

El procedimiento ante el Tribunal Arbitral se rige por el Reglamento de Arbitraje de la CCI, y en caso de silencio de éste, por las normas que las partes o, en su defecto, el Tribunal Arbitral determinen, ya sea con referencia o no a un derecho procesal nacional aplicable al arbitraje.¹⁰¹ El procedimiento previsto en el Reglamento es poco minucioso, pues faculta al tribunal para tomar decisiones en lo relativo a términos, pruebas, etc. Sin embargo, en todos los casos, el Tribunal deberá actuar de modo justo e imparcial y asegurarse de que cada parte tenga la oportunidad suficiente para exponer su caso.¹⁰²

Por otro lado, el Reglamento de la CCI le da prioridad al acuerdo existente entre las partes respecto de las características del procedimiento. Por ejemplo, dentro de las Reglas de la CCI, la figura del *amicus curiae* no está regulada. No obstante, si dentro de un APPRI –que establece el arbitraje bajo la CCI como método de solución de controversias– que celebran dos Estados, se permite dicha figura por acuerdo de ambos, entonces podrá utilizarse la figura en el arbitraje de la CCI.

a) *Aspectos generales del procedimiento arbitral*

De acuerdo con el Artículo 4 (1) del Reglamento de Arbitraje de la CCI, “la parte que desee recurrir al arbitraje conforme al presente Reglamento deberá dirigir su demanda de arbitraje (la Demanda) a la Secretaría, la cual notificará al Demandante y a la Demandada la recepción de la Demanda y la fecha de la misma”. Asimismo, la fracción (2) del Artículo en cuestión establece que “Para todos los efectos la fecha de recepción de la Demanda por la Secretaría será considerada como la fecha de inicio del procedimiento arbitral”.

Las fracciones (3), (4) y (5) del Artículo 4 del reglamento establecen los requisitos que deberá contener la demanda, las copias que deberán presentarse, así como el plazo que la Secretaría deberá establecer para subsanar cualquier

¹⁰⁰ Lawrence W. Craig, et al. *International Chamber of Commerce Arbitration*, p. 1.

¹⁰¹ Artículo 15 (1), Reglamento de la CCI.

¹⁰² Artículo 15 (2), *op. cit.*

omisión de los requisitos establecidos en el mismo Artículo. Una vez presentada la demanda y cumplidos todos los requisitos, la Secretaría enviará la demanda para su contestación.

Respecto al número de árbitros, el Artículo 8 del Reglamento de Arbitraje establece que “las controversias serán resueltas por un árbitro único o por tres árbitros”. Las fracciones (2), (3) y (4) del mismo Artículo establecen cómo procederá la designación de árbitros en caso de que las partes no se hubieran puesto de acuerdo, cómo designarán a un árbitro único si así lo habían pactado, y cómo procederá la designación de tres árbitros cuando así lo hubieran pactado las partes.

El Artículo 9 del Reglamento se refiere al nombramiento y confirmación de los árbitros y a los requisitos que deberán cumplirse para tal efecto.

Respecto de la sede del arbitraje, ésta será fijada por la Corte de la CCI salvo que las partes la hayan convenido. Asimismo, salvo acuerdo contrario de las partes, el Tribunal arbitral, previa consulta con aquéllas, podrá celebrar reuniones en cualquier lugar que considere apropiado; también podrá deliberar en cualquier lugar que considere apropiado.¹⁰³

Respecto al idioma del procedimiento, a falta de acuerdo entre las partes, el Tribunal determinará el o los idiomas del arbitraje, tomando en cuenta cualesquiera circunstancias pertinentes, incluyendo el idioma del contrato.

b) La transparencia

Dentro de las reglas de arbitraje de la CCI, la privacidad de las audiencias está protegida por el Artículo 21 (3), el cual establece que, salvo que exista el consentimiento del tribunal y de las partes, las personas no involucradas en los procedimientos no deberán ser admitidas en las audiencias.

Asimismo, el Artículo 6 del Reglamento de Arbitraje establece que

la actividad de la Corte es de carácter confidencial el cual debe ser respetado por todos los que participen en ella a cualquier título. La Corte definirá las condiciones bajo las cuales personas ajenas a la misma pueden asistir a sus reuniones y a sus Comités y tener acceso a los documentos presentados a la Corte y a su Secretaría.

En el mismo sentido, el apéndice III del Reglamento de la Corte de Arbitraje establece ciertas reglas con respecto al carácter confidencial de las actividades de la Corte.

3. DERECHO APLICABLE AL FONDO

Respecto al Derecho aplicable al fondo, de acuerdo con el Reglamento de la CCI, las partes podrán acordar libremente las normas jurídicas que el Tribunal deberá aplicar al fondo de la controversia. A falta de acuerdo entre las partes, el Tribunal arbitral aplicará las normas jurídicas que considere apropiadas.¹⁰⁴

En todos los casos, el Tribunal deberá tener en cuenta las estipulaciones del contrato y los usos comerciales pertinentes;¹⁰⁵ asimismo, tendrá los poderes de amigable componedor o decidirá *ex aequo et bono* únicamente si las partes, de común acuerdo, le han otorgado tales poderes.¹⁰⁶

¹⁰³ Artículo 14, *op. cit.*

¹⁰⁴ Artículo 17 (1), *op. cit.*

¹⁰⁵ Artículo 17 (2), *op. cit.*

¹⁰⁶ Artículo 17 (3), *op. cit.*

4. EXAMEN PREVIO DEL LAUDO POR LA CORTE

Una particularidad del procedimiento arbitral ante la CCI consiste en que, antes de firmar el laudo, el Tribunal deberá someterlo, en forma de proyecto, a la Corte. Ésta podrá ordenar modificaciones de forma y, respetando la facultad de decisión del Tribunal arbitral, podrá llamar su atención sobre puntos relacionados con el fondo de la controversia. El tribunal arbitral no podrá dictar ningún laudo antes de haber sido aprobado, en cuanto a su forma, por la Corte.¹⁰⁷

Esta característica del procedimiento arbitral ante la CCI, que no se encuentra en otras instituciones administradoras de arbitrajes, puede ser una ventaja, pues garantiza que el procedimiento se haya llevado adecuadamente y faculta a la Corte para sugerir acerca del fondo del asunto, lo cual también puede resultar una ventaja para las partes, brindándoles mayor seguridad jurídica. De conformidad con una política de la Corte, todos los laudos donde intervenga un Estado en calidad de parte deberán ser aprobados por la Corte.

5. CORRECCIÓN E INTERPRETACIÓN DEL LAUDO

Respecto de errores de cálculo, tipográficos o similares, el Tribunal puede corregirlos de oficio, siempre y cuando dicha corrección sea sometida a la Corte para su aprobación.¹⁰⁸

Las solicitudes de corrección de un error de cálculo, tipográfico o similares o de interpretación formuladas por una parte deberán dirigirse a la Secretaría dentro de los treinta días siguientes a la recepción del laudo. El Tribunal arbitral le comunicará a la otra parte para que formule los comentarios pertinentes. Si el Tribunal decide corregir o interpretar el laudo, someterá su decisión, en forma de proyecto, a la Corte para que ésta exprese sus comentarios.¹⁰⁹

La decisión de corregir o interpretar el laudo deberá tomarse mediante *addendum*, que constituirá parte del laudo.¹¹⁰

6. NULIDAD Y EJECUCIÓN DEL LAUDO

Al igual que en los procedimientos llevados conforme al Mecanismo Complementario del CIADI, la nulidad de los laudos emitidos conforme a la CCI está sujeta a la intervención de los tribunales nacionales del Estado del lugar del arbitraje. En el caso del reconocimiento y ejecución del laudo arbitral, en la mayoría de los Estados donde se pretenda el reconocimiento y ejecución del laudo, también será aplicable la Convención de Nueva York.

9. COSTOS DEL ARBITRAJE

De acuerdo con el Artículo 31 del Reglamento de Arbitraje de la CCI, los costos del arbitraje incluirán los honorarios y los gastos de los árbitros, así como los gastos administrativos de la CCI determinados por la Corte, de conformidad con el arancel vigente en la fecha de inicio del proceso arbitral, los honorarios y gastos de los peritos nombrados por el tribunal y los gastos razonables incurridos por las partes para su defensa en el arbitraje.

La Corte tiene la facultad de fijar los honorarios de los árbitros en un monto superior o inferior al que resulte del arancel aplicable, si así lo considera necesario en razón de las circunstancias excepcionales del caso. Cabe

¹⁰⁷ Artículo 27, *op. cit.*

¹⁰⁸ Artículo 29 (1), *op. cit.*

¹⁰⁹ Artículo 29 (2), *op. cit.*

¹¹⁰ Artículo 29 (3), *op. cit.*

mencionar que los aranceles a los que se refiere dicha disposición dependen de la cuantía de la disputa y son proporcionales a ella.

CAPÍTULO VI

EL REGLAMENTO DE ARBITRAJE DE LA COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL

1. ANTECEDENTES

La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) fue establecida por la Asamblea General de la ONU el 17 de diciembre de 1966. Al establecerla, la Asamblea General reconoció que las disparidades entre las leyes nacionales que regían el comercio internacional creaban obstáculos para ese comercio, y consideró que, mediante la CNUDMI, la ONU podría desempeñar un papel más activo en la reducción o eliminación de esos obstáculos.¹¹¹

Convencida de que la creación de unas reglas de arbitraje especial, aceptables para países con diversos sistemas jurídicos, sociales y económicos, contribuiría al desarrollo de las relaciones económicas internacionales armoniosas,¹¹² el 28 de abril de 1976, la CNUDMI aprobó su Reglamento de Arbitraje, el cual establece un sistema procesal completo, al que las partes podrán hacer remisión en su acuerdo arbitral, para la celebración de las actuaciones en orden a la solución de todo conflicto surgido en su relación comercial, ya sea ante un tribunal institucional o ante un tribunal establecido para el caso concreto. Dicho reglamento –utilizado para arbitrajes de diversa índole– regula los aspectos del procedimiento arbitral, contiene una cláusula compromisoria modelo, regula la designación de árbitros, la sustanciación de las actuaciones, y la forma, efecto e interpretación del laudo arbitral.¹¹³

2. INTEGRACIÓN

La CNUDMI se encuentra integrada por sesenta Estados miembros elegidos por la Asamblea General. Su composición representa las diversas regiones geográficas y los principales sistemas económicos y jurídicos del mundo. Los miembros de la CNUDMI son elegidos por periodos de seis años, y el mandato de la mitad de ellos expira cada tres años.¹¹⁴

Sin embargo, tratándose del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, la integración de dicha Comisión es irrelevante, pues, a diferencia del CIADI o de la CCI, la CNUDMI no es una institución administradora de arbitrajes; no supervisa, administra ni monitorea los arbitrajes conducidos al amparo de sus reglas. Como resultado, las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI ejemplifican reglamentos *ad hoc* que no remiten a una institución preestablecida. Por contraste, las reglas como las del CIADI o la CCI se conocen como reglamentos institucionales, pues están creados para ser implementados por dichos cuerpos permanentes.¹¹⁵

3. REQUISITOS DE JURISDICCIÓN

Al ser el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI un cuerpo normativo al que las partes acceden por común acuerdo, diseñado para resolver todo tipo de arbitrajes, lo único necesario para resolver una controversia conforme a dicho

¹¹¹ <http://www.uncitral.org/uncitral/es/about/origin.html>.

¹¹² Resolución 31/98, aprobada por la Asamblea General el 15 de diciembre de 1976.

¹¹³ http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/1976Arbitration_rules.html.

¹¹⁴ <http://www.uncitral.org/uncitral/es/about/origin.html>.

¹¹⁵ R. Doak Bishop, *et al.*, *op. cit.*, p. 435.

Reglamento es la existencia de la voluntad de las partes. En el caso del arbitraje de inversión, la voluntad del Estado puede emitirse a través de un contrato, de un tratado o de una ley interna.

En la vía contractual, tanto el Estado como el inversionista extranjero manifiestan su consentimiento al momento de celebrar el contrato que establece que cualquier controversia derivada de dicho contrato se resolverá de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI.

Por otro lado, tratándose de los tratados o leyes internas, el Estado manifiesta su voluntad al momento de celebrar el tratado de inversión o promulgar la ley que establezcan la posibilidad del inversionista de demandar al Estado en un procedimiento llevado conforme a dicho Reglamento para la protección de derechos conferidos en el tratado o ley de que se trate. En ambos supuestos, la voluntad del Estado constituye, en un primer momento, una facultad que el Estado le otorga al inversionista para ejercer una acción en contra del Estado en determinados supuestos. Cuando el inversionista demande al Estado, será el momento en el que éste manifestará su voluntad para acceder a un arbitraje de acuerdo con el Reglamento.

Conforme al Reglamento, el único requisito de jurisdicción es el consentimiento, no obstante es importante mencionar que, tanto en el contrato, ley o tratado en el que se encuentre la voluntad de ambas partes o del Estado en su caso, se pueden prever requisitos adicionales de jurisdicción como es comúnmente el caso en materia de arbitraje de inversión. Esto resulta evidente en la materia objeto del presente trabajo, pues para acceder a un arbitraje de inversión conforme al Reglamento de la CNUDMI será necesario que la controversia verse sobre una inversión, y también que se cumplan ciertos requisitos *ratio personae*.

4. DERECHO APLICABLE AL PROCEDIMIENTO

De conformidad con el Artículo primero del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, cuando las partes acuerden que los litigios relacionados con determinado contrato (o derivados de un tratado o ley en su caso) se sometan al arbitraje de acuerdo con dicho Reglamento, tales litigios se resolverán de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, pero sujetos a las modificaciones que las partes puedan acordar por escrito.

El Reglamento de la CNUDMI fue diseñado para dar cabida a un amplio espectro de disputas y, por lo tanto, proporciona a las partes una gran flexibilidad a la hora de diseñar un procedimiento que llene sus necesidades. Ante la ausencia de un acuerdo, los árbitros bajo el Reglamento de la CNUDMI tienen una gran discrecionalidad para crear procedimientos apropiados para la disputa en cuestión.

a) Aspectos generales del procedimiento arbitral

En el procedimiento bajo el Reglamento de la CNUDMI, las partes tienen la libertad de elegir el lugar del arbitraje. En caso de no hacerlo, el Tribunal arbitral tendrá la facultad de determinar el lugar del arbitraje. Ésta es una diferencia entre el Reglamento de la CNUDMI y el Convenio de Washington, pues en los arbitrajes llevados ante el CIADI, en el caso de que las partes no logren acordar el lugar del arbitraje, éste será llevado a cabo en el Banco Mundial con sede en Washington.

En el contexto del Reglamento del CNUDMI, el lugar del arbitraje guarda especial importancia en virtud de que la ley de dicho lugar normalmente formará la *lex arbitri* para el procedimiento, y los tribunales de dicho lugar tendrán jurisdicción supervisora para proporcionar medidas cautelares. Por otro lado, en el caso del CIADI, el lugar del arbitraje no tiene un efecto importante, pues el procedimiento arbitral es por lo general conducido con independencia de la ley doméstica. En particular, los tribunales del lugar del arbitraje tienen muy poco desempeño en la controversia, pues las medidas provisionales ordenadas por tribunales nacionales están prohibidas, y la impugnación de los laudos está limitada a la estructura de nulidad interna del CIADI.

b) La transparencia

Parecido a las audiencias conducidas conforme a las Reglas de la CCI, las audiencias conducidas de conformidad con el Artículo 25 (4) del Reglamento de la CNUDMI son celebradas *in camera*. Sin embargo, las partes pueden permitir la presencia de personas distintas de las partes y sus representantes.

En el caso *Methanex Corporation v. los Estados Unidos de Norteamérica* (conducido de acuerdo con el capítulo 11 del TLCAN, de conformidad con el Reglamento de la CNUDMI), el Tribunal insistió en la privacidad de las audiencias orales cuando una organización no gubernamental solicitó, en el año 2000, asistir a las audiencias, tomando en cuenta que el demandante objetó tal presencia. Sin embargo, en 2004, las partes acordaron que la audiencia final fuese abierta al público.

5. DERECHO APLICABLE AL FONDO

De conformidad con el Artículo 33 (1) del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, “el tribunal arbitral aplicará la ley que las partes hayan indicado como aplicable al fondo del litigio. Si las partes no indican la ley aplicable, el Tribunal arbitral aplicará la ley que determinen las normas de conflicto de leyes que estime aplicables”.

Debido a que el sistema arbitral de la CNUDMI se diseñó para resolver disputas comerciales, las cuales son por lo general gobernadas por contratos privados que contienen el Derecho aplicable al fondo del asunto, el Reglamento no sirve de mucha guía para el Tribunal arbitral a la hora de elegir el Derecho aplicable al fondo.

6. INTERPRETACIÓN, RECTIFICACIÓN Y LAUDO ADICIONAL

De conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, dentro de los treinta días siguientes a la recepción del laudo, cualquiera de las partes podrá requerir al tribunal una interpretación del laudo, la cual se entregará por escrito y formará parte del laudo.¹¹⁶

Asimismo, en el caso de que hubiera un error de cálculo, de copia, tipográfico o de naturaleza similar en el laudo, cualquiera de las partes podrá requerir al Tribunal arbitral para que rectifique dichos errores. Del mismo modo, dentro de los treinta días siguientes a la comunicación del laudo, el Tribunal podrá efectuar dichas correcciones por propia iniciativa.¹¹⁷

Por último, en caso de haber reclamaciones formuladas en el procedimiento arbitral que se hubieran omitido en el laudo, cualquiera de las partes podrá solicitar que se dicte un laudo adicional para resolverlas. Si el tribunal estima justificado el requerimiento de un laudo adicional, y considera que la omisión puede rectificarse sin ulteriores audiencias o pruebas, completará su laudo dentro del término previsto en el Reglamento.¹¹⁸

7. NULIDAD Y EJECUCIÓN DEL LAUDO

Al igual que en los procedimientos llevados de acuerdo con el Mecanismo Complementario del CIADI y a la CCI, la nulidad de un laudo emitido conforme al Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI deberá solicitarse ante los tribunales del lugar en donde se lleve a cabo el arbitraje. Del mismo modo, tratándose del reconocimiento y ejecución del laudo arbitral, en la mayoría de los países donde se pretenda el reconocimiento y ejecución del laudo, también será aplicable la Convención de Nueva York.

¹¹⁶ Artículo 35, Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI.

¹¹⁷ Artículo 36, *op. cit.*

¹¹⁸ Artículo 37, *op. cit.*

8. COSTOS DEL ARBITRAJE

De acuerdo con el Artículo 38 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI:

El tribunal arbitral fijará en el laudo las costas del arbitraje. El término “costas” comprende únicamente lo siguiente: a) los honorarios del tribunal arbitral, que se indicarán por separado para cada árbitro y que fijará el propio tribunal de conformidad con el Artículo 39; b) los gastos de viaje y las demás expensas realizadas por los árbitros...

Aunque el Artículo 39 señala que los honorarios del tribunal serán de un monto razonable, no es conveniente que sean los mismos árbitros quienes determinen sus honorarios. Esta disposición se puede prestar a abusos por parte del Tribunal, y las partes pueden salir perjudicadas por ello.

CAPÍTULO VII

EL ARBITRAJE DE INVERSIÓN EN MÉXICO

1. LA PROTECCIÓN A LA INVERSIÓN EXTRANJERA EN MÉXICO

Desde inicios del siglo XX, el Derecho mexicano ha pasado por diversas etapas en lo que concierne a la inversión extranjera y a su protección.

Durante el régimen de Porfirio Díaz, a finales del siglo XIX y principios del siglo XX, la gran penetración de capital extranjero que hubo en el país se encontraba protegida por el Derecho internacional consuetudinario; sin embargo, se vio frenada por la Revolución de 1910 y, tiempo después, por las restricciones a la propiedad y al uso de bienes raíces por parte de extranjeros, introducidas por el Artículo 27 de la Constitución de 1917.¹¹⁹ Desde entonces, la regulación de la inversión extranjera se ha clasificado en cuatro etapas: la casuística, la regulatoria, la liberal y la de apertura.¹²⁰

La etapa casuística comenzó con la Constitución Política de 1917 y concluyó con la publicación de la Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera, de 1973, cuya característica principal es que el Estado fue resolviendo casuísticamente los conflictos que se le fueron presentando, lo que derivó en una regulación amplia de la inversión extranjera.

En las fracciones XVI y XXIX del Artículo 73 constitucional se estableció la facultad exclusiva del Congreso de la Unión para legislar sobre la condición jurídica de los extranjeros y sobre la regulación de la inversión extranjera. Cabe mencionar que el texto de la fracción XXIX-F del Artículo 27 constitucional faculta al Congreso para “expedir leyes tendientes a la promoción de la inversión mexicana, la regulación de la inversión extranjera...”. Como lo dice el Artículo, durante esta época se pretendía *fomentar* la inversión mexicana y *regular* la inversión extranjera, lo cual implica que la tendencia apuntaba hacia una limitación, mas no a un fomento de la inversión extranjera. A la fecha,

¹¹⁹ Arturo Díaz Bravo, “Inversión Extranjera” *Diccionario Jurídico Mexicano*, 14^o ed., México, Porrúa, Instituto de Investigaciones Jurídicas –UNAM, 2000, p. 1810.

¹²⁰ Leonel Pereznieto Castro, *Derecho internacional privado – Parte General*, 7^o ed., México, Oxford University Press, México, 2003, p. 84.

el texto de dicha fracción permanece intacto, independientemente de que la política nacional sea la de fomentar la inversión extranjera.

Dicha disposición se complementó con la fracción I del Artículo 27 constitucional, la cual condiciona la adquisición por extranjeros del dominio de tierras, aguas y sus accesiones, así como las concesiones para la explotación de minas y aguas, a la celebración de un convenio ante la Secretaría de Relaciones Exteriores en donde convengan considerarse como nacionales respecto de dichos bienes y no invocar la protección de sus gobiernos. A esta disposición se le denomina Cláusula Calvo.

Durante esa primera etapa, el Estado mexicano emitió de forma casuística leyes y disposiciones administrativas diversas, que llegaron a formar un ordenamiento disperso acerca de la materia, las cuales, lejos de conceder derechos adicionales a los extranjeros respecto de la protección de sus inversiones, se limitaban a establecer restricciones y prohibiciones en la participación en diversas áreas de la economía.¹²¹

La segunda etapa, la regulatoria, comenzó con la publicación de la Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera, y terminó con la publicación de su reglamento en 1989. En esta ley se concentraron en un solo cuerpo normativo las diversas disposiciones dispersas en leyes, decretos y acuerdos generales. Como lo dice el nombre de la ley, durante esta época se privilegió la inversión nacional sobre la inversión extranjera y, por lo tanto, no se desarrolló un derecho de protección a la inversión extranjera.

La tercera etapa, liberal, comenzó con la publicación del Reglamento de la Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera, y terminó con la publicación de la Ley de Inversiones Extranjeras, en 1993. En esta etapa, la política económica evolucionó en lo relativo a la inversión extranjera. La característica fundamental de esta etapa, impulsada por el presidente Carlos Salinas de Gortari, fue la apertura a la inversión extranjera con la finalidad de impulsar el desarrollo nacional.

Dentro de la exposición de motivos del reglamento, se encuentran frases como: “que para la recuperación económica se requiere impulsar el esfuerzo de inversión tanto pública, como privada, nacional y extranjera...” o “que los países que están en proceso de modernización intensa están usando de forma creciente la inversión extranjera, que complementa su ahorro, genera empleos bien remunerados, trae tecnología competitiva y coadyuva a su inserción en los flujos económicos nacionales”, entre otras.

Este reglamento ya no buscaba sólo regular la inversión extranjera, sino fomentarla, lo que en realidad constituía un objeto distinto del de la ley que pretendía reglamentar. Este reglamento confirió mayores derechos a los inversionistas extranjeros que los ya establecidos en la ley, sin embargo, no se referían a obligaciones del Estado mexicano para proteger la inversión extranjera, sino a las áreas económicas en donde podía participar y a la eliminación de requisitos y permisos para hacerlo.

La cuarta etapa, conocida como de apertura, empezó en 1993 con la publicación de la vigente Ley de Inversión Extranjera, la cual recogió los principios contenidos en el reglamento. Aunque la ley no incluyó nuevas disposiciones relativas a la protección de la inversión extranjera, a partir de ese año, México comenzó un proceso de apertura a través de la celebración de un gran número de APPRI y TLC en los que se le confieren gran cantidad de derechos a los inversionistas extranjeros y a los inversionistas mexicanos en el extranjero.

Esta nueva etapa de regulación, en donde México se ha obligado a respetar ciertos estándares de protección a la inversión extranjera, ha derivado en un incremento muy importante en la inversión extranjera que recibe el país en la actualidad.

¹²¹ Adrián Magallanes, *op. cit.*

2. TRATADOS DE LIBRE COMERCIO Y APPRI CELEBRADOS POR MÉXICO QUE CONTEMPLAN EL CIADI

A la fecha, México ha celebrado 27 APPRI¹²² y ocho TLC en donde se prevé un capítulo destinado a la protección de la inversión extranjera. Estos instrumentos tienen como finalidad promover un ambiente favorable para la inversión extranjera, y así incentivarla en un mundo en donde ya no es posible vislumbrar el crecimiento económico sin participación de inversión privada extranjera. Como se mencionó en el capítulo III, aunque su contenido varía en cada caso, fundamentalmente los APPRI y los TLC proveen ciertos estándares mínimos de protección a las inversiones llevadas a cabo por inversionistas nacionales de uno de los Estados contratantes en el territorio de otro Estado contratante. Estos estándares mínimos de protección, por lo general exceden los mínimos reconocidos en el Derecho internacional consuetudinario.¹²³

La efectividad de los tratados de inversión está supeditada a la efectividad de los mecanismos que garanticen su ejecución. En la ausencia de dichos mecanismos, se requeriría la acción de uno de los Estados contratantes para exigir el cumplimiento de las disposiciones contenidas en el instrumento, lo cual complicaría las relaciones amistosas entre los Estados.

Con dicha finalidad, México ha celebrado APPRI con Alemania,¹²⁴ Argentina,¹²⁵ Australia,¹²⁶ Austria,¹²⁷ Belarus *i. e.* Bielorrusia,¹²⁸ China,¹²⁹ Corea,¹³⁰ Cuba,¹³¹ Dinamarca,¹³² España,¹³³ Eslovaquia,¹³⁴ Finlandia,¹³⁵ Francia,¹³⁶ Grecia,¹³⁷ India,¹³⁸ Islandia,¹³⁹ Italia,¹⁴⁰ Países Bajos,¹⁴¹ Panamá,¹⁴² Portugal,¹⁴³ Reino Unido,¹⁴⁴ República Checa,¹⁴⁵ Suecia,¹⁴⁶ Suiza,¹⁴⁷ Trinidad y Tobago,¹⁴⁸ Uruguay,¹⁴⁹ y Bélgica-Luxemburgo.¹⁵⁰

Por otro lado, los tratados de libre comercio celebrados por México que contienen capítulos de protección a la inversión son los siguientes: Tratado de Libre Comercio de América del Norte (Capítulo XI);¹⁵¹ Tratado de Libre

¹²² <http://www.economia.gob.mx/?P=1210>.

¹²³ Véase capítulo III, apartado 3, inciso b.

¹²⁴ Publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 20 de marzo de 2001.

¹²⁵ Publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 28 de agosto de 1998.

¹²⁶ Publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 12 de junio de 2007.

¹²⁷ Publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 23 de marzo de 2001.

¹²⁸ Firmado el 11 de julio de 2008. La aprobación del Senado se encuentra pendiente.

¹²⁹ Firmado el 4 de septiembre de 2008. La aprobación del Senado se encuentra pendiente.

¹³⁰ Publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 9 de agosto de 2002.

¹³¹ Publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 3 de mayo de 2002.

¹³² Publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 30 de noviembre de 2000.

¹³³ Publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 19 de marzo de 1997.

¹³⁴ Firmado el 26 de octubre de 2007. La aprobación del Senado se encuentra pendiente.

¹³⁵ Publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 30 de noviembre de 2000.

¹³⁶ Publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 30 de noviembre de 2000.

¹³⁷ Publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 11 de octubre de 2002.

¹³⁸ Publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 5 de marzo de 2008.

¹³⁹ Publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 6 de junio de 2006.

¹⁴⁰ Publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 17 de enero de 2003.

¹⁴¹ Publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de julio de 2000.

¹⁴² Publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 19 de diciembre de 2006.

¹⁴³ Publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 8 de enero de 2001.

¹⁴⁴ Publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 25 de julio de 2007.

¹⁴⁵ Publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 25 de marzo de 2004.

¹⁴⁶ Publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 27 de julio de 2001.

¹⁴⁷ Publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 20 de agosto de 1998.

¹⁴⁸ Publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 12 de septiembre de 2007.

¹⁴⁹ Publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 9 de agosto de 2002.

¹⁵⁰ Publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 19 de marzo de 2003.

¹⁵¹ Publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 20 de diciembre de 1993.

Comercio entre los Estados Unidos Mexicanos y la República de Colombia (Capítulo XVII);¹⁵² Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos Mexicanos y la República de Costa Rica (Capítulo XIII);¹⁵³ Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos Mexicanos y la República de Bolivia (Capítulo XV);¹⁵⁴ Tratado de Libre Comercio entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de la República de Nicaragua (Capítulo XVI);¹⁵⁵ Tratado de Libre Comercio entre la República de Chile y los Estados Unidos Mexicanos (Capítulo IX);¹⁵⁶ Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos Mexicanos, Guatemala, el Salvador y Honduras (Capítulo XIV);¹⁵⁷ el Acuerdo para el Fortalecimiento de la Asociación Económica entre los Estados Unidos Mexicanos y el Japón.¹⁵⁸ La celebración de acuerdos de esta especie significa un incremento importante en el volumen del comercio exterior de México y en los flujos de inversión extranjera.

De los APPRI y TLC mencionados, todos ellos contemplan la posibilidad teórica de ejercer una acción ante un Tribunal arbitral del CIADI en contra del Estado receptor que incumpla con las obligaciones establecidas en el tratado a favor del inversionista extranjero. Por ejemplo, el Artículo 1120 del TLCAN en donde se han basado la mayoría de TLC y APPRI celebrados por México.

Artículo 1120: Sometimiento de la reclamación al arbitraje.

1. Salvo lo dispuesto en el Anexo 1120.1 y siempre que hayan transcurrido seis meses desde que tuvieron lugar los actos que motivan la reclamación, un inversionista contendiente podrá someter la reclamación al arbitraje de acuerdo con:
 - a) el Convenio del CIADI, siempre que tanto la Parte contendiente como la Parte del inversionista, sean Estados parte del mismo;
 - b) las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI, cuando la Parte contendiente o la Parte del inversionista, pero no ambas, sea Parte del Convenio del CIADI; o
 - c) las Reglas de Arbitraje de CNUDMI.
2. Las reglas aplicables al procedimiento arbitral seguirán ese procedimiento salvo en la medida de lo modificado en esta sección.

Sin embargo, paradójicamente, al no ser parte del CIADI, el inversionista extranjero en México o el inversionista mexicano en el extranjero no tienen la posibilidad de acceder a dicho mecanismo.

3. LA ACTITUD DE MÉXICO ANTE EL CIADI

Las razones por las cuales México no se ha adherido al Convenio han sido motivo de especulación entre distintos autores, pues no hay una postura oficial al respecto.

a) *Experiencia histórica*

¹⁵² Publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 9 de enero de 1995. Sin efectos entre México y Venezuela a partir del 19 de noviembre de 2006.

¹⁵³ Publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de enero de 1995.

¹⁵⁴ Publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 11 de enero de 1995.

¹⁵⁵ Publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 1 de julio de 1998.

¹⁵⁶ Publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 28 de julio de 1999.

¹⁵⁷ Publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 14 de marzo de 2001.

¹⁵⁸ Publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 31 de marzo de 2005.

Para explicar la actitud de México hacia el arbitraje como instrumento para solucionar disputas en donde interviene el Estado mexicano, Bernardo Sepúlveda Amor hace referencia a algunos conflictos resueltos mediante el arbitraje en los cuales México no obtuvo una resolución favorable. Entre ellos, se encuentran el conflicto bélico entre México y Francia en 1844, las comisiones de reclamación creadas en 1839 y 1868 para resolver las diferencias existentes entre México y Estados Unidos de América, las reclamaciones de extranjeros contra México por actos revolucionarios sucedidos entre 1910 y 1920, así como las controversias por títulos soberanos sobre la isla de Clipperton y el Chamizal.¹⁵⁹

Con estos antecedentes, el mencionado autor señala que no es de extrañar la actitud pendular de México hacia el arbitraje. Si bien nuestro país no se ha adherido al CIADI, los cambios en las condiciones arbitrales, la mayor equidad en los procedimientos, el estricto rigor en la calidad de los árbitros, así como la realidad económica de la actualidad, han llevado al Estado mexicano a establecer la vía arbitral como mecanismo para solución de controversias en materia de comercio e inversión en los distintos tratados de libre comercio y APPRI celebrados por México.¹⁶⁰

Por las características mencionadas del arbitraje en la actualidad, esta posible razón por la cual México no se ha adherido al CIADI puede quedar descartada en un futuro; la realidad del pasado no es la misma que la realidad actual. Ahora, si el Estado mexicano cumple con las obligaciones a las que se compromete en los tratados de inversión que celebra, no tendrá por qué perder injustamente un arbitraje de inversión, y menos si éste se encuentra supervisado por una institución administradora de arbitrajes, como el CIADI. Por otro lado, México ha tenido una experiencia positiva en los arbitrajes de inversión en donde ha participado conforme al Capítulo XI del TLCAN.

b) El deseo de no ventilar casos que involucren al Estado Mexicano en foros internacionales

El deseo de no exponer al Estado Mexicano en foros internacionales puede contribuir –según se especula– a la reticencia de México para adherirse al Convenio, de, tal vez, no exhibir los abusos que México pueda cometer contra los inversionistas extranjeros ante la comunidad internacional, y en el caso que nos concierne, ante el Banco Mundial.

Sin embargo, esta razón resulta poco válida, pues independientemente de que los arbitrajes no se ventilan ante el CIADI, en numerosas ocasiones se ha recurrido al Mecanismo Complementario y, por lo tanto, México ha quedado expuesto de la misma manera ante el foro internacional, pero sin aprovechar los beneficios que ofrece el CIADI. Asimismo, si México no quiere verse expuesto ante el foro internacional, lo más adecuado sería cumplir con sus obligaciones y darle un trato justo y equitativo a los inversionistas extranjeros.

c. La aplicación del Derecho internacional

Otra razón detrás de la reticencia de México de adherirse al Convenio de Washington puede encontrarse en el Artículo 42(1) de dicho precepto:

Artículo 42. (1) El Tribunal decidirá la diferencia de acuerdo con las normas de derecho acordadas por las partes. A falta de acuerdo, el Tribunal aplicará la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de Derecho internacional privado, y aquellas normas de Derecho internacional que pudieren ser aplicables.

Este Artículo contempla la posibilidad de que el Derecho internacional sea correctivo del Derecho mexicano en los casos que pudiera ser aplicable. Sin embargo, se debe tomar en cuenta que, de ser el caso, ello pasaría por alto

¹⁵⁹ Bernardo Sepúlveda Amor, *op. cit.*

¹⁶⁰ *Idem.*

que el Derecho internacional en materia de inversión ya se ha filtrado al Derecho mexicano con los mismos efectos que el Artículo 42 del Convenio de Washington,¹⁶¹ debido a que el Artículo 1105 del TLCAN dispone que el Estado huésped 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".

El resultado de dicho Artículo es que en un procedimiento arbitral, bajo el capítulo XI del TLCAN, una parte puede legítimamente citar precedentes y normas internacionales como vinculantes. Si el Derecho internacional estableciera una protección mayor que el trato que dicho Estado le está dando al inversionista o inversión correspondiente, prevalecerá el Derecho internacional.

d. Nulidad y ejecución de sentencias

Quizá la razón más comprensible por la que el Estado mexicano sostiene su ausencia como parte del CIADI es la relativa a la nulidad y la ejecución de sentencias, pues como ya se mencionó, la nulidad en los procedimientos llevados ante el CIADI se resuelve por otro panel arbitral del CIADI y no permite la intervención de las cortes nacionales para revisar la nulidad.

Sin embargo, en caso de que México sea demandado, lo más común es que el arbitraje se lleve a cabo en un lugar fuera del territorio mexicano, y al no ser parte del CIADI, los tribunales del Estado donde se dictó el laudo resuelven la nulidad. Por lo tanto, resultaría más beneficioso para el Estado mexicano que un panel arbitral de expertos resuelva la nulidad sin involucrar a los tribunales de otro Estado, como sucede en los procedimientos llevados a cabo de conformidad con el CIADI; con ello, se evitaría un posible conflicto entre México y el Estado cuyos tribunales resolvieran la nulidad.

La ejecución está excluida de los supuestos en los que se puede negar la ejecución conforme a la Convención de Nueva York pues, por medio del Convenio de Washington, los Estados signatarios se obligan a reconocer las sentencias dictadas por los tribunales arbitrales constituidos conforme al CIADI como si fueran nacionales. En este caso, el Estado que siempre es el demandado podrá no tener un medio adicional (los supuestos de no ejecución previstos en la Convención de Nueva York) para impugnar el laudo arbitral. Sin embargo, los supuestos de nulidad del laudo previstos en el Convenio de Washington son casi los mismos que los de no ejecución, por lo que cualquier inconformidad con el laudo podría ventilarla mediante dicho procedimiento.

e) Constitucionalidad

La ausencia de México como signatario del Convenio de Washington podría deberse a una malentendida inconstitucionalidad de dicho tratado, que a su vez podría derivarse de tres principios constitucionales: la garantía de igualdad, la Cláusula Calvo y el principio de agotamiento previo de los recursos locales. En todo caso, la inconstitucionalidad sería de los tratados de inversión que contemplan al CIADI, más no la del Convenio de Washington en sí mismo, pues donde se faculta al inversionista a acceder al CIADI es en dichos tratados y no en el Convenio, cuya firma constituye simplemente un requisito previo para acceder al CIADI.

Una vez aclarado este punto, resulta importante para el presente trabajo analizar el tema de la posible inconstitucionalidad de los tratados de inversión celebrados por México, pues en caso de ser inconstitucionales, de nada serviría que México se adhiriera al Convenio de Washington, pues los inversionistas extranjeros en México y los mexicanos en el extranjero carecerían de vías para acceder al CIADI en la mayoría de los casos.

Respecto de la garantía de igualdad, podría decirse que los inversionistas extranjeros en México no son iguales a los inversionistas mexicanos, pues tienen un recurso adicional para proteger sus inversiones. Esto implicaría, en principio, una violación al Artículo primero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que

¹⁶¹ Francisco González De Cossío, *op. cit.*

contempla la garantía de igualdad. A su vez, tal violación generaría dos violaciones adicionales, una al Artículo 15 constitucional, que impide restar garantías individuales mediante la celebración de tratados internacionales, y otra al Artículo 133, que supedita la validez de los tratados internacionales a su conformidad con la Constitución.

Sin embargo, los extranjeros y los nacionales no son iguales, lo cual constituye la premisa esencial de la aplicación del principio. Más aún, de su desigualdad deriva el derecho adicional con el que cuentan los inversionistas extranjeros. Si no fuera así, entonces el hecho de que los extranjeros en México tengan una condición jurídica distinta de la de los mexicanos también sería inconstitucional.¹⁶²

Otra de las razones, y quizá la más importante, para sustentar que no se viola la garantía de igualdad al otorgarle derechos adicionales al inversionista extranjero en México es el hecho de que el inversionista mexicano en el extranjero goza de los mismos derechos adicionales. Por lo tanto, se mantiene un equilibrio entre los inversionistas extranjeros en México y los inversionistas mexicanos en el extranjero.

La segunda posible inconstitucionalidad de los tratados de inversión celebrados por México radica en la Cláusula Calvo. Este principio está previsto en el Artículo 27 constitucional, fracción primera, y establece que los extranjeros deberán convenir con la Secretaría de Relaciones Exteriores en considerarse como nacionales respecto de los bienes que adquieran y en no invocar respecto de ellos la protección de sus gobiernos.

La Cláusula Calvo es el resultado de una época en la que los Estados latinoamericanos se veían constantemente amenazados por las potencias extranjeras en lo concerniente a los nacionales de dichas potencias y a sus bienes. Dicha disposición constitucional pretendía evitar sucesos como “la Guerra de los Pasteles” y proteger al Estado mexicano de intervenciones extranjeras injustas. Sin embargo, en la actualidad, la Cláusula Calvo es una reminiscencia histórica, pues el Derecho internacional se ha desarrollado de tal forma que ya sería casi imposible que una potencia interviniera con el uso de la fuerza en contra de México para proteger a sus nacionales.

Si bien la Cláusula Calvo exige considerar al extranjero como nacional respecto de los bienes inmuebles que adquiera, de todas formas el extranjero debe cumplir ciertos requisitos adicionales que un mexicano no debe cumplir, por lo cual, de todas formas, no se le está considerando como nacional. Por otro lado, respecto de la renuncia a invocar la protección de su gobierno, la protección diplomática es un derecho del que es titular el Estado del cual es nacional el extranjero, no el extranjero en sí mismo, por lo tanto, aunque éste renuncie a esa protección, su renuncia no tendrá efectos pues no se puede renunciar a un derecho del que no se es titular.

En todo caso, si se pretende evitar la intervención diplomática de otros Estados encaminada a la protección de sus nacionales, el Convenio de Washington, más que inconstitucional, resuelve esta necesidad, porque en dicho convenio el Estado renuncia a ejercitar la protección diplomática a favor de su nacional, y en este caso sí es válida la renuncia al ser hecha por quien efectivamente es titular del derecho.

Como conclusión, respecto a la Cláusula Calvo, si se defiende que no viola el principio de igualdad en los tratados de inversión, también podrá defenderse que no viola la primera parte de la cláusula que exige a los extranjeros considerarse como nacionales respecto de los bienes que adquieran. En segundo lugar, los tratados de inversión no sólo no violan la Cláusula Calvo, sino que ayudan a cumplir con sus fines, al otorgar al inversionista un medio para hacer valer sus derechos sin ser necesaria la intervención de su Estado. En mayor medida, el CIADI apoya los fines de la Cláusula Calvo de evitar la intervención diplomática, pues la prohíbe expresamente.

Respecto al principio de agotamiento previo de los recursos locales, si bien es un principio reconocido en el Derecho internacional, no se trata de un principio de orden constitucional. Asimismo, aunque se trata de un principio

¹⁶² Francisco González De Cossío, *Arbitraje*, México, Porrúa, 2004, pp. 469 y 470.

reconocido, esto no significa que no pueda renunciarse a él por medio de tratados internacionales. Por último, en el caso de que el Estado mexicano rehusara permitir el arbitraje de inversión sin el agotamiento previo de recursos internos (que ya ha permitido, por ejemplo, en el TLCAN), podría formular una reserva al CIADI en donde exigiera el agotamiento previo de recursos internos antes de acceder al CIADI.

f) Respuesta oficial a la consulta formulada por el Lic. Francisco González de Cossío

El Estado mexicano, al no emitir una explicación oficial acerca de su ausencia como signatario del Convenio de Washington, el 21 de enero de 2008, el Licenciado Francisco González de Cossío solicitó a la licenciada Beatriz Leycegui Gardoqui, subsecretaria de Negociaciones Comerciales Internacionales, una explicación al respecto, con fundamento en el Artículo 8º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

En dicha petición, el licenciado González de Cossío expuso como antecedentes la celebración, por parte de México, de un gran número de APPRI y TLC en donde se establecía la posibilidad para acceder al CIADI y la ausencia de México como signatario del Convenio de Washington, lo que impedía el acceso a dicho mecanismo. Asimismo, hizo referencia al Plan Nacional de Desarrollo de la presente administración, que establece como una de las estrategias de promoción de la productividad y competitividad “mejorar el aprovechamiento de los tratados de libre comercio que México ha suscrito”.

Por lo tanto, el licenciado González de Cossío solicitó: que se le informaran los motivos que explican la contradicción propiciada por la falta de adhesión de México al Convenio, que se le comunicara si se vislumbra la adhesión de México al Convenio y los motivos de la respuesta, y que se le informara 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.

Ante dicha consulta, el licenciado González de Cossío recibió una respuesta firmada por el director general adjunto de la Dirección General de Consultoría Jurídica de Negociaciones de la Secretaría de Economía, el señor Luis Alberto González García, que estable lo siguiente:

En relación con la supuesta contradicción de México a la que usted hace referencia, quisiera hacer dos comentarios. Primero, el Convenio CIADI y los APPRI son instrumentos jurídicos cuyo contenido y alcances son distintos. No puede interpretarse que por suscribir APPRI y TLC, o que “155” países se hayan adherido al CIADI, signifique que por consecuencia natural, lógica o automática México también deba hacerlo. El Convenio CIADI es un sistema autónomo y único de solución de controversias entre un inversionista y un Estado que requiere de un estudio y un análisis cuidadoso sobre las ventajas y desventajas que conlleva una posible adhesión.

Por otro lado, incluir las reglas de arbitraje del CIADI como una opción más que tiene el inversionista para someter su reclamación al arbitraje sin ser México miembro del CIADI tampoco es una contradicción. Si bien México no es parte del CIADI ello no impide que un inversionista presente una reclamación internacional en contra del Estado demandado. En la negociación de un tratado internacional, los Estados procuran prever todas las situaciones que se pudieran presentar cuando un inversionista someta al arbitraje una reclamación. Una de estas situaciones es que ambos Estados Contratantes sean miembros del CIADI, o que uno de ellos (o ambos) no lo sea.

Por lo anterior, la decisión de si México debe suscribir el Convenio CIADI requiere de un análisis detallado donde se valore los beneficios reales que conllevaría la adhesión al mismo. En este sentido, le informo que es la Subsecretaría de Normatividad, Inversión Extranjera y Prácticas

Comerciales Internacionales de esta Secretaría, quien le compete coordinar las negociaciones internacionales en materia de inversión extranjera.

De dicha contestación pueden desprenderse dos cosas: primero, que de acuerdo con dicho funcionario (postura oficial) no es una contradicción que México no sea parte del CIADI, y segundo, que la adhesión a dicho tratado implica determinados estudios sobre sus beneficios que todavía no se han llevado a cabo.

El hecho de que se trate de una contradicción o no es discutible. Sin embargo, si México no es parte del Convenio de Washington, la postura oficial debería detallar las razones por las cuales no es conveniente adherirse a dicho tratado, mas no señalar que México no es parte simplemente porque no se ha estudiado dicha posibilidad. El hecho de que la falta de adhesión al CIADI se motive en la falta de estudio, habla mal de las autoridades mexicanas a quienes les corresponde proponer la celebración de tratados internacionales, pues dicha razón se fundamenta en una negligencia y no en razones reales por las que no conviene formar parte del Convenio.

CAPÍTULO VIII

CONVENIENCIA DE LA ADHESIÓN DE MÉXICO AL CONVENIO SOBRE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES ENTRE ESTADOS Y NACIONALES DE OTROS ESTADOS

Una vez señaladas las características del CIADI, así como las de otros mecanismos de solución de controversias en materia de inversión a los que un inversionista extranjero en México, o un inversionista mexicano en el extranjero tienen acceso (en lo sucesivo, “los otros mecanismos”), cabe hacer una comparación entre tales mecanismos con la finalidad de resaltar los beneficios que traería la adhesión de México al Convenio de Washington.

La propuesta del presente trabajo no es que México se adhiera al Convenio de Washington para que *todos* los arbitrajes de inversión en los cuales México o un nacional mexicano sean parte se resuelvan conforme al CIADI, sino otorgarle al inversionista una posibilidad adicional para elegir ante cuál institución o mediante cuáles reglas arbitrales se resolverá una disputa en donde sea parte. A continuación se expondrán los principales beneficios que ofrece el CIADI en comparación con las instituciones y reglas a las que los inversionistas extranjeros en México y los inversionistas mexicanos en el extranjero tienen acceso.

1. RENUNCIA A LA PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA

Una de las diferencias fundamentales entre el CIADI y los otros mecanismos es la relativa a la renuncia a ejercer la protección diplomática, establecida en el Artículo 27 del Convenio de Washington.

En el Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI, no hay una disposición por la cual el Estado renuncie a ejercer su derecho de proteger a sus nacionales por la vía diplomática, pues dicho Reglamento no es un tratado firmado por el Estado en donde éste pueda renunciar a sus derechos, sino que se trata de un conjunto de reglas emanadas del Consejo Administrativo del Centro. Lo mismo sucede tratándose de los arbitrajes llevados ante la CCI o conforme al Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, los cuales, por la misma razón, no incluyen una renuncia a la protección diplomática.

Como consecuencia, en los arbitrajes celebrados según los otros mecanismos, el Estado podrá, si así lo desea, conceder la protección diplomática o promover una acción internacional para proteger a sus nacionales, incluso,

cuando la controversia esté en proceso de resolución ante un tribunal arbitral.¹⁶³ Esta intervención podría traer como consecuencia cierto grado de tensión en las relaciones diplomáticas entre los países parte en la controversia. Por lo contrario, si ambos Estados son parte del Convenio de Washington, al no poder ejercitar la protección diplomática o una reclamación internacional, la controversia se mantendrá entre el Estado receptor de la inversión y el inversionista.

Como señala el licenciado Bernardo Sepúlveda:

un objetivo fundamental del CIADI es evitar la confrontación de Estados, despolitizando las controversias en materia de inversión. El sistema establecido por el CIADI permite a un inversionista asumir como propia una controversia, sin que el Estado de su nacionalidad se involucre o se arroge la protección diplomática. Con ello se disminuyen o eliminan potenciales fricciones entre Estados, al encapsularse la naturaleza del conflicto y al cobrar distancia de la relación política bilateral.

2. APLICACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL

Conforme al Artículo 42 del Convenio de Washington “a falta de acuerdo, el Tribunal aplicará la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de derecho internacional privado, y aquellas normas de derecho internacional que pudieran ser aplicables”. Esta disposición implica que si las partes no acordaran acerca del Derecho aplicable al fondo de la controversia –lo cual es común en materia de inversión, como se explicó–, se aplicará el Derecho del Estado parte en la diferencia y las normas de Derecho internacional que puedan ser aplicables.

La aplicación del Derecho internacional no se hará de manera supletoria al Derecho interno, sino de manera conjunta. Incluso, podrá suceder que el Derecho interno no se aplique en caso de que el tribunal concluya que el mismo viola o no es conforme con el mínimo exigido por el Derecho internacional. Esto quiere decir que, en materia del CIADI, el Derecho internacional puede también ser correctivo del Derecho interno.

Respecto al Mecanismo Complementario, de acuerdo con el Artículo 54 de su Reglamento de Arbitraje, a falta de acuerdo de las partes, el Tribunal aplicará la ley determinada por las normas sobre conflicto de leyes y las normas de Derecho internacional que el Tribunal considere aplicables. En el Reglamento del Mecanismo Complementario, la disposición es parecida a la del Convenio; en este caso, se aplicarán las normas sobre conflicto de leyes que el tribunal considere aplicables simultáneamente con las de Derecho internacional, mientras que en el Convenio se aplicarán las normas del Estado receptor de la inversión. En comparación con el Mecanismo Complementario, el CIADI ofrece mayor seguridad jurídica tratándose de las normas que serán aplicables al fondo, cuando las partes no hubieran pactado nada al respecto, pues establece con claridad que serán las normas del Estado parte en la controversia. En lo relacionado con el Derecho internacional, ambos ordenamientos disponen su aplicación.

En este sentido, la diferencia fundamental se encuentra al comparar el CIADI con la CCI y las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI, pues ambas disposiciones establecen que, a falta de acuerdo de las partes, será aplicable la ley determinada por las normas de conflicto de leyes que el Tribunal considere aplicables; en ambos casos, sin hacer mención del Derecho internacional público.

¹⁶³ Algunas personas consideran que el hecho de prestar su consentimiento para acudir al arbitraje constituye una renuncia tácita al derecho de ejercer la protección diplomática. Sin embargo, al no existir una renuncia expresa, un Estado podría tratar de ejercitarla, creando una nueva controversia.

La importancia de la inclusión del Derecho internacional público en el CIADI y en el Mecanismo Complementario radica, fundamentalmente, en los precedentes creados en distintos asuntos del CIADI o del Mecanismo Complementario, los cuales van creando el Derecho internacional aplicable a la materia y, de cierta forma, van legislando en materia de arbitraje de inversión, aunque no tienen carácter obligatorio.

3. TRANSPARENCIA

En materia de transparencia, el CIADI es quizá la institución arbitral más avanzada, fundamentalmente porque se trata de una institución especializada en arbitraje de inversión, y, por lo tanto, una de las partes siempre será un Estado.

En lo referente al procedimiento oral, las Reglas de Arbitraje del CIADI admiten la posibilidad de que el Tribunal permita, después de consultar con el secretario general y salvo objeción de las partes, a personas distintas de las partes en la controversia asistir como observadores a las audiencias. En el Mecanismo Complementario del CIADI, no hay disposición alguna que permita a personas distintas de las partes en la controversia asistir a las audiencias. Por otro lado, en el contexto de la CCI, salvo el consentimiento del tribunal y de las partes, las personas no involucradas en los procedimientos no deberán ser admitidas dentro de las audiencias. Por último, las audiencias conducidas de conformidad con el Reglamento de la CNUDMI se celebran *in camera*, aunque las partes pueden permitir la presencia de personas distintas de las partes y sus representantes.

Si bien el efecto de las disposiciones relativas a la privacidad de las audiencias es el mismo tanto en el CIADI como en la CCI y en el Reglamento de la CNUDMI, pues se requiere la aprobación de las partes para permitir a personas ajenas asistir a ellas, en el CIADI la regla general es que el Tribunal, con la aprobación del secretario, puede permitirlo salvo objeción de las partes. Por otro lado, en la CCI y en el Reglamento de la CNUDMI, por lo general, no se permite la asistencia de terceros a las audiencias, y sólo como excepción puede admitirse por acuerdo de las partes y del Tribunal.

Otra característica importante en lo relativo a la transparencia del procedimiento es la inclusión de la figura de *amicus curiae* en las Reglas de Arbitraje del CIADI. En los Reglamentos de Arbitraje de los otros mecanismos, no hay ninguna disposición que permita la presentación de dichos escritos, razón por la cual, para su aceptación, esta figura deberá estar prevista en el contrato, tratado de inversión o ley, que sirvan como fuente de dicho arbitraje, o puede ser admitida a manera de excepción por decisión del Tribunal.

En lo relativo a la publicación de los laudos, si bien las Reglas del CIADI no permiten la publicación de un laudo sin el consentimiento de las partes, es obligatoria la publicación de extractos del razonamiento del Tribunal. A diferencia del procedimiento arbitral conforme al CIADI, las deliberaciones del Tribunal según el Mecanismo Complementario del CIADI deberán llevarse a cabo en privado y permanecerán secretas. En lo referente a la CCI y al Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, los laudos tendrán el carácter de confidenciales, salvo que las partes decidan publicarlos por su cuenta.

La importancia de la transparencia en los procedimientos llevados bajo el CIADI radica en las controversias presentadas ante los tribunales en materia de inversión que, en muchos casos, involucran cuestiones que pueden incluir asuntos importantes de interés público. La oportunidad de que haya una vigilancia pública en los procedimientos llevados de acuerdo con el CIADI, y la posibilidad de la presentación de escritos *amicus curiae*, responden a la necesidad de transparencia surgida en el contexto del arbitraje de inversión, y le otorgan al Tribunal arbitral la posibilidad de resolver la controversia tomando en cuenta no sólo la opinión del Estado receptor de la inversión y la del inversionista, sino la de organizaciones no gubernamentales y grupos defensores de un interés determinado.

Por otro lado:

esta transparencia comparativa tiene estratégicamente un importante efecto secundario. En razón de que muchos Estados quieren ser considerados como amigables a la inversión, el prospecto de ser nombrados públicamente, en un arbitraje ante el CIADI, puede intimidar a los Estados receptores más que la amenaza de otros procedimientos arbitrales y proveer a los inversionistas con más apalancamiento en las negociaciones tempranas.¹⁶⁴

4. NULIDAD Y EJECUCIÓN DE LAUDOS

Por regla general, el laudo dictado por el panel arbitral conforme al CIADI es obligatorio para las partes y no podrá ser objeto de apelación ni de cualquier otro recurso, salvo en los casos previstos en el Convenio. Como consecuencia de ello, el laudo no quedará sujeto a un recurso de revisión o de nulidad ante los tribunales domésticos del lugar en donde se dictó el laudo.

Como ya se mencionó, los procedimientos según los otros mecanismos no quedan a salvo del Derecho local ni de los tribunales del lugar donde se dicta el laudo o en donde se pretende su ejecución. Esto puede conllevar cierto grado de desconfianza en el inversionista extranjero, quien, es de suponerse, puede preferir que la controversia se resuelva por un panel arbitral de expertos y no por un juez local.

Aunque sobre este tema no hay uniformidad de opiniones, el licenciado Bernardo Sepúlveda señala que

parecería más aconsejable para México hacer descansar en un solo ordenamiento legal los recursos de aclaración, revisión y anulación de laudos y el reconocimiento y ejecución de los mismos, envolviéndolos en un paquete único. Todos estos procedimientos se depositarían así en un régimen institucional organizado, con la certidumbre de unas reglas establecidas y probadas, con un sistema que ha acumulado experiencia y ha despertado confianza, y con un equipo de árbitros de altísima calidad, conocedores de las normas del CIADI y del derecho internacional.

Ante esa opinión cabe mencionar que, incluso si México fuera parte del Convenio de Washington, en muchos tratados de inversión el inversionista está facultado para elegir entre distintos mecanismos, por lo cual no necesariamente todos los arbitrajes en materia de inversión habrían de resolverse conforme al CIADI.

Asimismo, dicho autor señala que:

someter los recursos de revisión de un laudo al juicio de un tribunal doméstico, representa un riesgo. Ese tribunal podrá ignorar o desconocer las peculiaridades de un arbitraje, los precedentes que se hayan conformado en la historia del CIADI y, aún más grave, no estar familiarizado con un orden jurídico internacional aplicable a las inversiones extranjeras.

Éste constituye el argumento más fuerte a favor de la adhesión de México al CIADI, pues es la diferencia más relevante entre el arbitraje celebrado conforme al CIADI y el celebrado de acuerdo con los otros mecanismos.

5. RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL POR INCUMPLIMIENTO DE UN LAUDO

Si bien el artículo 27(1) del Convenio establece que ningún Estado podrá promover reclamación internacional respecto de las diferencias sometidas al CIADI, dicho artículo establece a manera de excepción que podrá hacerlo

¹⁶⁴ Lucy Reed *et al.*, *op. cit.*, p. 9.

en el caso de que el Estado contratante no haya acatado el laudo dictado en tal diferencia o haya dejado de cumplirlo.

Esta posibilidad, aunada a que los Estados se obligan a reconocer dichos laudos como si hubiesen sido dictados por sus cortes nacionales, hace posible someter la diferencia a la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia. En el caso de no acatar o dejar de cumplir el laudo, el Estado de que se trata incurrirá en responsabilidad internacional al incumplir con una obligación adquirida al firmar el Convenio¹⁶⁵.

En los otros mecanismos, no hay posibilidad de que el Estado incurra en responsabilidad internacional, en virtud de que los Estados no han celebrado ningún tratado internacional en donde se obliguen a reconocer los laudos dictados mediante dichos mecanismos. Por lo tanto, en caso de que el Estado incumpla con el laudo, no se le podrá exigir una responsabilidad ante la Corte Internacional de Justicia.

6. PROTECCIÓN DE INVERSIONISTAS MEXICANOS EN EL EXTRANJERO

A la fecha, se han identificado más de veinte empresas mexicanas multinacionales, que perciben en su conjunto 17 000 millones de dólares en ingresos de sus subsidiarias extranjeras y sostienen 55 000 empleos en el exterior. CEMEX es el grupo corporativo mexicano con presencia en los cinco continentes. Otras empresas mexicanas con fuerte presencia en el extranjero son: Modelo, América Móvil, Grupo Maseca, Grupo Bimbo, FEMSA, ICA, Grupo Posadas, Grupo Carso, Alfa y Vitro, entre otras.

Esas empresas, y otras de menor dimensión, operan en una variedad de jurisdicciones. En algunas de ellas podría existir un tratado de protección a la inversión con cláusula arbitral. También podría suceder que el inversionista mexicano sea objeto de medidas gubernamentales arbitrarias o discriminatorias en lo relativo a sus inversiones, o que los tribunales locales no sean una garantía suficiente en la protección de los derechos del inversionista mexicano.

Sin embargo, esos riesgos podrían reducirse de manera considerable si el inversionista tiene acceso a un mecanismo de arbitraje internacional especializado en arbitraje de inversión, como es el caso del CIADI.

7. COSTOS

Otro argumento inclinado a favor de la incorporación de México al CIADI es que el Centro goza de apoyo financiero del Banco Mundial, lo cual permite una reducción en los costos en que las partes incurren por la administración del arbitraje. Los cargos por el arbitraje se calculan por días, de acuerdo con un costo estimado de los procedimientos, y se paga en abonos.

Lo anterior contrasta con otras instituciones arbitrales, en donde los cargos se determinan de conformidad con el monto de la reclamación, como el caso de la CCI, y las partes se obligan a pagar por anticipado la cuota completa. Sin embargo, el mejor beneficio del CIADI es respecto de la CNUDMI, donde el mismo Tribunal arbitral es quien determina sus honorarios. Esto se podría prestar a abusos por parte de los árbitros y a poca seguridad de las partes respecto de lo que les costará el arbitraje.

¹⁶⁵ En dicho sentido, en el caso *Enron v. República de Argentina* (ICSID Case No. ARB/01/3) el tribunal resolvió lo siguiente: "The Committee therefore concludes that under a good faith interpretation of Article 53(1) of the ICSID Convention in accordance with the ordinary meaning to be given to its terms in their context and in the light of its object and purpose, that provision imposes on Argentina, in the event that the Award is not annulled, an obligation under international law vis-à-vis the United States to abide by and comply with the terms of the Award, without the need for action on the part of the Claimants pursuant to the enforcement machinery under Argentine law to which Article 54 of the ICSID Convention refers."

8. ARGUMENTOS METAJURÍDICOS

a) *Atracción de inversión extranjera*

En la actualidad, la economía mundial está en una fuerte crisis que, sin duda, afectará la inversión extranjera en México. Ante esta situación, es recomendable que el Estado mexicano tome todas las medidas para incentivar la inversión extranjera en nuestro país; una de ellas es la adhesión de México al Convenio de Washington, pues éste le proporciona al inversionista extranjero en México un mayor grado de seguridad jurídica, así como un recurso adicional para hacer valer sus pretensiones en contra del Estado mexicano.

En razón del incremento en la tecnología y en las comunicaciones, ahora la distancia ha dejado de ser un factor determinante para el inversionista extranjero al momento de decidir en cuál país invertir. En el pasado, la frontera con Estados Unidos era un factor determinante para recibir inversiones provenientes de ese país. Sin embargo, hoy puede resultar más atractivo para los inversionistas estadounidenses invertir en países como China o India, en donde los costos laborales son menores que en México. Si bien en México no se puede reducir el costo de la mano de obra para ser competitivos con esos países, sí se pueden tomar otras medidas que hagan más atractivo para los inversionistas el invertir en nuestro país.

b) *La aceptación por México del arbitraje en tratados de inversión*

Como se señaló en el capítulo anterior, México ha celebrado una cantidad importante de tratados de inversión en donde se establece el arbitraje de inversión como método para hacer valer los derechos otorgados a los inversionistas mediante dichos tratados; incluso, en ellos, la primera opción que se le otorga al inversionista es la de acudir a un arbitraje ante el CIADI. Por ello resulta contradictorio que México todavía no forma parte del Convenio de Washington.

México ha adquirido derechos y obligaciones por haber suscrito tratados que contienen la cláusula arbitral. Políticamente ya se cruzó la frontera. Ante ese hecho incontrovertible, la recta razón aconseja asegurar las ventajas óptimas que acarrearán los compromisos legales asumidos por México en materia de arbitraje. En este sentido, una opción que amerita ser explorada es la adhesión de México al Convenio Sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados.¹⁶⁶

c) *Representación en el Consejo Administrativo del CIADI*

De ser parte del Convenio, México estaría representado en el Consejo Administrativo del Centro. Con ello podría participar en las directrices para la conducción del Centro, lo cual incluye determinar las reglas aplicables al arbitraje. En la actualidad, muchos de los arbitrajes de inversión en donde México es parte, se conducen bajo el Mecanismo Complementario del CIADI; sin embargo, México no tiene presencia en lo relativo a la modificación del reglamento; de ser México parte del Convenio, podría participar en la toma de decisiones en lo relativo a la modificación de las reglas de arbitraje y al funcionamiento del Centro, lo que sin duda constituye un beneficio a favor de nuestro país.

d) *La imagen de México ante el Banco Mundial*

Hoy, México figura dentro de las economías más importantes del mundo. Políticamente, no formar parte del CIADI le da a México una mala reputación en la economía global, pues parecería que no está dispuesto a recurrir a todas las medidas para cumplir más efectivamente con sus obligaciones internacionales. Formar parte del Convenio de Washington contribuiría a tener una visión más positiva de México en el ámbito internacional.

¹⁶⁶ Bernardo Sepúlveda, *op. cit.*

CONCLUSIONES

PRIMERA: Una de las funciones principales del Estado es procurar el desarrollo. Este objetivo se traduce en el ámbito del Derecho internacional como un deber reconocido del Estado y, al mismo tiempo, en un derecho humano fundamental: el derecho al desarrollo.

SEGUNDA: La inversión extranjera ofrece grandes beneficios por los que puede considerársele como un vehículo promotor del desarrollo económico; entre ellos se encuentran la creación de empleos, el pago de impuestos, la derrama económica y tecnológica, la capacitación de trabajadores mexicanos en distintas áreas, la creación de infraestructura y la creación de industrias accesorias, entre otros. Por lo tanto, la inversión extranjera es deseable.

TERCERA: Las inversiones extranjeras representan un riesgo de controversia entre el país receptor de la inversión y el inversionista, que incluso pueden llegar a involucrar al Estado del cual es nacional el inversionista. Ese riesgo y la carencia de un clima de inversión favorable son los principales obstáculos para atraer inversiones privadas en los países que requieren mayor inversión.

CUARTA: Con la finalidad de crear un ambiente de seguridad para atraer mayor inversión extranjera, se creó el arbitraje de inversión o arbitraje inversionista-Estado, que es el mecanismo de solución de controversias en materia de inversión extranjera, en virtud del cual el inversionista tiene la posibilidad de demandar al Estado receptor de la inversión ante un panel arbitral por la violación de un derecho sustantivo otorgado a su favor por un contrato público, una ley interna o un tratado internacional.

QUINTA: Posteriormente, la posibilidad de acceder al arbitraje de inversión se estableció en APPRI y TLC en virtud de los cuales se definieron las obligaciones de los Estados receptores de la inversión.

SEXTA: El arbitraje de inversión difiere del arbitraje comercial en lo relativo a: la participación del Estado en el arbitraje en calidad de autoridad, en las formas de manifestación de la voluntad para acceder al arbitraje, en que, por regla general, el Estado participa como demandado en el arbitraje, y en la renuncia del Estado a su inmunidad soberana para ser demandado.

SÉPTIMA: Hay cuatro fuentes primarias de Derecho sustantivo aplicables en controversias de inversión: a) el Derecho sustantivo elegido por las partes; b) los tratados de inversión; c) el Derecho del Estado receptor de la inversión; y d) el Derecho internacional público.

OCTAVA: En lo relativo a la administración del arbitraje, el arbitraje de inversión puede ser institucional y *ad hoc*. El arbitraje institucional es administrado por una institución que, generalmente, utiliza sus propias reglas procedimentales, mientras que el arbitraje *ad hoc* es aquél conducido sin la intervención de una institución arbitral administradora del procedimiento.

NOVENA: En 1966, el Banco Mundial y sus países miembros firmaron el Convenio de Washington que creó el CIADI, con la finalidad de facilitar la solución de diferencias relativas a inversiones existentes entre los gobiernos y los inversionistas extranjeros privados a través de procedimientos de arbitraje.

DÉCIMA: A la fecha, 141 Estados han firmado el Convenio de Washington y 134 lo han ratificado para volverse Estados miembros, convirtiéndose así en uno de los tratados más ratificados en la historia reciente. Asimismo, el CIADI es la única institución administradora de arbitrajes especializada en materia de inversión.

DECIMOPRIMERA: Para acceder al mecanismo arbitral del CIADI, es necesario que tanto el Estado receptor de la inversión, así como el Estado de la nacionalidad del inversionista sean Estados contratantes del Convenio de Washington. Asimismo, es necesario que el Estado receptor haya manifestado su voluntad en un contrato público en una ley interna o en un tratado internacional.

DECIMOSEGUNDA: A la fecha, México ha celebrado 27 APPRI¹⁶⁷ y 8 TLC en donde se prevé un capítulo destinado a la protección de la inversión extranjera. En dichos APPRI se establece la posibilidad de acceder al CIADI como mecanismo de solución de controversias.

DECIMOTERCERA: Al no ser México Estado contratante del Convenio de Washington, los inversionistas extranjeros en México y los inversionistas mexicanos en el extranjero no tienen acceso al mecanismo arbitral del CIADI.

DECIMOCUARTA: Al no tener acceso al CIADI, de acuerdo con los tratados de inversión donde México es parte, los inversionistas extranjeros en México y los inversionistas mexicanos en el extranjero, dependiendo del tratado, pueden acceder al Mecanismo Complementario del CIADI (en caso de que el otro Estado sí sea parte del Convenio de Washington), a la Corte de Arbitraje de la CCI (aunque pocos tratados lo estipulan) y a las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI en un arbitraje *ad hoc*.

DECIMOQUINTA: Las razones por las cuales México no se ha adherido al Convenio han sido motivo de especulación para varios autores, pues no hay una postura oficial al respecto. Los autores señalan que podría deberse a razones históricas, al deseo de no ventilar casos que involucren al Estado mexicano en foros internacionales, a la posible aplicación del Derecho internacional consuetudinario en las resoluciones de los tribunales arbitrales, a que la nulidad de las sentencias se resuelve por un comité *ad hoc* del CIADI, a que no se respeta la garantía constitucional de igualdad, a que no se respeta la Cláusula Calvo, y al principio de agotamiento previo de los recursos internos antes de acudir a un foro internacional. Sin embargo, ninguna de estas razones es suficiente para justificar la falta de adhesión de México al CIADI.

DECIMOSEXTA: En comparación con los mecanismos y reglas a los cuales actualmente tienen acceso los inversionistas extranjeros en México y inversionistas mexicanos en el extranjero, el CIADI ofrece muchos beneficios.

DECIMOSÉPTIMA: Uno de los beneficios que ofrece el CIADI en comparación con los otros mecanismos es el relativo a la renuncia de ejercer la protección diplomática. En virtud del Convenio de Washington, los Estados contratantes renuncian a ejercitar dicha protección cuando haya una controversia entre otro Estado contratante y uno de sus nacionales. Esta renuncia evita que un conflicto de inversión se convierta en un conflicto político.

DECIMOOCCTAVA: Otro beneficio ofrecido por el CIADI es que, en el caso de que las partes no hayan pactado el Derecho aplicable al fondo de la controversia, se aplicará el derecho del Estado receptor y el Derecho internacional aplicable. Esto significa que si los estándares del Derecho nacional no son suficientes, se aplicará al Derecho internacional consuetudinario, corrigiendo así al Derecho del Estado receptor de la inversión.

DECIMONOVENA: En materia de transparencia, el CIADI es, quizá, la institución arbitral más avanzada. Dicho centro permite a terceros acudir a las audiencias (cuando las partes no lo objetan), permite la presentación de escritos *amicus curiae*, y obliga a publicar un extracto del laudo en cuestión.

¹⁶⁷ <http://www.economia.gob.mx/?P=1210>.

VIGÉSIMA: Respecto de la nulidad del laudo, éste no quedará sujeto a un recurso de revisión o de nulidad ante los tribunales domésticos del lugar donde se dictó el laudo, sino que será resuelto por una Comisión arbitral *ad hoc*, conforme con el procedimiento de nulidad del CIADI.

VIGESIMOPRIMERA: Otro de los beneficios del CIADI es que en el Convenio de Washington los Estados se obligan a reconocer los laudos dictados como si hubiesen sido dictados por sus propios tribunales; por ello, si no se acatan a dichos laudos, incurrirán en responsabilidad internacional.

VIGESIMOSEGUNDA: En cuanto a los costos, un beneficio del CIADI es que se calculan por día y los determina el secretario general del CIADI. Mientras que en el procedimiento conforme al Reglamento de Arbitraje de UNCITRAL los mismos árbitros determinan sus honorarios, lo cual se puede prestar a abusos.

VIGESIMOTERCERA: La participación de México en el Convenio de Washington es un factor que fomentaría la inversión extranjera en México en virtud de que se le garantizarán sus derechos a los inversionistas extranjeros mediante procedimientos neutrales y especializados en la materia de inversión.

VIGESIMOCUARTA: Al haber firmado tratados en donde se incluye el arbitraje de inversión, México ya dio un paso grande; sin embargo, resulta contradictorio que no forme parte de la institución administradora de arbitrajes por excelencia.

VIGESIMOQUINTA: Al ser parte del CIADI, México podría participar en la creación y modificación de las Reglas de Arbitraje del CIADI al estar representado en el Consejo Administrativo del Centro.

VIGESIMOSEXTA: La presencia de México en el CIADI mejoraría la imagen de nuestro país en el Banco Mundial.

VIGESIMOSÉPTIMA: Por todas las razones mencionadas en el presente trabajo, sugiero la adhesión de México al Convenio de Washington.

BIBLIOGRAFÍA

I. OBRAS CONSULTADAS:

ARISTÓTELES, *Política*, 19ª. ed., México, Porrúa, 2000, 319 pp.

BECERRA BAUTISTA, José, *El proceso civil en México*, 14a. ed., México, Porrúa, 2003, 827 pp.

BISHOP, R. Doak, *et al.*, *Foreign Investment Disputes (Cases, Materials and Comentary)*, Países Bajos, Kluwer Law International, 2005, 1653 pp.

BöCKSTIEGEL, Karl-Heinz, *Arbitration and State Enterprises (Survey on the National and International State of Law and Practice)*, Países Bajos, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1989, 113 pp.

BRISEÑO SIERRA, Humberto, *El arbitraje comercial (Doctrina y legislación)*, México, Limusa, 1988, 278 pp.

BROWER, Charles H. II, *et al.*, *NAFTA Chapter Eleven Reports (Volume One: Primary Materials)*, Países Bajos, Kluwer Law International, 2006, 718 pp.

CARBONELL, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, 2a. ed., México, Porrúa, 2005, 1111 pp.

CRAIG, W. Laurence, *et al.*, *International Chamber of Commerce Arbitration*, 3a. ed., Estados Unidos de Norteamérica, Oceana Publications, Inc., 2000, 952 pp.

CRUZ MIRAMONTES, Rodolfo, *El TLC: controversias, soluciones y otros temas conexos*, México, McGraw-Hill, 1997, 178 pp.

DÍAZ, Luis Miguel y Nancy A. ORETSKIN, *Comercial Mediation and Arbitration in the NAFTA Countries*, Estados Unidos de Norteamérica, JurisNet LLC and U.S. México Conflict Resolution Center, 1999, 461 pp.

DÍAZ, Luis Miguel, *Arbitraje: privatización de la justicia*, 2a. ed., México, Themis, 1998, 567 pp.

DÍAZ BRAVO, Arturo, "Inversión Extranjera" *Diccionario Jurídico Mexicano*, 14ª ed., México, Porrúa, Instituto de Investigaciones Jurídicas –UNAM, 2000.

DOLZER, Rudolf y Christoph SCHREURER, *Principles of International Investment Law*, Estados Unidos de Norteamérica, Oxford University Press, 2008, 433 pp.

DUGAN, Christopher F., *et. al.*, *Investor-State Arbitration*, Estados Unidos de Norteamérica, Oxford University Press, 2008, 791 pp.

FOX, William F. Jr., *International Commercial Agreements (A Primer on Drafting, Negotiating and Resolving Disputes)*, 2a. ed., Países Bajos, Kluwer Law International, 1992, 491 pp.

GAILLARD, Emmanuel, *Annulment of ICSID Awards*, Estados Unidos de Norteamérica, Juris Publishing, Inc. and International Arbitration Institute, 2004, 499 pp.

GAILLARD, Emmanuel y John SAVAGE, *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, Países Bajos, Kluwer Law International, 1999, 1280 pp.

GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, *Arbitraje*, México, Porrúa, 2004, 596 pp.

GRAHAM TAPIA, Luis Enrique, *El arbitraje comercial*, México, Editorial Themis, 2000, 493 pp.

MAGALLANES, Adrián, *La legalidad en la inversión como presupuesto procesal en el arbitraje inversionista –Estado*, Escuela Libre de Derecho, México, 2006, 146 pp.

McLachlan Q. C., Campbell, *et al.*, *International Investment Arbitration (Substantive Principles)*, Estados Unidos de Norteamérica, Oxford University Press, Inc., 2007, 474 pp.

MONROY CABRA, Marco Gerardo, *Métodos alternativos de solución de conflictos*, Estados Unidos de Norteamérica, Oxford University Press, 1997, 126 págs.

NEWMAN, Lawrence W. y Richard D. HILL, *The Leading Arbitrator's Guide to International Arbitration*, Estados Unidos de Norteamérica, Juris Publishing, Inc., 2004, 530 pp.

PALLARES, Eduardo, *Diccionario del Derecho Procesal Civil*, 28a ed., México, Porrúa, 2005, 847 pp.

PEREZNIETO CASTRO, Leonel, *Derecho Internacional Privado – Parte General*, 7ª ed., México, Oxford University Press, México, 2003, p. 84.

PETER, Wolfgang, *Arbitration and Recognition of International Investment Agreements*, Estados Unidos de Norteamérica, Martinus Nijhoff Publishers, 1986, 297 pp.

POSNER, Richard A., *Economic Analysis of Law*, 6a ed., Nueva York, Aspen Publishers, 2003, 747 pp.

REED, Lucy, *et al.*, *Guide to ICSID Arbitration*, Países Bajos, Kluwer Law International, 2004, 224 pp.

REYNOLDS, Michael P., *Arbitration*, Londres, Lloyd's of London Press LTD, 1993, 188 pp.

RODRÍGUEZ GONZÁLEZ-VALADEZ, Carlos, *México ante el arbitraje comercial internacional*, México, Porrúa, 1999, 337 pp.

RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, Sonia, *El sistema arbitral del CIADI*, México, Porrúa, 2006, 526 pp.

SANTOS BELANDTRO, Rubén B., *Seis lecciones sobre el arbitraje privado (interno e internacional)*, Montevideo, Asociación de Escribanos del Uruguay, 2002, 210 pp.

_____, *Arbitraje comercial internacional*, 2a. ed., México, Pereznieto Editores, 1997, 322 pp.

SMIT, H. y V. PECHOTA, *Arbitration Rules – International Institutions*, Estados Unidos de Norteamérica, Juris Publishing Inc. y The Parker School of Foreign and Comparative Law, 1997, 332 pp.

SORNARAJAH, M., *The Settlement of Foreign Investment Disputes*, Gran Bretaña, Kluwer Law International, 2000, 390 pp.

WEILER, Todd, *NAFTA Investment Law and Arbitration: Past Issues, Current Practice, Future Prospects*, Nueva York, Transnational Publishers, Inc., 2004, 568 pp.

II. PUBLICACIONES PERIÓDICAS CONSULTADAS:

ÁLVAREZ ÁVILA, Gabriela, "Las características del arbitraje del CIADI", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, N. 2, 2002, pp. 206-229.

CREMADES, Bernardo, "Los Estados y las empresas públicas en su condición de socios en el comercio internacional", *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, España, Consejo Superior de Cámaras de Comercio, Industria y Navegación de España, 1985, pp. 17 a 33.

FERNANDEZ MASÍA, Enrique, "Primeras aplicaciones de las nuevas reglas de arbitraje del CIADI sobre transparencia y participación de terceros en el procedimiento arbitral", Perú, *Revista Peruana de Arbitraje*, núm. 4 (2007), 2007, pp. 219 a 237.

GODOY, Federico, "El caso argentino: protección de inversiones v. facultades soberanas", *Revista Internacional de Arbitraje*, enero-junio 2005, Colombia, pp. 125 a 132.

GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, "México ante el Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias de Inversión. Un comentario", *Revista de Derecho Privado*, ISSN 0188-5049, N. 1, 2002, pp. 85-107.

JAIME RAMÍREZ, Margie-Lys, "De la distinción entre *Treaty Claims* y *Contract Claims* dentro del arbitraje transnacional en materia de inversiones", *Revista Peruana de Arbitraje*, núm. 4 (2007), Perú, 2007, pp. 159 a 181.

MANTILLA-SERRANO, Fernando, "El arbitraje y los contratos estatales: la óptica europea", *Revista Internacional de Arbitraje*, enero-junio 2005, Colombia, pp. 77 a 96.

SILVA ROMERO, Eduardo, "Arbitrage Institutionnel et Investissements Internationaux", *Revista de Arbitragem e Midacao*, N. 4, 2004, Brasil, pp. 121 a 132.

III. CONVENIOS E INSTRUMENTOS INTERNACIONALES PÚBLICOS Y PRIVADOS CONSULTADOS:

Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones celebrado entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de Islandia.

Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones celebrado entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de la República Helénica.

Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones celebrado entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de la República de Italia.

Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones celebrado entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de Australia.

Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones celebrado entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de Austria.

Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones celebrado entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de Dinamarca.

Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones celebrado entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de la República Argentina.

Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones celebrado entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de la República de Corea.

Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones celebrado entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de la República de Cuba.

Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones celebrado entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de la República de Francia.

Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones celebrado entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de la República Federal Alemana.

Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones celebrado entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Reino de España.

Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones celebrado entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y Finlandia.

Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones celebrado entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y los Países Bajos.

Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones celebrado entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de Panamá.

Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones celebrado entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de Portugal.

Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones celebrado entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de la República Checa.

Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones celebrado entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de Suecia.

Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones celebrado entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y la Confederación Suiza.

Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones celebrado entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de la República Oriental de Uruguay.

Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones celebrado entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y la Unión Belgíco-Luxemburguesa.

Capítulo IX del Tratado de Libre Comercio entre la República de Chile y los Estados Unidos Mexicanos.

Capítulo XI del Tratado de Libre Comercio de América del Norte.

Capítulo XIII del Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos Mexicanos y la República de Costa Rica.

Capítulo XIV del Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos Mexicanos y Guatemala, el Salvador y Honduras.

Capítulo XV del Tratado de Libre Comercio entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de la República de Nicaragua.

Capítulo XV del Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos Mexicanos y la República de Bolivia.

Capítulo XVII del Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos Mexicanos y la República de Colombia.

Convención de Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales.

Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados.

Declaración sobre el Derecho al Desarrollo emitida por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 41/128 del 4 de diciembre de 1986.

Informe de los Directores Ejecutivos del Banco de Reconstrucción y Fomento acerca del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados.

Reglamento de Arbitraje de la Cámara Internacional de Comercio.

Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.

Reglamento del Mecanismo Complementario para la Administración de Procedimientos por el Secretariado del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones.

Reglas Procesales Aplicables a la Iniciación de los Procedimientos de Conciliación y Arbitraje. CIADI.

Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje. CIADI.

Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos Mexicanos y la República Oriental del Uruguay.

IV. NORMATIVIDAD INTERNA

Código de Comercio.

Código Federal de Procedimientos Civiles.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Ley de Inversión Extranjera.

Reglamento de la Ley de Inversión Extranjera y del Registro Nacional de Inversiones Extranjeras.

V. PRECEDENTES INTERNACIONALES

Asian Agricultural Products v. República de Sri Lanka, sentencia del 27 de junio de 1990.

Caso CIADI N. ARB/95/3, Antoine Goetz et Consorts v. la República de Burundi, laudo del 10 de febrero de 1999.

Caso CIADI N. ARB/96/3, Fedax N. V. v. la República de Venezuela, laudo del 9 de marzo de 1998.

Caso CIADI N. ARB (AF)/97/1, Metalclad Corporation v. los Estados Unidos Mexicanos, laudo del 30 de agosto de 2000.

Caso CIADI N. ARB(AF) 04/4, Talsud S. A. v. Estados Unidos Mexicanos.

Caso CIADI N. ARB(AF) 05/1, Bayview Irrigation District y otros v. Estados Unidos Mexicanos.

Caso CIADI N. ARB(AF) 04/3, Gemplus, S.A., SLP, SA y Gemplus S.A. de C.V. v. Estados Unidos Mexicanos.

Caso CIADI N. ARB(AF) 05/2, Cargil Incorporated v. Estados Unidos Mexicanos.

Caso CIADI N. ARB(AF) 97/2, Robert Azinian y otros v. Estados Unidos Mexicanos.

Caso CIADI N. ARB(AF) 00/2, Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. Estados Unidos Mexicanos.

Caso CIADI N. ARB(AF) 02/1, Fireman's Fund Insurance Company v. Estados Unidos Mexicanos.

Caso CIADI N. ARB(AF) 97/1, Metalclad Cooperation v. Estados Unidos Mexicanos.

Caso CIADI N. ARB(AF) 98/2, Waste Management, Inc. v. Estados Unidos Mexicanos.

Caso CIADI N. ARB(AF) 04/1, Corn Products International, Inc. v. Estados Unidos Mexicanos.

Caso CIADI N. ARB(AF) 99/1, Marvin Roy Feldman Karpa v. Estados Unidos Mexicanos.

Caso CIADI N. ARB(AF) 04/5, Archer Daniels Midland Company and Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. v. Estados Unidos Mexicanos.

CME República Checa B.V. v. la República Checa, laudo parcial del 13 de septiembre de 2001.

Pope and Talbot Inc. v. el Gobierno de Canadá, laudo de mérito de la segunda fase de 10 de abril de 2001.

S. D Myers Inc. v. el Gobierno de Canadá, laudo parcial de 13 de junio del 2000

VI. OTRAS FUENTES CONSULTADAS

REISMAN, Michael, *Inversión extranjera, desarrollo económico y arbitraje internacional*, discurso para la Conferencia de Santa Lucía, Monterrey, México, octubre 8, 2008.

STERN, Brigitte, *Civil Society's Voice in the Settlement of International Economic Disputes*. Al día de hoy dicho artículo no se encuentra publicado.

<http://www.uncitral.org/uncitral/es/about/origin.html>.

http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/1976Arbitration_rules.html.