

MÉXICO Y EL CIADI ANTE UN NUEVO PANORAMA LATINOAMERICANO

Sonia Rodríguez Jiménez¹

I. Planteamiento del problema

Son varios los contextos y foros académicos que venimos aprovechando para poner de manifiesto la actual situación por la que están atravesando algunos países latinoamericanos en su cruzada ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias en Materia de Inversiones (CIADI, en adelante). La atención a este contexto geográfico se justifica por el elevado número de demandas que enfrentaron (y enfrentan) los Estados latinoamericanos ante este foro internacional de resolución de controversias de naturaleza mixta; podemos mencionar que en la actualidad dichas demandas ascienden a un total de 67 casos pendientes y 37 concluidos.²

En esta nueva ocasión aprovecharemos la introducción para hacer un breve repaso al contexto en el que se encuentran Estados como Argentina, Ecuador y Bolivia ante el CIADI. Lo anterior servirá para proponer algunas alternativas a la actual situación de *stand by* en la que se encuentra México, ante la posible ratificación del Convenio de Washington de 18 de marzo de 1965, sobre arreglo de diferencias en materia de inversiones entre un Estado y un nacional de otro Estado (Convenio de Washington, en adelante).

En la actualidad, México no tiene ratificado el Convenio de Washington y todo apunta a una falta de voluntad para adquirir tal compromiso y responsabilidad internacional. Esta actitud pasiva y desconcertante por parte de México tiene implicaciones jurídicas indudables; la primera por la contemplación en el Capítulo XI del TLCAN del CIADI, vía Convenio de Washington, como la primera oferta a un mecanismo posible de solución de las controversias entre un Estado y un nacional de otro Estado; la segunda, por su reiteración en los distintos Convenios bilaterales sobre promoción y protección “recíproca” de inversiones (BITs, en adelante) que México tiene ratificados en la actualidad. Sin duda nuestra inquietud en las presentes líneas gira en torno a la determinación

¹ Doctora en Derecho por la Universidad de Salamanca, España. Investigadora de tiempo completo en el Instituto de investigaciones jurídicas, UNAM, México. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores, nivel I. Profesora en la Maestría de Negocios Internacionales de la Universidad Iberoamericana, México.

² Estos datos pueden comprobarse en la página oficial del Banco Mundial: www.worldbank.org/icsid. Datos actualizados a 19 de junio de 2008.

de si esta oferta unilateral y anticipada que realiza México en los distintos cuerpos normativos que promueven y protegen la inversión (TLCAN y BITs) no raya en consentimientos viciados de origen. Al hilo de lo anterior, consideramos que es necesario conocer el último laudo arbitral emitido en contra de México, en el que se le condena con 33 millones de dólares. Lo anterior nos lleva a animar a que México tome una actitud diferente ante al CIADI. La primera podría ser la ratificación del Convenio de Washington para propiciar el acceso de las disputas al CIADI por esta vía y evitar recurrir a los tribunales nacionales de la sede del arbitraje para el conocimiento eventual del recurso de anulación. La segunda consistiría en apoyar las iniciativas bolivianas y ecuatorianas, tímidas a la fecha, de crear un foro alternativo de resolución de controversias en materia de inversiones, de sello latinoamericano (sede, nacionalidad de los árbitros, entre otros rasgos).

Si bien la contemplación y el recurso al CIADI, por el Mecanismo Complementario, como vía alternativa de resolución de controversias por parte de México es la discusión central del trabajo, queremos iniciar con un breve recorrido por el panorama que en la actualidad presentan otros países latinoamericanos; nos referimos específicamente a los casos de Argentina, Bolivia y Ecuador. Estas pinceladas servirán para contextualizar el quehacer del CIADI como foro de resolución de controversias en el contexto latinoamericano y, en concreto, en el mexicano.

1. Argentina

En lo que se refiere a Argentina, podemos observar que es el Estado latinoamericano (y no latinoamericano) más demandado ante el CIADI, a la fecha. En concreto, señalamos que en la actualidad cuenta con 34 casos pendientes³ de resolución y 12 resueltos.⁴ Derivado

3 Como enumeración de los casos argentinos encontramos: Compañía de Aguas del Aconquija, S.A. and Vivendi Universal (caso 97/3), LP (caso 01/3), Azurix Corp. (caso 01/12), LG&E Energy Corp, LG&E Capital Corp. And LG&E Capital Corp. And LG&E Internacional Inc (caso 02/1), Siemens A.G. (caso 02/8), Sempra Energy Internacional (caso 02/16), AES Corporation (caso 02/17), Camuzzi Internacional S.A (caso 03/2), Continental Casualty Company (caso 03/9), Gas Natural SDG (caso 03/10), Pan American Energy LLC and BP Argentina Exploration Company (caso 03/13), El Paso Energy Internacional Company (caso 03/15), Suez Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Interagua Servicios Integrales de Agua S.A. (caso 03/17), Suez Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A and Vivendi Universal S.A (caso 03/19), Telefónica S.A (caso 03/20), Enersis SA (caso 03/21), Electricidad Argentina SA and EDF Internacional SA (caso 03/22), EDF Internacional SA, SAUR Internacional SA and León Participaciones Argentinas SA (caso 03/23), Unisys Corporation (caso 03/27), Azurix Corp. (caso 03/30), Total SA (caso 04/1), Saur Internacional (caso 04/4), BP America Production Company and others (caso 04/8), CIT Group Inc (caso 04/9), Wintershall Aktiengesellschaft (caso 04/14), Mobil Exploration and development Inc., Suc. Argentina and Mobil argentina (caso 04/16), Daimler Chrysler Services AG (05/1), Compañía General de Electricidad SA and GCE Argentina SA (caso 05/2), TSA Spectrum de Argentina SA (caso 05/5), Asset Recovery Trust SA (caso 05/11), Giovanna A. Beccara and others (caso 07/5), Giovanni Alemanni and others (caso 07/8), Impregilo S.p.A (caso 07/17), Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Biskaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa (caso 07/26), HOCHTIEF Aktiengesellschaft (caso 07/31).

4 Lanco International, Inc. (caso 97/6), Houston Industries Energy, Inc. and other (caso 98/1), Mobil Argentina S.A. (caso 99/1), Empresa Nacional de Electricidad S.A. (caso 99/4), Enron Corporation and Ponderosa Assets, CMS Gas Transmisión Company (caso 01/8), Camuzzi Internacional S.A (caso 03/7), Pioneer Natural Resources Company, Pioneer Natural Resources (Argentina) S.A. and Pioneer Natural Resources (Tierra del Fuego) S.A. (Caso 03/12), Aguas Cordobesas S.A, Suez, and Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A (caso 03/18), France Telecom S.A. (caso 04/18), RGA Reinsurance Company (caso 04/20), Metalpar S.A. and Buen Aire S.A (caso 03/5).

de estas cifras, se afirma que llegó a acaparar casi el 50% de la totalidad de los casos presentados ante el CIADI. El último caso que hemos conocido es el protagonizado por el grupo Marsans, quien prepara la presentación de una nueva demanda ante el CIADI en contra de Argentina. En este sentido se afirma que el grupo español recurrirá al CIADI en caso de que el gobierno argentino continúe con la expropiación de la línea aérea Aerolíneas Argentinas. De esta última amenaza concluimos que todavía no hemos podido cerrar el ciclo de presentación de demandas, el cual iniciara en el año 2001. Si bien, pudiera parecer que Argentina estaba saliendo poco a poco de esa situación, encontramos esta nueva amenaza que avisa al país de una eventual nueva demanda.

Para combatir el elevado número de demandas que mencionamos, Argentina ha adoptado cuatro estrategias de acción en diferentes tenores, seguimiento, alcance y, principalmente, resultados.

El primer movimiento argentino consistía en la conformación de un Tribunal Administrativo de los Servicios Públicos de Competencia Nacional, denominado TASP.⁵ Este foro nacional conocería únicamente de los litigios en materia de inversiones extranjeras, propiciando así una especialización en la materia y rapidez por parte de este Tribunal nacional argentino, que garantizaría la impartición expedita de justicia. Estas características aligerarían, y en cierto modo desarmarían, los principales argumentos esgrimidos por los inversores extranjeros para acudir a un foro internacional en detrimento de un foro nacional. El TASP conforma un proyecto de solución original y viable, de sencilla materialización y bajo costo (personal y material), el cual, hasta la fecha, no sabemos si se ha llegado a implementar. Ahora bien, el eco de esta propuesta se propaga al contexto de Bolivia en donde se manifestó la intención de crear una Procuraduría General del Estado, la cual, en un plano interno, se encargaría de resolver todos los conflictos que puedan llegar a surgir con inversores extranjeros.

La segunda maniobra de actuación consistía en intentar declarar inconstitucional la Ley 24.353 de 28 de julio de 1994, por la que se incorpora en el ordenamiento jurídico argentino el Convenio de Washington; supuestamente dicha Ley debía ser declarada inconstitucional por contravenir los artículos 27, 31, 75 y 116 de la Constitución Argentina, de 22 de agosto de 1994.⁶ Esta medida fue ampliamente criticada en la nación Argentina por ser tildada de poco pacífica; prueba de ello es que no dejó indiferentes a los diversos sectores argentinos que conocieron y se ocuparon de esta propuesta. Esta vía tenía pocas posibilidades de prosperar debido a la división de opiniones que despertó en la doctrina argentina.

La tercera, y hasta hace poco última vía de arreglo, radicaba en la posibilidad de renegociar los contratos internacionales que habían sido el origen de las demandas ante el

5 Se pretendía por el ministro de Justicia argentino conformar una Comisión de expertos que elaborara un proyecto de ley por el que se creara el mencionado Tribunal. Esta Comisión derivaría sus funciones de la resolución 57/2005 del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, publicada en el Boletín Oficial el 27/1/2005.

6 Para ver un comentario más extenso véase Rodríguez Jiménez, S.: "La actual crisis del CIADI en la Argentina. Su posible declaración de inconstitucionalidad", *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, año 39, Lexis-Nexis, Argentina, 2006, pp. 396-406.

CIADI. Esta tercera vía de actuación es la que ha dado resultados más tangibles, si bien no todos de final feliz.

Se han retirado y suspendido demandas como las presentadas por: Gas Natural Ban, Telefónica S.A, Pioneer Natural Resources, France Telecom, Aguas Cordobesas, Aguas de Santa Fe, Edenor, Edesur, Enersis, Camuzzi, Transpa S.A., RGA Reinsurance Company, Asset Recovery Trust y CGE. Respecto al caso Gas Natural Ban y Edenor se prevé la posibilidad de prorrogar la suspensión de demandas presentadas ante el CIADI. Igualmente en el caso de Telefónica se sabe que la empresa española presentó en el año 2002 una demanda ante el CIADI solicitando la cantidad de 2834 millones de dólares por el congelamiento tarifario, la cantidad más elevada que enfrentó el gobierno de Kirchner “por los efectos de la ley 25.561, de Emergencia y Reforma del Régimen Cambiario”.⁷ A la fecha estamos ante el sexto intento de decidir posponer su demanda ante el CIADI. Así se ha afirmado por autoridades de la empresa española que volverán a prorrogar la suspensión de la demanda contra Argentina ante el CIADI.⁸

De resultado adverso a la renegociación y suspensión encontramos los casos de: Siemens, CMS Gas Transmisión Company, Sempra International, Azurix, LG&E, Compañía Aguas del Aconquija S.A & Vivendi Universal y Enron. En este rubro debemos puntualizar el caso Siemens; en este sentido, contamos con la posibilidad de que Argentina maniobre en este caso tras las denuncias de corrupción interpuestas en Alemania. De prosperar esta vía, Argentina evitaría pagar 200 millones de dólares en concepto de indemnización derivado de un incumplimiento de contrato para la fabricación de los denominados DNI. La noticia sobre la existencia de corrupción no es nueva y en este sentido se afirmaba que el gobierno argentino ya había pedido en junio del año pasado la anulación del fallo del CIADI tras alegar “serias irregularidades en el procedimiento”. Ahora, ante la difusión de las noticias que llegaron desde Alemania redobló la apuesta y planteó la revisión del fallo y la suspensión de sus efectos.⁹ En este caso se habla de pagos indebidos (coimas) de autoridades de la empresa alemana Siemens a funcionarios de los gobiernos de Carlos Menem y Eduardo Duhalde, y se afirma que “en el juicio que se lleva a cabo en Alemania, el ex presidente de Siemens Heinrich von Pierer fue acusado ante la fiscalía de Munich por un ex ejecutivo de la empresa de haber ordenado el pago de sobornos a funcionarios argentinos”.¹⁰

Por último, hay otros casos que a la fecha están esperando un resultado final respecto a una posible renegociación: Unisys, AES Corporation y EDF International.

Como resultado de las renegociaciones se ha sostenido que Argentina ha llegado a paralizar el 40% de los reclamos que tenía presentados. En este orden de ideas se llegó a afirmar que en caso de no renegociarse y resolverse desfavorablemente las renegociacio-

⁷ <http://abogados.infobaeprofesional.com/notas/72305>, revisada el 24 de septiembre de 2008.

⁸ Se afirma que “sería la sexta vez que la empresa toma esta decisión, -la segunda y más importante fue el 15 de febrero de 2006, cuando firmó un acta de entendimiento con el Gobierno- pese a que la contraparte oficial no cumplió con la mayoría de los puntos, lo cual parece aplazar sin fecha la conclusión definitiva del juicio”, véase <http://abogados.infobaeprofesional.com/notas/72305>, revisada el 24 de septiembre de 2008.

⁹ Véase <http://abogados.infobaeprofesional.com/notas/69749>, revisada el 29 de agosto de 2008.

¹⁰ Véase <http://abogados.infobaeprofesional.com/notas/69749>, revisada el 29 de agosto de 2008.

nes, los pronunciamientos arbitrales en sus condenas podrían ascender a un monto aproximado de 10 mil millones de pesos.¹¹ Sea cual sea el resultado final de estas rene-gociaciones en masa, creemos que es la vía más segura para que Argentina pueda salir de esta situación de “emergencia” en la que lleva unos años de padecimiento.

La última vía de actuación, recientemente inaugurada, es la presión para llevar a cabo la ejecución de los fallos dictados a favor de las empresas privatizadas ante la justicia local argentina. Esta vía se pone en funcionamiento con el caso CMS, concretamente tras la negativa de Argentina de pagar 133 millones de dólares impuesta por el laudo contra Argentina: así el Estado exige que para hacer efectivo el reclamo de CMS debe hacerse ante los Tribunales locales argentinos.¹² Ante los comentarios de que esta maniobra se pudiera convertir en una posible vía de incumplimiento de los pronunciamientos arbitrales, Argentina se defiende alegando el artículo 54 en sus párrafos 1 y 2 del Convenio de Washington como vía que posibilita y legitima dicha opción.

Como colofón a las afirmaciones anteriores, observamos con optimismo que recientemente contamos con un laudo que ha revertido la situación preocupante por la que atravesaba (nos atrevemos a decir que todavía atraviesa) Argentina desde que acabamos de conocer un laudo arbitral el cual ha sido emitido a favor del estado argentino; este es el primer y único laudo arbitral que, al reconocer la situación de crisis y pesificación por la que atravesaba Argentina desde el año 2001 y entender así el contexto en el que se adoptan determinadas medidas para combatir dicha situación, da la razón a la parte demandada. Estamos refiriéndonos al caso Metalpar y Buen Aire, S.A., (Caso CIADI No. ARB/03/5).

Se trata de una demanda que dos compañías constituidas en la República de Chile (Metalpar y Buen Aire) iniciaron contra Argentina, con base en el Convenio de Washington, solicitando la cantidad de 18 millones de dólares frente a Argentina. Metalpar S.A. (antes denominada Comercial Metalpar S.A), es una empresa chilena cuya principal actividad es fabricar carrocerías para vehículos, especialmente, colectivos de transporte urbano, llegando a controlar el 68% del mercado. Se afirma que “produce 1500 unidades anuales y en 2007 alcanzó una facturación de \$130 millones. En enero de este año vendió un tercio de su paquete accionario a la brasileña Marcopolo”.¹³ Buen Aire S.A. también es una sociedad chilena cuyas actividades son las inversiones y la prestación de asesoría técnica. Las demandantes afirmaron que invirtieron en Argentina una cantidad superior a los 30 millones de dólares.

El razonamiento del Tribunal arbitral¹⁴ plasmado en su laudo, debe ser reproducido en estas líneas por las implicaciones que tiene para comprender la situación de crisis por la que atravesaba Argentina y las consiguientes medidas adoptadas para poder hacer frente y

11 <http://www.nacionhumana.org>. Revisada el 17 de enero de 2008.

12 <http://abogados.infobaeprofesional.com/notas/71387>, revisada el 4 de septiembre de 2008. En concreto se refiere a la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, con sede en la Ciudad de Buenos Aires.

13 <http://mx.news.yahoo.com/s/07062008/7/6n-latam-1019547-ciadi-fall-favor-pa-s.html>

14 Tribunal arbitral conformado por Rodrigo Oreamuno Blanco (Costarricense y presidente del tribunal); Duncan H. Cameron (norteamericano y designado por las actoras) y Jean Paul Chabeneix (peruano y designado por Argentina) y se constituyó de conformidad con el artículo 37.2.b) del Convenio de Washington, ante la falta de señalamiento por las partes.

salir de la misma. En concreto, en el rubro del laudo denominado “la inversión de las Demandantes” alegaron que “a juicio del Tribunal, las pruebas que constan en autos no dejan duda de que la situación actual de la República Argentina es mucho mejor, desde cualquier perspectiva que se la examine, que la que vivió esa Nación hace unos seis años. También parece evidente a los árbitros que los efectos de la recuperación se dejaron sentir muy poco tiempo después de que las autoridades argentinas tomaron, durante la crisis, las acciones comentadas... Al Tribunal le resulta obvio que las acciones tomadas por el gobierno de la República Argentina a finales del 2001 y principios del 2002 tuvieron un efecto benéfico y permitieron superar el caos que ese país vivió durante esos días. De los efectos de las acciones tomadas por las autoridades gubernamentales... se beneficiaron la sociedad argentina en general, la industria automotriz en particular y, según los peritos de Argentina, las inversiones de Metalpar S.A y Buen Aire S.A.”.

A la luz de las alegaciones esgrimidas por las partes, el Tribunal arbitral determinó que

no encontró una sola prueba que demuestre que, al final de cuentas, las inversiones de las Demandantes hubieran sufrido perjuicio como consecuencia de las medidas tomadas por Argentina para conjurar la crisis. Por lo contrario, las probanzas recibidas en el proceso... demuestran que la situación económica de Metalpar Argentina S.A mejoró significativamente a partir del año dos mil cuatro... el hecho objetivo, que ha sido demostrado de manera fehaciente es que los resultados recientes de la actividad de dicha empresa son muy superior al que obtuvo en el 2001, antes de que las autoridades argentinas tomaran las medidas que las Demandantes cuestionan. Especular lo que habría pasado si Argentina no hubiera tomado ninguna acción o si hubiera impuesto medidas distintas sería, como ya se dijo, un ejercicio inútil que llegaría a conclusiones puramente hipotéticas, de imposible demostración. Lo concreto, y sobre lo que el Tribunal no tiene ninguna duda, es que el ordenamiento de las finanzas estatales, los subsidios que Argentina otorgó a empresas transportadoras y la recuperación de la estabilidad, en general, fueron un entorno beneficioso para que Metalpar Argentina S.A. tomara las decisiones empresariales que permitieron su vertiginosa recuperación.

Partiendo del dato objetivo de que en el año 2000 vendieron 56 carrocerías, 431 en el 2004 y 1048 en el 2005, el Tribunal arbitral concluye que “es obvio que ese éxito no puede atribuirse exclusivamente a las medidas tomadas por las autoridades argentinas pero es evidente que el Tribunal, ante ese panorama, no puede llegar a la conclusión contraria de resolver que esas medidas tuvieron un efecto ruinoso sobre las inversiones de las Demandantes cuya supuesta disminución originó este proceso”.

Todo lo anterior lleva al Tribunal arbitral, en el párrafo 233 de su laudo, a determinar que “por las numerosas razones que se han expuesto en los párrafos precedentes, el tribunal debe rechazar, en todos sus extremos, la Demanda planteada por Metalpar S.A. y Buen Aire S.A.”.

Como broche y conclusión a la situación Argentina vemos que es un Estado que no se ha quedado quieto y esperando ver cómo los Tribunales arbitrales resuelven los casos presentados en su contra. Por el contrario, ha tomado una actitud de defensa digna de

alabar y mencionar. Debido a su esfuerzo por salir de la crisis económica, a pesar de los casos adversos y condenados por el CIADI, Argentina cuenta con un primer laudo favorable y con resultados igualmente favorables respecto a la renegociación de los contratos internacionales.

2. Bolivia

El caso de Bolivia es, sin duda, llamativo por dos puntos: el primero, por su renuncia “valiente”, arriesgada y pionera al Convenio de Washington; el segundo, por el rumbo que han adoptado sus dos últimos casos presentados ante el CIADI, a saber, Eti Euro Telecom International NV y Aguas del Tunari. La actitud de Bolivia de retirada de este foro internacional, a través de la renuncia al Convenio de Washington, pone en la mesa que el CIADI, como foro de resolución de controversias, nunca ha sido pacífico, admitido y “querido” por los Estados latinoamericanos.

En lo que se refiere a su renuncia al Convenio de Washington, y consiguiente retirada del CIADI, podemos mencionar que nos sorprendió esta actitud por el bajo número de demandas que tiene en su marcador el estado boliviano. Así, de la página del CIADI se desprende que este Estado cuenta con dos casos pendientes¹⁵ y uno concluido.¹⁶

En este orden de ideas es preciso señalar que Bolivia se adhirió el 12 de agosto de 1994, por Ley Ratificatoria No. 1593, al Convenio de Washington, convirtiéndose desde esa fecha en un compromiso y responsabilidad internacional. Desde esa fecha hasta hoy, este Estado se ha convertido, queriéndolo o no, en un importante referente en el marco de las inversiones extranjeras en el contexto latinoamericano. Estamos ante un caso que marcará un hito en el panorama internacional, no solo por su salida, que es la crónica de un retiro anunciado, sino por la cantidad de medios de comunicación, organizaciones civiles y opinión pública que ha despertado, así como por las ideas y reacciones de distinto tenor que están generándose como consecuencia de dicha retirada. Sea cual sea el resultado de este acto boliviano respecto a la atracción de inversión extranjera, Bolivia ha logrado despertar a los Estados latinoamericanos y hacerles recapacitar en torno su posición ante el CIADI.

En este contexto de ideas vemos que el 16 de mayo del 2007 se anuncia en la página oficial del CIADI que Bolivia somete su decisión de renunciar al Convenio de Washington, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 71 del mencionado instrumento. Este artículo señala que: “todo Estado Contratante podrá denunciar este Convenio mediante notificación escrita dirigida al depositario del mismo. *La denuncia producirá efecto seis meses después del recibo de dicha notificación*”. (Las cursivas son nuestras). Se informa que el 2 de mayo del 2007 el Banco Mundial recibió un escrito anunciando la mencionada renuncia del Estado de Bolivia; por lo anterior, transcurridos seis meses de esa fecha, en

15 Bolivia tiene pendiente el caso Química e Industrial del Borax Ltda. and others (caso 06/2) y E.T.I. Euro Telecom International N.V. (caso 07/28).

16 Bolivia tiene concluido Aguas del Tunari S.A. (caso 02/3).

concreto el 3 de noviembre de 2007, este Estado quedaría fuera de la lista de Estados Contratantes, esto es, de aquellos Estados que tienen firmado y ratificado el Convenio de Washington y por ende, que tiene prestado un primer y anticipado consentimiento para que cualquier disputa con inversores extranjeros pueda ser conocida y resuelta en el seno del CIADI.

En este orden de ideas Bolivia acudió al depositario de este Convenio que, de conformidad con el artículo 73 de este instrumento convencional, establece que “los instrumentos de ratificación, aceptación o aprobación de este Convenio y sus enmiendas se depositarán en el Banco, quien desempeñará la función de depositario de este Convenio. El depositario transmitirá copias certificadas del mismo a los Estados miembros del Banco y a cualquier otro Estado invitado a firmarlo”. Este artículo debe ser puesto en consonancia con el 75 que a la letra señala que “el depositario notificará a todos los Estados signatarios lo siguiente: (f) las denuncias, conforme al Artículo 71”.

La actuación de Bolivia nos sitúa en el plano de las hipótesis y así afirmamos que debemos dejar transcurrir un largo plazo para poder hacer un balance más o menos cierto de las implicaciones que esta actitud tiene en el terreno de lo económico, esto es, en la atracción de capital extranjero. Determinar en este momento la seguridad de la ecuación, “ratificación del Convenio de Washington=mayor atracción de capital extranjero”, sería muy arriesgado. En este sentido podemos esgrimir argumentos en contra y a favor de mantener o desechar esta sencilla ecuación. Como argumento a favor podemos sostener la presunción de neutralidad que tanto para el Estado como para el inversor extranjero genera el sometimiento de una eventual disputa a un foro internacional. Así, desde la óptica del inversor se propicia tranquilidad desde que los litigios no se verán sometidos a los Tribunales nacionales del Estado que recibió el capital extranjero y que “supuestamente” incumplió el contrato que motivó la disputa. Las posibilidades de que los Tribunales nacionales condenen a su Estado por un incumplimiento contractual ante un inversor extranjero no son muy elevadas. Igualmente al Estado receptor de capital le genera confianza que la eventual disputa no se vea sometida a los Tribunales nacionales del inversor extranjero. Las posibilidades de que los Tribunales nacionales condenen a su nacional por un “supuesto” incumplimiento contractual ante un tercer Estado tampoco son muy elevadas.

Nuestra postura es de cautela y prudencia a la hora de adelantar escenarios y posibles resultados; en este sentido, sostenemos que tener ratificado el Convenio de Washington no se traduce necesariamente en una mayor atracción de capital extranjero; ahora bien, no podemos saber con certeza qué tanta inversión hemos dejado de percibir por no haber ratificado el Convenio de Washington. De esta forma lo que sí es seguro es que no se puede afirmar como dogma que hay una ecuación perfecta entre la firma y ratificación del Convenio de Washington y una mayor atracción de capital extranjero. Como ejemplo, mencionamos el caso de Brasil, el cual, sin tener ratificado el Convenio de Washington, nadie duda de que es uno de los Estados latinoamericanos con mayor número de inversiones extranjeras; es más, Brasil no cuenta en su marcador con Tratados Bilaterales para la Promoción y Protección recíproca de Inversiones (BITs) que

prevean este sistema de resolución de controversias y la inversión es una de sus principales fuentes de generación de empleos y reactivación económica.

En otro orden de ideas queremos mencionar el primer caso boliviano que ha suscitado algunas dudas e inquietudes por las fechas que se manejan y conjugan; si en otro caso no llamaría la atención las fechas de surgimiento de la disputa y registro de la demanda, en esta ocasión se ponen en relación de manera curiosa. Estamos hablando concretamente del caso ETI Euro Telecom Internacional N.V. Como mencionábamos líneas arriba, el sometimiento al CIADI de la renuncia al Convenio de Washington por parte de Bolivia se produjo el 2 de mayo del 2007, produciendo sus efectos jurídicos el 3 de noviembre de 2007; lo que nos llama la atención es que en este caso se registrara la solicitud de demanda de las actoras el 31 de octubre de 2007; es decir, la premura parece ser incuestionable para someter el último caso a un foro internacional a poco más de un par de días de surtir efectos su renuncia.

Estos datos no han pasado desapercibidos en el contexto boliviano donde se asegura que “si bien el gobierno de Bolivia siguió todos los procedimientos adecuados para retirarse del CIADI, la organización planificó conformar en pocos días más un Tribunal para que escuche el caso elevado contra Bolivia por Euro Telecom Internacional (ETI), una compañía incorporada en los Países Bajos y cuyos reales propietarios son Telecom italiana y Telefónica española. ETI es propietaria del 50% de ENTEL, empresa que proporciona el 60% de los servicios de telefonía de Bolivia”.¹⁷ Esta premura en el registro de la solicitud contrasta con la calma en la constitución del Tribunal arbitral. Así, creemos que lo importante en este caso era registrar la solicitud antes de que surtiera efectos la renuncia planteada por Bolivia pues, de lo contrario, dicha controversia sería conocida y resuelta por los tribunales nacionales bolivianos. Una vez registrada dicha solicitud en el seno del CIADI, la renuncia boliviana que produciría efectos un par de días después, no afectaría a la constitución del Tribunal arbitral y el posterior desarrollo del resto de actuaciones procesales conducentes a un laudo obligatorio y vinculante para las partes implicadas en este caso.

El segundo caso boliviano que queremos mencionar brevemente es el de Aguas del Tunari, S.A. (AdT, en adelante).¹⁸ Debemos iniciar este caso teniendo claras las fechas que son relevantes con la finalidad de tomar una postura ante este caso, a saber, a) la fecha de celebración del contrato es *septiembre de 1999*; b) la cancelación del contrato se produce en *abril de 2000*; c) se produce un cambio clave en la inicial estructura societaria el 22 de *diciembre de 1999*; d) la presentación de la renuncia al Convenio de Washington por parte de Bolivia se produce el 2 de *mayo de 2007*; e) el registro de la solicitud se da el 12 de *noviembre de 2001*, notificándose el 25 de febrero de 2002; f) la aceptación de la renuncia por el CIADI se emite el 3 de *noviembre de 2007*.

Examinemos la situación objetiva del cambio de estructura social que se produce, la cual queda patente en el laudo emitido por el Tribunal arbitral pues, como era de esperar, no puede pasar desapercibida.

¹⁷ <http://www.boliviasoberana.org> revisada el 17/01/2008.

¹⁸ El laudo, en español e inglés, está publicado en la página oficial del CIADI véase www.worldbank.org/icsid.

1. La titularidad accionaria de AdT a la fecha de la firma del contrato consta de la siguiente manera: a) AdT estaba controlada por cuatro empresas bolivianas¹⁹ cada una de las cuales tenía un 5% de las acciones del capital; b) AdT igualmente estaba controlada por una empresa registrada en Islas Caimán, Internacional Water (Aguas del Tunari), la cual poseía el 55% del capital y c) AdT finalizaba su estructura societaria en esa fecha con Riverstar Internacional S.A, una empresa Uruguaya la cual poseía el 25% restante del capital accionario. A su vez Internacional Water (Aguas del Tunari) Ltd estaba controlada al 100% por Betchel Holdings, Inc., una compañía de Estados Unidos y, Riverstar Internacional S.A. estaba controlada al 100% por Abengoa, una empresa española.

2. En 1999, tras la adjudicación de la concesión se produce un cambio en la estructura societaria de AdT quedando de la siguiente manera: a) Encontramos nuevamente las cuatro compañías bolivianas que controlan el 5% cada una de ellas de AdT; estas compañías bolivianas son las mismas que con anterioridad a la fecha citada; b) Tenemos también a Internacional Water (Tunari) SARL, la cual posee el mismo 55% de las acciones; el cambio se produce al desaparecer el “Ltd (Islas Caimán)” y aparecer simultáneamente “SARL (Luxemburgo)”;

si antes aparecía controlada directamente y al 100% por Betchel Holdings, Inc. ahora se interponen cuatro personas jurídicas desembocando igualmente en un control absoluto por Betchel Holdings, Inc. (Estados Unidos). En este nuevo contexto aparecen en esta nueva estructura societaria tres nuevas empresas: Internacional Water (Tunari) B.V. (Países Bajos); Internacional Water Holdings B.V. (Países Bajos) que controla al 100% a la anterior y Baywater Holdings B.V. (Países Bajos) quien controla el 50% de las acciones de la anterior junto con Edison SPA (Italia) quien posee el restante 50%; c) Encontramos nuevamente a Riverstar Internacional S.A. (Uruguay) quien continúa con su 25% de las acciones y sigue estando controlada al 100% por Abengoa (España).

Como se señala en el laudo arbitral “Bolivia cuestiona la existencia real de esas entidades holandesas, describiéndolas como “empresas vacías”.²⁰ La Opinión Disidente del árbitro Alberro- Semerena señala y concluye afirmando que

es por las razones que anteceden que discrepo con la decisión de la Mayoría a favor de la jurisdicción y concluyo que el Demandante no está facultado para invocar la competencia del CIADI en el marco del TBI mutuamente celebrado por Bolivia y los Países Bajos. Comparto sin reservas la determinación del Tribunal de cumplir su obligación de preservar la integridad de la jurisdicción del CIADI durante la fase de consideración del fondo del asunto, cuando las partes presenten sus memoriales completos y pruebas de respaldo.²¹

Nuestro comentario acerca de este caso es que el rigor en la admisión de las demandas en el CIADI queda una vez más en entredicho o, cuando menos, suscita reflexión. La

19 Constructora Petricevic SA, Compañía Boliviana de Ingeniería SRL, ICE Agua y Energía, SA y Sociedad boliviana de Cemento, S.A.

20 Párrafo 72.

21 Párrafo final.

narración de los hechos y comentarios de uno de los árbitros hace pensar que para el CIADI una compañía registrada y constituida en Bolivia puede, en cualquier momento, bajo cualquier circunstancia y en clara posición de ventaja, reestructurarse societariamente, con el único fin manifiesto de cumplir los requisitos de un BIT y por ende reclamar en contra de este Estado una violación convencional y su sometimiento al CIADI. De otra manera se hubiera solicitado una violación contractual en la que el CIADI no hubiera podido actuar, sometiéndose las partes a los foros nacionales bolivianos.

3. Ecuador

Por último, no podemos acabar esta introducción sin mencionar siquiera brevemente el caso de Ecuador quien en la actualidad cuenta con nueve casos pendientes²² y tres concluidos.²³ Se afirma que la suma total de la demandas asciende a 12 mil millones de dólares.²⁴

Ecuador presenta una doble vertiente de actuación caracterizada por su originalidad y riesgo. Quizá la justificación en la toma de estas medidas viene avalada por el dato de que Ecuador es el segundo Estado latinoamericano más demandado ante el CIADI. Esta afirmación debe ser contextualizada por el volumen de inversión que este Estado recibe; así, nuestra afirmación no es alarmista, sino realista. Por un lado, está su retirada “camuflada” del CIADI; por otro lado, su posición de liderar la creación de un foro de arbitraje latinoamericano para evitar el acceso al CIADI y propiciar así la fuga masiva de los Estados latinoamericanos de este Centro. En la consecución de estos objetivos se afirma que el gobierno de Ecuador intenta renegociar los contratos que tiene con las empresas petroleras del país. En esta renegociación se pretende establecer “cláusulas sobre inversiones, aumentos de producción y la participación del Estado en el negocio”, pero sin duda la cláusula que se renegocia y que más nos interesa es la de excluir al CIADI de la resolución de eventuales controversias.²⁵ En este sentido se ha sostenido que las empresas petroleras extranjeras “deberán cambiar la modalidad de sus contratos de participación a una de prestación de servicios”.²⁶ En este contexto se propondrá a los representantes de las compañías privadas la firma de un acta de compromiso para fijar el plazo de seis meses que tiene concedidos para proceder a la conversión de los contratos.²⁷ En la con-

22 En los casos en que se implica a Ecuador encontramos MCI Power Group, LC and New Turbina, Inc (caso 03/6), Duke Energy Electroquill Partners and Electroquill SA (caso 04/19), empresa eléctrica del Ecuador, INC (EMELEC) (caso 05/9), Noble Energy Inc. And Machala Power Cia. Ltd. (caso 05/12), Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company (caso 06/11), City Oriente Limited v. Republic of Ecuador and Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador) (caso 06/21), Murphy Exploration and Production Company internacional (caso 08/4), Burlington Resources Inc. And others (caso 08/5), Perezco Ecuador Limited (caso 08/6).

23 Ecuador tiene concluidos: Repsol YPF Ecuador S.A. (caso 01/10), IBM World Trade Corp. (caso 02/10), Técnicas Reunidas, S.A. and Eurocontrol, S.A (caso 06/17).

24 <http://abogados.infobaeprofesional.com/notas/69898>, revisada el 12 de septiembre de 2008.

25 Véase <http://abogados.infobaeprofesional.com/notas/62533>, de 3 de marzo de 2008.

26 <http://www.diariojudicial.com/nota.asp?IDNoticias=35107>, revisada el 16 de abril del 2008.

27 <http://www.abogados.infobaeprofesional.com/notas/64623> revisada el 15 de abril de 2008.

secución de este objetivo Petroecuador será la entidad que suscriba los contratos y que actuará como contraparte legal.

Todo comienza cuando la Canciller y Ministra ecuatoriana de Comercio Exterior, María Fernanda Espinosa, afirmó que se había notificado al CIADI sobre la decisión de Ecuador de no someter a este Centro lo relativo a litigios que versen sobre recursos naturales.²⁸ Afirmación que hoy encontramos publicada en la página oficial del CIADI. No debemos desconocer que esta declaración no es nueva en el seno del Centro desde que el ejemplo ya lo había establecido Israel o Jamaica.

La retirada de Ecuador del sistema CIADI se ha producido de manera encubierta al enviar una carta, fechada el 4 de diciembre de 2007, dirigida a la Secretaria General del CIADI, la Sra. Ana Palacio, a través de su Embajada en Washington, pero de responsabilidad del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio e Integración.²⁹ En esa carta se menciona que: “La República de Ecuador no consentirá en someter a la jurisdicción del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), las diferencias que surjan en materias relativas al tratamiento de una inversión, que se deriven de actividades económicas relativas al aprovechamiento de recursos naturales como petróleo, gas, minerales u otros. Todo instrumento contentivo de la voluntad previamente expresada por la República del Ecuador en someter esta clase de diferencias a la jurisdicción del Centro, que no se haya perfeccionado mediante el expreso y explícito consentimiento de la otra parte previa la fecha de presentación de esta notificación, es retirado por la República del Ecuador con eficacia inmediata a partir de esta fecha”.³⁰

Hablamos de una retirada encubierta, a diferencia de la que realizó Bolivia, desde que la frase “actividades económicas relativas al aprovechamiento de recursos naturales como petróleo, gas, minerales u otros” representa el tema protagonista de las demandas presentadas hasta la fecha contra Ecuador: el petróleo. Es una simple ecuación: retirarse de estas materias es retirarse irremediamente del CIADI. En este contexto, observamos y afirmamos que una de las últimas actuaciones de Ecuador ha sido la determinación de rescindir el contrato de la petrolera Perenco. Así se ha determinado que Ecuador inició un proceso “para finiquitar el contrato que mantiene con la francesa Perenco, debido a que la petrolera no aceptó las condiciones del país para suscribir un convenio que modifica el actual. La decisión, sin embargo, no afectará a las operaciones de la petrolera hasta cuando termine en el 2010 el contrato que mantiene para operar tres áreas de concesión, de las que extrae unos 30.000 barriles diarios de crudo”.³¹ En este contexto debemos señalar que Perenco no aceptó la propuesta de retirar la demanda presentada ante el CIADI, la cual estaba motivada por la aparición de una nueva ley que obligaba a las petroleras a entregar al Estado el 99% de los ingresos extras obtenido de los precios del petróleo. De esta manera la situación que se plantea es que el gobierno no reconocerá

28 <http://abogados.infobacprofesional.com> revisado el 23 de enero de 2008.

29 La actual Ministra Ecuatoriana de Relaciones Exteriores, Comercio e Integración es María Fernanda Espinosa Garcés.

30 <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=ICSIDPublicationsRH&actionVal=ViewAnnouncePDF&AnnouncementType=regular&AnnounceNo=9.pdf>. Revisada el 28 de enero de 2008.

31 <http://abogados.infobacprofesional.com/notas/69898>, revisada el 12 de septiembre de 2008.

a posteriori la competencia de los Tribunales arbitrales del CIADI ni la jurisdicción del Centro para dirimir los problemas sobre contratos que versen sobre recursos naturales, no especificando si éstos son o no renovables, y ejemplificándolo con el petróleo (principal producto de exportación ecuatoriano), el gas o los minerales. En este sentido se llega a señalar que es “un tema de soberanía jurídica”.³²

Ahora bien, antes de surtir efecto dicho acto de renuncia Ecuador tiene malas noticias respecto al caso de la petrolera estadounidense Occidental Petroleum en el CIADI. En este sentido se confirma que el Tribunal arbitral del CIADI rechazó el pedido ecuatoriano para desechar el conocimiento de un reclamo de 3200 millones de dólares, con el argumento de falta de jurisdicción y competencia de este foro internacional. En este caso no prospera la objeción de jurisdicción y competencia presentada por el Estado frente al CIADI y al Tribunal arbitral constituido en su seno. El motivo de la presentación de esta demanda se basa en los daños producidos tras la cancelación del contrato de extracción de petróleo y confiscación de los activos de la firma en el año 2006.

En el contexto de estas afirmaciones es necesario determinar que Ecuador es el quinto productor de crudo de Sudamérica, con unos 500.000 barriles diarios, y los ingresos del petróleo representan el capítulo más importante de su economía al aportar alrededor del 35% del presupuesto del Estado.³³ No nos sorprende entonces ver que, al ser el petróleo el principal producto de exportación de Ecuador, este anuncio represente una retirada encubierta.

En esta línea de actuación encontramos la justificación para las últimas noticias que tenemos de Ecuador. En este sentido se afirma que “Petroleras cambian CIADI por arbitraje de la ONU”.³⁴ En el contexto de este encabezado se afirma que Andes Petroleum “accedió al cambio de reglas propuesto por Correa y el contrato que la firma mantiene con ese país será de prestación de servicios”. Lo anterior implica, por un lado, que el contrato de participación pasará a ser de prestación de servicios permitiendo a Ecuador mejorar su rendimiento económico; por otro lado, que las disputas serán solucionadas en el seno de la Comisión de la ONU para el Derecho Comercial Internacional (UNCITRAL/CNUDMI), con sede en Chile.

Como conclusión a estos comentarios podemos mencionar que no nos extraña que Bolivia y Ecuador estén preocupados por consolidar un nuevo foro de corte latinoamericano destinado a conocer de las mismas disputas que hasta ahora lleva conociendo el CIADI. Queda por ver si se materializará y cual sería la postura de México ante esta propuesta.

32 <http://abogados.infobaeprofesional.com> revisado el 23 de enero de 2008.

33 www.infobaeprofesional.com. Revisada el 22 de enero de 2008.

34 <http://abogados.infobaeprofesional.com/notas/70281> revisada el 12 de septiembre de 2008.

II. Panorama general de México

1. Introducción

Visto el panorama de estos tres Estados latinoamericanos y su posición ante el CIADI, resta ver la situación en la que México se desenvuelve en la actualidad respecto a este foro internacional. México, como se adelantaba en la introducción, no tiene ratificado el Convenio de Washington, por lo que todas sus demandas arbitrales ante el CIADI se resuelven, no conforme a las previsiones del mencionado Convenio de Washington, sino por las disposiciones, parecidas, que no idénticas, del sistema que representa el denominado Mecanismo Complementario (*Additional Facility*).

Esta vía de acceso tiene una importante implicación jurídica la cual impacta en la tramitación del denominado recurso de anulación.

El número de demandas presentadas contra México, cinco pendientes y ocho concluidas, pero sobre todo las cuantías que se manejan en los laudos arbitrales condenando a México, unido a la falta de ratificación del Convenio de Washington y las pocas esperanzas de que este acto se lleve a cabo, nos motiva a proponer a México que considere otra vía alternativa para resolver sus controversias en materia de inversiones con inversores extranjeros. Una propuesta de solución que se plantea teniendo en cuenta la necesidad de no pasar ni por los Tribunales nacionales mexicanos, ni por el CIADI, tanto en la vía de acceso que representa el Mecanismo Complementario, como la que representa el Convenio de Washington. La anterior afirmación justifica que emitamos en este momento concreto una “tímida” propuesta, con gran prudencia, por lo arriesgado e incipiente de la misma. En este sentido, debemos remontarnos a la reciente creación del proceso de integración regional que supone la Unión de naciones Suramericanas (UNASUR),³⁵ el cual puede representar el sustituto natural y alternativo al foro internacional que representa el CIADI. Esta propuesta tiene en cuenta los obstáculos con los que puede tropezar y, en este sentido, cabe mencionar el elevado número de acuerdos estatales que se pueden necesitar para otorgar sentido a esta propuesta. Por lo que se refiere a la creación de un foro regional de solución de controversias entre un Estado receptor de capital y un inversor extranjero, estamos ante una propuesta liderada por el actual presidente de Ecuador, Rafael Correa.³⁶ Uno de los espacios que inicialmente se consideró propicio para la creación de este foro alternativo era la Comunidad Andina, propuesta que no tuvo mayor seguimiento. Igualmente, Ecuador propuso que esta “nueva instancia” podría ser la que funciona en la Organización de Estados Americanos (OEA).³⁷ Por lo anterior, no es de extrañar que el UNASUR, este espacio de reciente creación, pueda sonar con relativa fuerza desde que la conformación de sus Tribunales arbitrales podría alcanzarse la

35 Este proceso de integración regional está integrado por Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, Guyana, Paraguay, Perú, Suriname, Uruguay y Venezuela; es constituido en función del Tratado Constitutivo de la Unión de naciones Suramericanas, el cual está compuesto por 27 artículos y uno transitorio, firmado en Brasilia, el 23 de mayo de 2008.

36 <http://abogados.infobaeprofesional.com> revisado el 23 de enero de 2008.

37 <http://abogados.infobaeprofesional.com/notas/62533>, revisada el 3 de marzo de 2008.

tan ansiada contextualización política, social, económica y cultural de las diferencias que puedan surgir entre los países de la región. Sin duda, uno de los reproches que se han hecho desde la óptica latinoamericana al CIADI, es la falta de contextualización de las disputas y, por ende, la toma de decisiones desapegadas de una realidad social, cultural, política y económica. Así, tendrían presente estos factores que sin duda están en cualquier inversión. Con esta posición, Ecuador quiere reivindicar una soberanía jurídica y, para conseguirla, la solución pasa por la creación de un foro latinoamericano que elimine el sometimiento de las diferencias en materia de inversiones a foros “extra nacionales” y “extra regionales”.³⁸ En la consecución de este objetivo se ha iniciado una campaña de movilización social donde se ha llegado a señalar que “el CIADI es una trampa para Latinoamérica. Se están llevando acciones de denuncia, esclarecimiento y rechazo contra el CIADI en Latinoamérica, Europa y los EEUU. Defender la postura boliviana es defender a todos los países, como Argentina, México, Ecuador y otros, que se encuentran atrapados entre las multinacionales despiadadas e insaciables y los políticos complacientes, que aceptaron condiciones leoninas en los procesos privatizadores”.³⁹

Tras la retirada es lógico esperar la propuesta de Bolivia para el arreglo de diferencias en materia de inversiones extranjeras; de lo contrario, se crearía un vacío “reparador” que sin duda fungiría como repelente de capital extranjero. En este sentido otra propuesta de Bolivia, de diferente alcance que la emitida por Ecuador, consiste en someter a los Tribunales nacionales las disputas que puedan surgir en relación con los inversores extranjeros, personas físicas o jurídicas. En este caso pretende consolidar *ex novo* y *ex professo* una Procuraduría General del Estado que evite la fuga de conocimiento y resolución de los casos del plano nacional al internacional. En este sentido se ha llegado a afirmar que “el Ministerio Público, la Contraloría General de la República, el Defensor del Pueblo y el Viceministro de Transparencia y Lucha contra la Corrupción son órganos que no cuentan con recursos y competencias suficientes para la defensa de los intereses patrimoniales del Estado”.⁴⁰ De esta forma se llega a sostener que “las atribuciones de la Procuraduría General del Estado previstas en la Constitución deberían ser de manera ineludible las siguientes: la defensa y representación de los derechos, bienes e intereses patrimoniales de la República”.⁴¹

La necesidad de adoptar una nueva postura por México ante el CIADI la hemos puesto de manifiesto en reiteradas ocasiones.⁴² En este momento queremos poner de manifiesto

38 <http://abogados.infobaeprofesional.com> revisado el 23 de enero de 2008.

39 <http://www.nacionhumana.org> revisada el 17 de enero de 2008.

40 <http://www.rebellion.org/noticia> consultada el 17 de enero de 2008.

41 <http://www.rebellion.org/noticia> consultada el 17 de enero de 2008.

42 Rodríguez Jiménez, S.: *El sistema arbitral del CIADI*, Porrúa-Universidad Iberoamericana- IJ-UNAM, 2006; Rodríguez Jiménez, S.: “México y el sistema arbitral del centro internacional de arreglo de diferencias en materia de inversiones (CIADI): el mecanismo complementario”, *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, México, 2005, pp. 107-139. Rodríguez Jiménez, S.: “Los tratados bilaterales de promoción y protección recíproca de inversiones como vía de acceso al CIADI”, *DeCita, inversiones extranjeras*, Zavalia, Argentina, 03. 2005, pp. 119-149. Rodríguez Jiménez, S.: “Cooperación juez – árbitro respecto a las medidas provisionales en el ámbito del Convenio de Washington de 18 de marzo de 1965”, *Tendencias actuales del Derecho Mercantil Internacional*, Madrid, España, 2005, pp. 911- 952. Rodríguez Jiménez, S.: “¿Violaciones contractuales o convencionales? La tendencia en los tribunales arbitrales CIADI”. *Estudios sobre contratación internacional*, Universidad Carlos III, Madrid, España, 2006, pp. 573-596. Rodri-

que México tiene la posibilidad de una triple actuación, en el mismo sentido que la están perfeccionando otros Estados latinoamericanos: retirarse del mecanismo de solución de controversias que administra el Banco Mundial (en este caso se sumaría a la propuesta que está en auge en estas latitudes geográficas: Ecuador, Bolivia, Nicaragua, Argentina), decirse a ratificar el Convenio de Washington para acceder por “la puerta principal” al CIADI, evitando de esta forma los inconvenientes que, en el seno del recurso de anulación, se vienen dando a través de la aplicación del denominado Mecanismo Complementario, o bien sumarse a la propuesta de crear un foro *ex novo*, de carácter regional, de atribuciones arbitrales, para la solución de las controversias con inversores extranjeros.

Al hilo de la segunda propuesta debemos asentar quiénes tienen firmado y ratificado o no el Convenio Washington por parte de los Estados que centran nuestra atención y cuáles serían las consecuencias de dichos actos. Si bien en el caso de Argentina, Ecuador y Bolivia, todos los casos (concluidos y pendientes), se han conducido o se están conduciendo por vía del Convenio de Washington, la excepción la representa México quien está llevando todos sus casos a través del Mecanismo Complementario. En este sentido, México se encuentra en la peor situación respecto a su postura ante el CIADI. Lo anterior lo representa la necesidad imperativa de acudir a Tribunales nacionales para que conozcan y resuelvan el recurso de anulación que se pueda presentar tras la emisión de un laudo arbitral. De esta forma se consiente una “politización” de la controversia a todas luces desfavorable, descartada por el artículo 27 del Convenio de Washington. Ante la falta de ratificación del Convenio de Washington, México no acude a un Comité *ad hoc* para la tramitación de dicho recurso sino a los Tribunales nacionales que fungieron como sede del arbitraje. Cuestionamos que este recurso, el más importante de los contemplados en este sistema arbitral, sea tramitado ante los tribunales nacionales. Lo anterior por la “politización” de la controversia que se llega a dar con este nuevo ingrediente. Si estimamos que los Tribunales nacionales de la sede del arbitraje son neutrales, profesionales, independientes y confiables de cara a resolver el recurso de anulación, por qué no someterles a ellos la resolución desde el inicio del litigio y ahorrarnos así los altos costes que implica una demanda ante el CIADI. Nuestro razonamiento se apoya en el espíritu inicial del Convenio de Washington el cual perseguía que el litigio fuera resuelto en su integridad ante una instancia arbitral, impidiendo que un Estado pudiera intervenir y “contaminar” una resolución arbitral. Lo anterior incluye la tramitación del recurso de anulación. Prueba de ello es la imposibilidad de subrogación del Estado en la posición de su nacional en caso de litigio, o la prohibición de protección diplomática (artículo 27) del Estado para con su nacional (con la excepción de un incumplimiento estatal del laudo emitido).

guez Jiménez, S.: “El arbitraje en inversiones en Latinoamérica: Los casos de Argentina y México”, en *Arbitraje Comercial Internacional*, González Martín, N. y Rodríguez Jiménez, S. (Coord.), Porrúa-III, México, 2007, pp. 237-271. Rodríguez Jiménez, S.: “Tres casos latinoamericanos ante el CIADI: Argentina, México y Ecuador” publicado en el libro homenaje al Profesor Rodolfo Cruz Miramontes, en prensa. Rodríguez Jiménez, S.: “El CIADI frente a Argentina, México, Ecuador y Bolivia. Una actualización”, en *Memorias del Foro de Arbitraje en Materia de Inversiones*, IJ-UNAM, México, en proceso.

Una vez más es el momento de pedir a México que opte por ratificarlo, o bien, que opte por unirse a las nuevas tendencias de renuncia. Cualquiera de las dos actuaciones supondrá una situación más favorable para México que la actual. En este dilema hay quien afirma sin titubeos que México debe adherirse (ya tarde) al Convenio de Washington; este es el caso de González de Cossío que señala que “hace algunos años defendí la adhesión de México al Convenio CIADI calificando su renuencia de contradictoria y vergonzosa” y continúa señalando que “la negativa a adherirse al tratado llama la atención y es motivo de especulación. Mas no su implicación: contradicción. México es parte de 33 tratados de inversión y en todos contempla el arbitraje CIADI como una opción. Sin embargo, la opción es ficticia. Dado que México no es parte del convenio CIADI, el mecanismo está indisponible”.⁴³

Al caso mexicano hay que añadirle un par de datos; por un lado, la firma de Canadá del Convenio de Washington. El hecho de que el 15 de diciembre de 2006 Canadá firmara el Convenio de Washington tiene dos lecturas para el contexto mexicano: una positiva y una negativa. La positiva es que el Capítulo XI del TLCAN cobrará pleno sentido si se logra la ratificación, desde que las disputas en materia de inversión en que se involucre a Estados Unidos y Canadá podrán optar por resolverse a través de este mecanismo el cual se encontraba en desuso por la falta del cumplimiento *ratione personae* del Convenio de Washington. El negativo, es que no deja bien parado a México ya que se convierte en el último de los tres Estados miembros del TLCAN en firmar el mencionado Convenio y darle así pleno sentido a la inserción en dicho Capítulo XI del mecanismo que representa el CIADI vía Convenio de Washington. Por otro lado, la experiencia de México, reflejada en la anulación parcial del laudo inicial emitido en el caso Metalclad, así como la reciente actitud adoptada por Bolivia y Ecuador no alienta demasiado a la ratificación del Convenio de Washington.

2. Los casos de México ante el CIADI

2.1. Introducción

La inquietud respecto del caso mexicano es conocida tanto por su problemática cuantitativamente hablando de las demandas que enfrenta en su contra (y las costas a las que se le condena), como por la vía de acceso que tiene ante el CIADI. En esta parte del trabajo pretendemos analizar el sentido del último pronunciamiento arbitral emitido en contra de México.

Como reclamaciones aparecen en la página de la Secretaría de Economía⁴⁴ bajo el Capítulo XI del TLCAN los siguientes:

Adams, et. Al; Calmark Commercial Development, Inc; Firesman’s Fund Insurance Company; Bayview Irrigation Et; Francis Kenneth Hass; Loams Santa Fe, LLP; Robert J. Frank y Victoria Enterprises.

43 González de Cossío, F.: “México ante el Arbitraje CIADI ¿prudente o rebelde?”, publicado en su página personal, pp. 1-2.

44 www.economia.gob.mx/?P=2259, revisada el 2 de octubre de 2008.

Los casos que figuran como reclamaciones contra México son: Archer Daniels Midland Company and Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc.;⁴⁵ Robert Azinian and others;⁴⁶ Consolidación Corn-AMD; Corn Products International, Inc.;⁴⁷ Gami Investments; International Thunderbird Gami Corp; Marvin Roy Feldman Karpa; Metalclad Corporation;⁴⁸ Waste Management, Inc. I⁴⁹ y Waste Management, Inc. II.⁵⁰

Un caso de signo contrario lo presenta CEMEX (inversor mexicano) quien anunció recurrir al CIADI por la “expropiación” anunciada recientemente por Chávez.⁵¹ Así se anunciaba que la cementera mexicana presentaría una demanda de arbitraje internacional debido a la confiscación de sus bienes por parte del gobierno venezolano y la privatización de derechos de su filial Cemex Venezuela así como el posterior inicio del procedimiento de expropiación.⁵² Lo anterior se da en el marco de la acción adoptada por Chávez, emitida a mediados del año, de nacionalizar toda la industria cementera, en la que se incluye a Cemex (la cual produce el 50% del cemento en ese Estado), a la francesa Lafarge y la suiza Holcim (quienes se reparten el restante 50% de la producción del cemento). Se afirma que “el Gobierno de Venezuela negoció con éxito la adquisición del 89 por ciento de las acciones de la filial de la empresa francesa por 257 millones de dólares, así como el 85 por ciento de la suiza por otros us \$572 millones”.⁵³ Cemex rechazó la propuesta venezolana de compensación de 650 millones de dólares lo cual podría dar paso a la presentación de la solicitud ante el CIADI, de no prosperar las negociaciones.

2.2. Archer Daniels Midland Company and Tate & Lyle Ingredients

Americas, Inc. v. United Mexican States (ICSID case no. ARB(AF)/04/5)

Nos queremos centrar en el último caso conocido sobre el que se ha dictado un laudo contra México, a saber, Archer Daniels Midland Company and Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. v. United Mexican States (ICSID Case No. ARB(AF)/04/5).

45 Caso No. ARB(AF)/04/5.

46 Caso No. ARB (AF)/97/2 para tener una visión de este caso véase González de Cossío, F.: “The Mexican Experience with Investment Arbitration”, *The Journal of World Investment*, vol. 3, núm. 3, 2002, pp. 473-474, González de Cossío, F.: “The International Centre for Settlement of Investment Disputes- The Mexican Experience”, *Journal of International Arbitration*, vol. 19, Núm. 3, 2002, pp. 234-235, González de Cossío, F.: “Aportación de México al arbitraje de inversión”, *AMD*, vol. VI, 2006, pp. 653-654.

47 Caso No. ARB(AF)/04/1).

48 Caso No. ARB (AF)/97/1. Véase González de Cossío, F.: “The Mexican Experience with Investment Arbitration”, *loc. cit.*, pp. 474-477 y González de Cossío, F.: “The International Centre for Settlement of Investment Disputes- The Mexican Experience”, *loc. cit.*, pp. 235-238 y González de Cossío, F.: “Aportación de México al arbitraje de inversión”, *loc. cit.*, pp. 653-654.

49 Caso No. ARB (AF)/98/2. Véase González de Cossío, F.: “The International Centre for Settlement of Investment Disputes- The Mexican Experience”, *op. cit.*, pp. 238-239, González de Cossío, F.: “Aportación de México al arbitraje de inversión”, *op. cit.*, pp. 655-657.

50 Caso No. ARB(AF)/00/3.

51 Se afirma que la empresa mexicana fue creada en Monterrey, norte de México, en 1906. Sus datos se reflejan con sus operaciones en más de 50 países con ventas anuales promedio de 15 millones de dólares. En este sentido se afirma que sus instalaciones en Venezuela representan el 3% de las operaciones mundiales de esta gigantesca cementera.

52 Véase <http://abogados.infobaeprofesional.com/notas/70751>, revisada el 21 de agosto de 2008.

53 Véase <http://abogados.infobaeprofesional.com/notas/70751>, revisada el 21 de agosto de 2008.

Las demandantes, Archer Daniels Midland Company (en adelante ADM) y Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc (en adelante, TLIA) son dos personas jurídicas constituidas de conformidad con las Leyes del Estado de Delaware, Estados Unidos, con sede principal en ese Estado. Ambas personas jurídicas crean Almidones Mexicanos S.A de C.V (ALMEX, en adelante) constituida según las leyes de México e inscrita en el Estado de Jalisco, la cual está controlada totalmente por ADM y TLIA. Se trata de dos de las “precuroras” de la elaboración del jarabe de fructuosa siendo en la actualidad dos de las principales empresas de refinería de maíz del mundo, y en este sentido se afirma en el laudo (párrafo 41) que “la demandante ADM tiene varias molinerías de maíz en húmedo y es una de las principales productoras de jarabe de maíz rico en fructosa de los Estados Unidos. La demandante TLIA fabrica JMAF en sus molinerías en húmedo de los Estados Unidos”. La demandante TLIA invierte en ALMEX en 1968, siendo esta última la propietaria de una molinería de maíz en húmedo en Guadalajara, Jalisco, México. TLIA adquiere la propiedad del 100% de ALMEX en 1990; posteriormente vende el 50% de sus acciones a ADM en 1993.

El asunto sobre el que versa son los edulcorantes, en concreto, la introducción del azúcar de México al mercado de Estados Unidos y la introducción del jarabe de maíz de alta fructosa al mercado mexicano. Como consta en el laudo (párrafo 43) el jarabe de fructosa está hecho con maíz amarillo. Esto implica que el jarabe de fructosa “se obtiene fundamentalmente a partir del maíz amarillo. En México predomina el maíz blanco, que se usa principalmente para consumo humano y es menos apto para la producción de JMAF. En consecuencia, el JMAF se produce en México a partir del maíz amarillo importado de Estados Unidos”. El primero que se muele se usa para producir pasta de almidón y posteriormente se refina y se procesa para producir fructosa. “Se trata de un proceso de producción de uso intensivo de capital en varias etapas” (párrafo 39). Este jarabe, concretamente el denominado JMAF-55, se usa en las bebidas como sustituto del azúcar y se concibió con un sabor neutral para no alterar la esencia de las bebidas refrescantes. En este sentido se afirma en el laudo (párrafo 40) que la industria de los refrescos de los Estados Unidos pasó a utilizar este sustituto, en los años setenta y ochenta, por tener un precio inferior al azúcar; lo anterior por el diferente costo en el almacenamiento de uno y otro producto así como en el mantenimiento extraordinario con el fin de evitar la “contaminación microbiológica”. Por otro lado está el azúcar, donde se asegura que México es el tercer productor más importante de América, después de Brasil y los Estados Unidos. En el caso de México se afirma, en el párrafo 46, que la producción de azúcar se destina al consumo interno. De esta forma se sostiene (párrafo 48) que “tanto el JMAF como el azúcar de caña son edulcorantes nutritivos o edulcorantes con contenido calórico”, “ambos tienen una apariencia semejante cuando se los disuelve para su uso en el embotellado, y casi la misma composición química”, “ambos son totalmente intercambiables y pueden utilizarse, por medio de un proceso industrial, para endulzar productos como refrescos y jarabes. El JMAF y el azúcar de caña son semejantes en lo que se refiere a aroma y color, ambos son inodoros y, en forma líquida, incoloros. El sabor, color y

otras características físicas de los refrescos y jarabes edulcorados con JMAF y azúcar de caña son imperceptibles”.

Las demandantes afirman que, de no tener presencia en 1991, el edulcorante pasa a tener un porcentaje del 25% en el año 1997 en el mercado mexicano. A lo anterior tenemos que añadir el dato de que México es el país de consumo más alto *per cápita* de refrescos carbonatados del mundo (párrafo 50). Como se afirma en el párrafo 60 del laudo “el plan del TLCAN para el comercio azucarero entre México y los Estados Unidos puede resumirse de la siguiente manera: i) desgravación arancelaria progresiva entre México y los Estados Unidos en el curso de 15 años; ii) una cuota mínima anual libre de derechos arancelarios; iii) un aumento de la cuota exenta de derechos de aduana si alguna de las Partes tuviera un “excedente de producción neto”, y iv) un arancel común de nivel alto para las importaciones de azúcar provenientes de otros países. Ahora bien, como consta en el párrafo 62 “el JMAF y el maíz están sujetos a acuerdos bilaterales menos complejos entre México y los Estados Unidos según el TLCAN. El JMAF estaba sujeto a un período de desgravación arancelaria de 10 años, con reducciones anuales iguales a partir de una tasa base de 15%, lo que significa que el arancel se eliminó totalmente a partir del 1 de enero de 2004. Las importaciones de maíz de los Estados Unidos con destino a México están sujetas a un período de desgravación arancelaria de 15 años, y una cuota exenta de derechos de aduana de 2,5 millones de toneladas, que se incrementaba a razón de 3% anual”.

Como consta en el párrafo 84 del laudo “aparte del presente procedimiento de arbitraje al amparo del Capítulo XI del TLCAN, la Modificación del IEPS fue impugnada por los Estados Unidos en la OMC, y también fue objeto de procedimientos ante los tribunales mexicanos”.

La fecha de registro se cifra el 8 de septiembre de 2004, estableciéndose el Tribunal arbitral el 7 de enero de 2005, estando conformado por Bernardo M. Cremades (presidente), Arthur W. Rovine y Eduardo Siqueiros (como árbitros) y fungiendo como Secretario del Tribunal Gonzalo Flores. La fecha de envío a las partes del laudo está cifrada el 21 de noviembre de 2007.

La reclamación de las demandantes tiene como origen una modificación introducida por el Congreso mexicano en su legislación tributaria; en este sentido a partir del 1 de enero de 2002 entraría en vigor una modificación a los artículos 1, 2, 3 y 8 de la Ley del Impuesto Especial sobre Producción y Servicios (IEPS). De conformidad con esta modificación se aplicaría un impuesto del 20% a los refrescos y jarabes en los que se usara edulcorante distinto del azúcar de caña (por ejemplo, el jarabe de maíz rico en fructosa, “JMAF”), así como a los servicios requeridos para su venta y distribución. Este impuesto se deroga el 1 de enero de 2007; como se afirma en el párrafo 97 del laudo, la derogación del Impuesto, con efectividad al 1 de enero de 2007, era parte de un acuerdo de julio de 2006, al que habían llegado los Estados Unidos y México, para alcanzar el libre comercio del JMAF para el 1 de enero de 2008. De conformidad con las demandantes esta modificación violaba los artículos 1102 (trato nacional), 1106 (requisitos de desempeño) y 1110 (expropiación) lo cual había ocasionado pérdidas y daños sustanciales a

ALMEX. Por su parte, México alega que el impuesto es una contramedida legítima y justificada por los incumplimientos de Estados Unidos, en concreto al acceso de las exportaciones de azúcar mexicano al mercado de Estados Unidos así como a las disposiciones del TLCAN relativas a la solución de controversias entre Estados.

La historia procesal inicia el 14 de octubre de 2003 cuando las demandantes mandan una Notificación de la intención de someter la reclamación a arbitraje. El 4 de agosto de 2004 las demandantes presentaron una solicitud de iniciación del procedimiento de arbitraje ante el CIADI solicitando a su Secretariado General que registrara su solicitud y autorizara el acceso al Mecanismo Complementario del CIADI. El 8 de septiembre de 2004 México presentó ante el CIADI una solicitud de acumulación de las reclamaciones sometidas a arbitraje por Corn Product Internacional y por ADM-TLIA y el 8 de abril de 2005 las demandantes, el demandado y Corn Product presentaron conjuntamente la “Confirmación del acuerdo entre las partes en la diferencia con respecto a la acumulación”. El Tribunal de Acumulación solicitó a las Partes que presentaran sus escritos sobre la cuestión de la acumulación. Las partes y Corn Product presentaron dichos escritos el 12 de abril de 2005. La justificación de esta acumulación descansa en el artículo 1126.2 del TLCAN por lo que había que determinar si las reclamaciones presentadas por Corn Product y ADM/TLIA podían acumularse total o parcialmente en función de si éstas presentaban cuestiones en común de hecho o de derecho. Esta petición es rechazada por el Tribunal, el 20 de mayo de 2005. A tal grado llega la separación de estas pretensiones ante el CIADI que Corn Product, una vez constituido el tribunal e iniciado el procedimiento, solicitó permiso al Tribunal para asistir a la audiencia. A esta solicitud las actoras se negaron, y el Tribunal concedió la razón alegando argumentos de competencia y así, afirmó que la competencia entre Corn Products y las demandantes era de naturaleza sensible desde el punto de vista comercial tanto por las pruebas presentadas como por la dificultad de proteger la información comercial confidencial.

El 29 de septiembre de 2004 el Secretariado General emitió un certificado de inscripción de la solicitud de iniciación de un procedimiento de arbitraje. El 14 de junio de 2005 se procede a la constitución del tribunal arbitral, iniciándose el procedimiento el 11 de agosto de 2005, fijándose como sede del arbitraje Toronto, Canadá.

El 24 de enero de 2006 se solicita protección a la información confidencial que se llegara a manejar a lo largo de este procedimiento arbitral. La contestación por parte del tribunal llega el 21 de julio de 2006 en forma de su Orden de Procedimiento No. 1 denominada “Respecto de la información confidencial”; entre sus determinaciones se ordena que “dentro de los 30 días posteriores a la conclusión final de la diferencia (incluidas las apelaciones o arreglos), los abogados de cada Parte deberán destruir todos los Documentos Confidenciales y sus copias (y certificar por escrito que lo han hecho a los abogados de la otra Parte), así como toda la información derivada de ellos, en cualquier forma, y de manera que ninguna persona autorizada en virtud del párrafo 4 b), c) y d) de la presente Orden permanezca en poder de dichos documentos o información. El Tribunal y su personal (excluido el personal del CIADI), deberán destruir dichos docu-

mentos e información dentro del mismo plazo, sin perjuicio de las disposiciones del párrafo 7”.

La posición jurídica de las partes se resume de la siguiente manera:

a. Las demandantes sostienen que el IEPS se diseñó para favorecer a la industria del azúcar de caña mexicana y en detrimento del JMAF. Lo anterior afectó el mercado de bebidas para los fabricantes y distribuidores de dicho jarabe. Se afirma en el párrafo 100 que “el impuesto destruyó el valor de la considerable inversión que las Demandantes realizaron a través de ALMEX en la producción y distribución de JMAF en México”. Esta disposición contravenía:

El artículo 1102 sobre trato nacional. La justificación que se alegaba era que el Impuesto trataba a los productores de JMAF de manera menos favorable que a los productores de azúcar de caña, y discriminaba contra las demandantes y ALMEX a fin de proteger la industria nacional de azúcar de caña. Así se afirma que “la sanción y el mantenimiento del Impuesto por parte de México favorece a los inversionistas e inversiones nacionales frente a los competidores extranjeros. Por lo tanto, en virtud del Artículo 1102, México estaba obligado a otorgar a las Demandantes y a ALMEX el mejor trato que México otorgaba a la industria nacional del azúcar de caña”. (Párrafo 186). En este contexto las demandantes solicitan al tribunal arbitral “que realice un análisis en tres etapas a fin de determinar si ha tenido lugar una discriminación *de facto* en el presente caso, y que determine primero si el “trato” se vincula con el establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación, venta u otra disposición de las inversiones de que se trata. Segundo, el tribunal debe determinar si los fabricantes y productores de JMAF de México –todos los cuales son inversionistas de los Estados Unidos- se encuentran en “circunstancias similares” a las de la industria mexicana de fabricación y distribución de azúcar de caña y, tercero, el Tribunal debe determinar si el trato otorgado al inversor extranjero es menos favorable que el trato favorable otorgado al inversor nacional en “circunstancias similares”.

Contravenía igualmente el artículo 1106.3 sobre requisitos de desempeño. La justificación alegada radica en que el Impuesto da ventajas a los embotelladores mexicanos que compran exclusivamente azúcar de caña nacional en perjuicio de los embotelladores que usan JMAF. En este contexto señalan que “La esencia de la posición de las Demandantes es que el Artículo 1106.3 abarca a todos los inversionistas independientemente de su nacionalidad, incluidos los inversionistas mexicanos. Por lo tanto, México no puede condicionar el otorgamiento de una ventaja relacionada con la inversión de cualquier inversor, al cumplimiento de determinados requisitos de desempeño. Las demandantes sostienen que pueden impugnar la imposición por parte de México de requisitos de desempeño porque las ventajas otorgadas al inversor mexicano tuvieron un efecto directo en la inversión de las Demandantes en las instalaciones para la producción y distribución de JMAF, y ocasionaron una pérdida o daño sustancial a ALMEX en violación del Artículo 1106” (párrafo 216).

Por último, se alega la violación al artículo 1110 el cual trata el tema de la expropiación. La justificación a esta alegación radica en que el Impuesto las privó del valor y uso económico de su inversión en la producción de JMAF en México, y disminuyó los beneficios económicos esperados de su inversión sin recibir compensación de México. En este sentido afirman que “el considerable daño económico sufrido es suficiente para establecer que se ha producido una expropiación... interfirió con sus expectativas legítimas y razonables respecto a los beneficios económicos que obtendrían del uso y goce de su inversión, lo que confirma la naturaleza expropiatoria de la medida... En opinión de las Demandantes, una medida del Estado receptor no tiene que ser permanente para resultar expropiatoria” (párrafos 231 a 233).

Como consecuencia de todo lo anterior las Demandantes alegan daños y perjuicios señalando que “deberían ser indemnizadas no sólo por los presuntos daños sufridos por ALMEX en su calidad de *inversionistas* sino también por los daños sufridos en su calidad de *exportadores de fructosa* con destino a México; asimismo, manifiestan que ADM y TLIA realizaron una inversión en las instalaciones de distribución ubicadas en San José Iturbide, Guanajuato (México) para facilitar la ventas de JMAF proveniente de los Estados Unidos y que, en consecuencia, la aplicación del Impuesto menoscabó el valor de dichas inversiones. Las Demandantes también sostuvieron que la inversión no debería considerarse sencillamente como activos físicos que forman parte del sistema de distribución, sino como activos que entrañan pruebas, control de calidad y movimiento” (párrafo 255). En este contexto señalan que “los daños ocasionados por la aplicación del Impuesto son los mismos, independientemente de que se concluya que ésta equivale a una expropiación sin el pago de indemnización, un incumplimiento de las obligaciones de trato nacional de México o un requisito no permitido de desempeño, o todo lo anterior” (párrafo 257).

b. El demandado sostiene que el impuesto se adoptó como contramedida en respuesta a las violaciones por parte de los Estados Unidos de sus obligaciones derivadas del TLCAN.

En este sentido, alega que este Impuesto no infringe el artículo 1102 desde que no estaba dirigido a los inversores de Estados Unidos. Como consta en el párrafo 107 del laudo, “el Impuesto no tenía por objeto ocasionar daños a los productores y fabricantes de JMAF, sino que fue una reacción y medida compensatoria frente a las restricciones adoptadas por el Gobierno de los Estados Unidos contra el azúcar de México”. Así alega que “el hecho de que el azúcar y el JMAF sean productos semejantes o similares a los fines de una investigación *antidumping* o de un Grupo Especial de la OMC no determina que las demandantes se encuentren en “circunstancias similares” a las de la industria azucarera de México, ya que no hay fundamentos para tomar el concepto de “productos similares” de conformidad con el GATT para aplicarlo en el contexto del Artículo 1102”. (Párrafo 192). México afirma que las demandantes no se encontraban en circunstancias semejantes o similares a las de los inversionistas mexicanos en la industria azucarera.

Igualmente alega que no infringe el artículo 1106.3 del TLCAN desde que “la medida en cuestión no fue impuesta a las Demandantes ni la supuesta ventaja —es decir, la

exención del impuesto- se otorgó jamás a las Demandantes, sino tan sólo en relación con los embotelladores, que no tenían participación alguna en la propiedad de ALMEX”. El demandado alega que “la ventaja no se otorga “en relación con una inversión” en el sentido del Artículo 1106.3. Por lo tanto, la esencia de la controversia de las Partes respecto de la aplicación del Artículo 1106.3 al presente caso se relaciona con la interpretación de esta disposición. Las Demandantes creen que el Artículo 1106.3 tiene por objeto alcanzar requisitos de desempeño vinculados con todas las inversiones en el territorio de una de las Partes, es decir, México; en tanto que el Demandado sostiene que el Artículo 1106.3 se refiere a los requisitos de desempeño impuestos directamente a los inversionistas de los demás Estados Miembros” (Párrafo 218).

Respecto a la alegación de la expropiación, México afirma que “la supuesta afectación no fue ni grave ni permanente. En todo momento las demandantes mantuvieron la propiedad y el control de la inversión, y los efectos económicos del Impuesto no fueron suficientes en grado ni en duración como para equivaler a una incautación o expropiación” (Párrafo 109). En este sentido, “la reclamación por expropiación carece de fundamento porque el presunto perjuicio no fue ni sustancial ni permanente... El grado de interferencia ocasionado por el Impuesto a la inversión de las Demandantes no constituye una expropiación indirecta porque: i) los inversionistas mantuvieron la plena propiedad y control de su inversión en ALMEX; ii) los inversionistas continuaron en plena posesión y control de su producción, ventas y distribución de JAMF” (párrafos 234 y 235).

Como consecuencia de las alegaciones de la Demandante acerca de los daños y perjuicios, México señala que “el Tribunal no tiene competencia para aceptar reclamaciones de AMD y TLIA por los beneficios que, según ellas, perdieron directamente como consecuencia de su incapacidad de exportar bienes a través de las fronteras... Si el tribunal considera que el Impuesto viola alguna disposición del Capítulo XI, el régimen de daños sólo debería aplicarse a algunos tipos de inversión y no a pérdidas que tal vez podrían sufrirse en la comercialización de bienes y servicios a través de las fronteras. Según la posición del Demandado, la indemnización no debería comprender el lucro cesante en relación con la disminución de ventas en los Estados Unidos” (párrafo 256). En este contexto, el demandado señala que “hay un régimen diferente en el marco de la Sección A del Capítulo XI en lo que se refiere a la indemnización en caso de expropiación y compensación aplicable a cualquier otro incumplimiento de una obligación sustancial en virtud de la Sección A” (párrafo 261).

c. El Tribunal arbitral decide analizar cada uno de los artículos mencionados y así concluye:

Respecto al artículo 1102 del TLCAN el tribunal inicia señalando que “la función básica de esta disposición es proteger a los inversionistas extranjeros *vis-á-vis* las reglamentaciones internas que otorguen un trato más favorable a los inversionistas nacionales. La obligación de trato nacional contemplada en el Artículo 1102 constituye la aplicación de la prohibición general de discriminación basada en la nacionalidad, incluida la discriminación tanto de *jure* como de *facto*. La primera se refiere a medidas que aparentemente tratan a las entidades de manera diferente, en tanto que la última com-

prende medidas que aparentemente son neutras pero que conllevan un trato diferenciado.” (párrafo 193). En este contexto el tribunal arbitral considera oportuno analizar la cuestión de las “circunstancias similares” antes que la cuestión del “trato no menos favorable”, porque si las circunstancias no son “similares”, no surgía obligación alguna para el Estado Demandado de otorgar a la inversión de las Demandantes en el JMAF el trato más favorable otorgado a las inversiones mexicanas en el azúcar de caña”. El tribunal aborda determinar qué significa “circunstancias similares”. En este contexto, el tribunal afirma en el párrafo 197 que “la aplicación de la norma de trato nacional entraña una medida comparativa, y todas las “circunstancias” en las que se acordara el trato deben tenerse en cuenta a fin de identificar el comparador adecuado”. El tribunal arbitral alegando, entre otros, el caso *S.D. Myers Inc. vs. Canadá* afirma que “las entidades nacionales “circunstancias similares” cuyo trato debe compararse son las egresas que funcionan en el mismo sector, lo que debe interpretarse de manera amplia para incluir los conceptos de “sector económico” y “sector empresarial”. Igualmente, recurriendo al caso *Pope & Talbot vs. Canadá* el tribunal sigue con la idea de que debe centrarse en el sector empresarial y económico como comparador adecuado (Párrafo 198). Por último recurre al caso *Feldman* en el cual el tribunal determinó que “el universo de empresas en circunstancias similares abarca las empresas de propiedad local y propiedad extranjera que se dedican al mismo negocio” (Párrafo 200). Los casos anteriores le sirven al presente tribunal para afirmar que “ALMEX y la industria azucarera de México se encuentran en circunstancias similares. Ambas forman parte del mismo sector, compiten de manera directa en el suministro de edulcorantes al mercado de refrescos y alimentos procesados” (Párrafo 201). A lo anterior añade que “a pesar del hecho de que los productores de fructosa y de azúcar de caña no son comparadores idénticos, aunque compitan de manera directa en el mismo mercado, el Tribunal opina que cuando no existen comparadores idénticos, el inversor extranjero puede compararse con comparadores menos similares, cuando las circunstancias generales del caso indiquen que se encuentran e circunstancias similares” (párrafo 202). Lo anterior lleva al tribunal, basándose principalmente en el caso *Methanex*, a sostener que “en consecuencia, los sujetos adecuados de comparación en el presente caso son los productores de azúcar de caña de México, puesto que compiten de manera directa con las Demandantes en el suministro de edulcorantes a la industria productora de bebidas y jarabes y que se encuentran sujeta a Impuesto” (Párrafo 204).

Lo anterior le lleva a enfrentar un segundo interrogante derivado y concatenado del anterior que determina el concepto de “trato discriminatorio”. En este tenor, el tribunal sostiene que la discriminación por nacionalidad se demuestra cuando al inversor extranjero se le otorga injustificadamente un trato menos favorable que a los inversores nacionales en las mismas circunstancias. Así determina que “el Impuesto se aplicó de manera indirecta a los edulcorantes distintos del azúcar de caña... el JMAF fue sometido a un régimen fiscal más gravoso que aquel al que se encuentran sometidos los productos nacionales similares (azúcar de caña). El azúcar de caña era el único edulcorante exento del Impuesto” (párrafo 206). Esto le lleva a afirmar que

el Impuesto estableció claramente un régimen fiscal distinto para dos grupos de refrescos y jarabes... el criterio establecido por la legislación mexicana para dividir los refrescos y jarabes en estos dos grupos es si están endulzados con azúcar de caña o con edulcorantes distintos del azúcar de caña, como el azúcar de remolacha... el Impuesto no hacía distinción entre azúcar de caña extranjera o mexicana... el Impuesto tenía desde el principio por objeto brindar protección a la industria mexicana del azúcar de caña... La producción mexicana de edulcorantes para refrescos y jarabes se concentra en el azúcar de caña, en tanto que la industria del JMAF en México está controlada por inversionistas de los Estados Unidos, incluidas ALMEX y las Demandantes... En el presente caso, tanto la intención como los efectos del Impuesto revelan la naturaleza discriminatoria de la medida. El Tribunal...ha llegado a la conclusión de que el Impuesto se sancionó con el fin de proteger a la industria azucarera en México frente a los competidores extranjeros que producen JMAF (párrafos 208 a 212).

Por lo anterior el Tribunal determina que “la Modificación del IEPS resultó en la aplicación de impuestos distintos a productos en competencia directa (JMAF y azúcar de caña), lo que constituye un trato discriminatorio y contrario al principio de trato nacional consagrado en el Artículo 1102” (párrafo 212 *in fine*).

Respecto al artículo 1106 del TLCAN el tribunal determina que “el poder legislativo de México otorgó una ventaja –la exención del impuesto- condicionada al uso del azúcar de caña en lugar de cualquier otro edulcorante, colocando a las Demandantes en desventaja comparativa frente a los productores de azúcar de México. El requisito de desempeño en el presente caso consiste en la exigencia de utilizar azúcar de caña en lugar de JMAF de las Demandantes para poder beneficiarse con la exención del impuesto... a pesar del hecho de que el Impuesto otorgaba ventajas a la industria azucarera en general, sin distinguir entre inversionistas nacionales y extranjeros en esa industria, la realidad demuestra que la industria azucarera de México es fundamentalmente nacional” (párrafos 222 a 224). Por lo anterior el tribunal determina que “tanto la estructura de la industria azucarera de México como la intención básica del Impuesto otorgaban ventajas a la industria azucarera de México. Estas ventajas –consistentes en la exención del Impuesto– se brindaron en relación con la inversión de las Demandantes en México puesto que tuvieron un efecto perjudicial en la rentabilidad de la inversión de las Demandantes. Como estas ventajas están condicionadas al uso exclusivo de azúcar de caña... y discriminan contra la industria del JMAF en la que las Demandantes han realizado su inversión, el Impuesto infringe lo dispuesto en el Artículo 1106.3 del TLCAN” (párrafo 227).

Respecto a tercer y último punto que se refiere a la expropiación en virtud del artículo 1110 del TLCAN, el tribunal señala que “el concepto de expropiación puede entenderse en sentido estricto –cuando hay una enajenación directa del título de propiedad –aunque también se aplica de la misma manera a la expropiación indirecta, es decir, a las medidas del Estado que no tienen por objeto directo la expropiación de una inversión, pero sí efectos equivalentes. La expropiación puede tener lugar a través de medidas del Estado distintas de la expropiación directa de bienes tangibles, como los impuestos. Cuando ocurre dicha interferencia, el título jurídico de propiedad continúa estando a nombre del

propietario pero, como resultado de la medida el Estado receptor, los derechos del inversor a hacer uso del bien de que se trata devienen ineficaces, o carecen del valor económico que antes tenían” (párrafo 238). Las demandantes determinan que los efectos del impuesto las privaron del valor económico de la inversión e interfirieron en sus expectativas. Así afirman que “la naturaleza discriminatoria del Impuesto es para las Demandantes otra indicación de que el Impuesto es una medida expropiatoria” (párrafo 239). Lo anterior le lleva a determinar que “tan sólo la pérdida de control de la inversión o la pérdida sustancial de su valor económico puede equivaler a una expropiación indirecta” (párrafo 242). Continúa en su justificación señalando que “en cuanto a la intensidad de la medida, una primera indicación de si hubo o no expropiación es si el inversor perdió el control de la inversión al perder los derechos de propiedad o administración, aunque el título jurídico no se viera afectado” (párrafo 244). Respecto a este punto y recurriendo a los casos de *Pope & Talbot* y *Feldman* asegura el tribunal que no hubo expropiación de activos físicos como tampoco hubo expropiación indirecta de la inversión de las Demandantes, de la Empresa o de ALMEX. Lo anterior se afirma desde que el Impuesto no privó a las Demandantes de los derechos fundamentales de propiedad o administración de su inversión desde que éstas mantuvieron siempre el título y posesión de su inversión, teniendo el control de la producción, venta y distribución de los productos de ALMEX (Párrafo 245). Otro criterio relativo a la intensidad es “si la medida del Estado receptor afecta a la mayor parte del valor económico de la inversión o hace que devenga ineficaz el uso óptimo de ella desde el punto de vista económico... En el presente caso, el objeto de la presunta expropiación son los beneficios que ALMEX habría generado entre el 1 de enero de 2002 y el 31 de diciembre de 2006 adoptado el Impuesto, incluidas las ventas no realizadas en México de JMAF... el Impuesto no fue lo suficientemente restrictivo como para respaldar claramente la conclusión de que la medida tuvo efectos similares a los de una expropiación” (párrafo 246). Así, siguiendo el caso *Metalclad* afirma que en este caso la conducta de México al sancionar el impuesto no equivalía a una expropiación. En este sentido afirma que

el Impuesto no impidió el pleno desarrollo de las actividades de ALMEX en México. Después de entrar en vigor el Impuesto, ALMEX continuó produciendo y distribuyendo sus productos derivados de la molinería de maíz en húmedo. En la actualidad, ALMEX continúa desarrollando operaciones y ha reanudado su producción y distribución de JMAF en México... Por consiguiente, los criterios para determinar la existencia de una expropiación según el Artículo 1110 no pueden considerarse en abstracto ni basarse exclusivamente en el lucro cesante de las Demandantes, que no constituye necesariamente un criterio suficiente para establecer la existencia de una expropiación. A fin de plantear una reclamación por expropiación, las demandantes deben haber establecido que los efectos de la medida fueron de la intensidad y duración anteriormente indicadas. Como no se ha establecido la intensidad necesaria de los efectos resultantes del Impuesto... no es necesario que el Tribunal analice si México interfirió con la inversión durante un período significativo de tiempo... en opinión del Tribunal, este no es un caso de expropiación. Las Demandantes sostienen que la naturaleza expropiatoria del Impuesto se ve confirmada por el hecho de que el Impuesto era

discriminatorio y también interfería con las expectativas legítimas y razonables respecto de los beneficios económicos a obtenerse del uso y goce de la inversión... por las razones expuestas, de los hechos probados no resulta que en el presente caso se haya producido una expropiación por parte de México de la inversión de las Demandantes en ALMEX, ni una medida equivalente a una expropiación en el sentido del Artículo 1110 del TLCAN (párrafos 248 a 252).

Determinado lo anterior, el Tribunal analiza el punto de los daños y perjuicios y en este tenor afirma que “el Impuesto constituye un incumplimiento por parte de México de sus obligaciones en virtud de los Artículos 1102 y 1106 del Capítulo XI del TLCAN. Puesto que dicha conducta ocasionó un daño a ADM y a TLIA al perjudicar su inversión en ALMEX, México debe pagar indemnización a las primeras” (párrafo 269). El tribunal aborda cuatro puntos a la hora de emitir su decisión final. El primero de ellos es “la competencia del Tribunal para otorgar una indemnización por daños y perjuicios”. En este rubro afirma que “tiene competencia para otorgar una indemnización por daños y perjuicios, incluido el lucro cesante sufrido por ALMEX, pero no acepta las reclamaciones de ADM y TLIA por las ganancias que éstas afirman haber perdido en relación con la venta de JMAF producido fuera del territorio del Estado del Demandado... El Tribunal sólo tiene competencia para otorgar una indemnización por el perjuicio causado a las inversiones realizadas por las Demandantes en México (a través de ALMEX). Por lo tanto, las Demandantes no están facultadas para reclamar una indemnización por el lucro cesante, derivado de una pérdida de ventas del JMAF que hubiesen producido en los Estados Unidos y posteriormente exportado a México “de no haber sido por” la adopción del Impuesto, ya que no sufrieron dichas pérdidas en su calidad de inversionistas en México” (párrafos 270 y 274). El segundo punto que aborda versa en torno a “los principios que deben regir el otorgamiento de la indemnización”. En este rubro parten de afirmar que “los tribunales arbitrales constituidos conforme al Capítulo XI gozan de un gran poder discrecional a la hora de establecer una metodología en el cálculo de la indemnización, puesto que el TLCAN no establece criterios específicos para el cálculo de la indemnización en casos distintos a la expropiación (párrafo 279). Al hilo de lo anterior señala que “el criterio indemnizatorio que debe aplicarse en caso de expropiación, propugnado por las Demandantes en virtud del Artículo 1110.2 del TLCAN, es que la indemnización debería ser equivalente al “valor justo de mercado que tenga la inversión expropiada” inmediatamente antes de que la medida expropiatoria se haya llevado a cabo, y los criterios de valuación incluirán “el valor corriente, el valor del activo (incluyendo el valor fiscal declarado de bienes tangibles), así como otros criterios que resulten apropiados para determinar el valor justo de mercado”. Sin embargo, por las razones antes mencionadas, el “valor justo de mercado” o “valor corriente” de ALMEX no constituye un criterio adecuado para calcular los daños, puesto que sólo se aplica a los casos de expropiación, que no es el presente caso” (párrafo 283). Por lo anterior determina que “el lucro cesante es indemnizable en la medida en que las Demandantes prueben que el daño alegado no es especulativo ni incierto, es decir, que las ganancias previstas sean probables o se hayan previsto razonablemente y no sean meramente posibles” (párrafo

285). Respecto al tercer punto que aborda en este rubro, “la cuantía de los daños y perjuicios”, menciona el tribunal que “el lucro cesante fue provocado por una pérdida de ventas; habiendo las Demandantes han presentado a lo largo del procedimiento pruebas suficientes de la caída abrupta que sufrieron sus ventas de JMAF inmediatamente después del 1 de enero de 2002, fecha de entrada en vigor del Impuesto... el Tribunal concluye que la aplicación del Impuesto afectó negativamente el negocio de las Demandantes. Lo que corresponde determinar ahora es la cuantía de los daños y perjuicios, que en el presente caso dependerá del lucro cesante que resulte probado” (párrafo 287). Determina que “el monto en concepto de daños al que se debe indemnizar a las Demandantes por el perjuicio causado como consecuencia del incumplimiento, por parte de México, de sus obligaciones en el marco del TLCAN para el período 2002-2006, asciende a 33.510.091 millones de dólares”. El último punto que aborda es el de los “intereses” y en este sentido afirma que “se calcularán para cada mes del período (31 de diciembre de 2005 hasta que se realice el pago) a una tasa equivalente al rendimiento del mes, a la tasa de interés que está más estrechamente vinculada con la unidad monetaria de las cuentas en que se otorga la indemnización... Dado que en el presente caso la indemnización se otorgará en dólares estadounidenses, corresponde aplicar la tasa de interés simple de las letras del Tesoro de los Estados Unidos” (párrafo 300).

Por todo lo anterior en el rubro de costas el tribunal determina que “el presente arbitraje resulta equitativo que cada parte soporte la mitad de las costas del arbitraje, incluidos los honorarios y los gastos del Tribunal de Arbitraje, así como los gastos y cargos de la Secretaría que determine el CIADI. Además, cada parte afrontará sus propios gastos en concepto de honorarios legales y costas relacionados con el presente proceso” (párrafo 303). Por lo que hace al rubro del LAUDO se afirma en siete puntos lo siguiente: 1. El Demandado ha incumplido el Artículo 1102 (Trato Nacional) y el Artículo 1106 (Requisitos de Desempeño) con respecto a la inversión de las Demandantes en México; 2. El Demandado no ha incumplido el Artículo 1110 (Expropiación) con respecto a la inversión de las Demandantes en México; 3. El Impuesto adoptado por el Demandado no constituye una contramedida válida con arreglo al TLCAN y las normas de derecho internacional aplicables; 4. El Demandado deberá pagar a las Demandantes la suma de US\$33.510.091 (treinta y tres millones quinientos diez mil noventa y un dólares de los Estados Unidos de América) en concepto de principal; 5. El Demandado deberá pagar a las Demandantes intereses sobre la suma mencionada en el párrafo 4, que antecede, por cada mes del período que abarca desde la fecha en que se calcularon los daños y perjuicios (31 de diciembre de 2005 y, para los daños y perjuicios reclamados para 2006, desde finales de ese año) hasta que el pago se realice efectivamente, a una tasa equivalente al rendimiento del mes, a la tasa de interés simple de las letras del Tesoro de los Estados Unidos; 6. Se rechazan todas las demás reclamaciones de indemnización; 7. Cada parte deberá soportar sus propios gastos y soportar en partes iguales los gastos del Tribunal y la Secretaría” (párrafo 304).

Para cerrar el repaso a este caso podemos mencionar que de la lectura de este último laudo emitido en contra de México se extraen lógicas conclusiones para cada una de

las partes. La primera conclusión, intentando explicar la postura estatal, señalamos que era de esperar que México protegiera un producto importante, como lo representa el azúcar, aunque fuera por la vía de la imposición de un nuevo impuesto, el denominado IEPS, que gravaba con un 20% a su producto competidor, esto es, la fructosa. Lo anterior se afirma después de leer en el laudo que México es el país con más alto de índice *per cápita* de consumo de bebidas carbonatas. Así, la entrada de la fructosa suponía un fuerte competidor al azúcar a tal grado que podría llegar a desplazarla del mercado. Lo anterior supone un impacto no sólo social, por el número de personas que emplea, sino también económico, por las grandes cantidades de azúcar que México consume. No era de extrañar que el sector azucarero se sintiera amenazado desde que este producto tiene un difícil y delicado almacenamiento, lo cual repercute en su precio respecto a la fructosa, pero cuyo sabor, color y textura es igual en ambos productos. Era lógico que México reaccionara y tomara medidas para proteger el azúcar de la entrada de la fructosa. La segunda conclusión en un intento de justificar la postura de las Demandantes, es que era igualmente de esperar que las actoras iniciaran un procedimiento ante el CIADI tras la imposición de un nuevo impuesto. En este caso, a diferencia de otros como por ejemplo Waste Management, no se aprecia que hubo una mala elección de mercado por parte de los inversionistas con el consiguiente riesgo y posible pérdida de dinero, que lleva implícita una inversión. En este caso se aprecia una maniobra estatal (esperada) imponiendo un nuevo e inesperado impuesto que sin duda discriminaba a la fructosa respecto del azúcar.

Si bien podemos intentar explicar el por qué de la actitud estatal, también podemos explicar la de las partes actoras. El Estado protege la competitividad de un producto importante, social y económicamente hablando, mientras que las demandantes intentan proteger su inversión eliminando cualquier discriminación que provenga del Estado, incluso en forma de impuesto. El resultado es la crónica de una condena anunciada.

2.3. Las implicaciones de la falta de ratificación del convenio de Washington en su relación con el TLCAN

El punto de partida de nuestras afirmaciones se centra en el otorgamiento del consentimiento estatal al CIADI, vía Convenio de Washington, en el Capítulo XI del TLCAN. Así las cosas, no cabe desconocer que el acceso al CIADI, vía Convenio de Washington, es uno de los tres mecanismos contemplados para la resolución de controversias entre un Estado y un inversor extranjero en el marco del Capítulo XI del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN, en adelante). Nos referimos, en concreto, al artículo 1120 del TLCAN el cual a la letra dice: “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 a 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”. (Las cursivas son mías). 2. Las reglas aplica-

bles al procedimiento arbitral seguirán ese procedimiento salvo en la medida de lo modificado en esta sección”.

Entendemos que no es admisible que México ofrezca una vía de solución de controversias en materia de inversiones que no puede recorrerse por completo por no tener ratificado el Convenio de Washington y, por ende, no cumplir con los tres requisitos *cumulativos* contemplados en el artículo 25 del mencionado instrumento convencional. Nos referimos a que el artículo 25 solicita el cumplimiento de tres requisitos: el material (inversiones), el personal (un inversor y un Estado) y el consensual (ratificación del Convenio de Washington más la firma de un contrato, de un BIT o de una Ley de inversiones).

El hecho de que México ofrezca el CIADI, vía Convenio de Washington, sin tener ratificado este último instrumento convencional, nos resulta, cuando menos, llamativo. Así, consideramos que no se debe ofrecer una vía de resolución de controversias cuando es notoria la imposibilidad de recurrir a la misma por incumplimiento de los requisitos *sine qua non*.

2.4. Las implicaciones de la falta de ratificación del convenio de washington en su relación con los bits

México cuenta en la actualidad con casi una treintena de BITs con sus principales socios inversores, tal y como se desprende del siguiente listado.⁵⁴ En esta lista encontramos a: Alemania,⁵⁵ Argentina,⁵⁶ Australia,⁵⁷ Austria,⁵⁸ Corea,⁵⁹ Cuba,⁶⁰ China, Dinamarca,⁶¹ España,⁶² Finlandia,⁶³ Francia,⁶⁴ Grecia,⁶⁵ India,⁶⁶ Islandia,⁶⁷ Italia,⁶⁸ Países Bajos,⁶⁹ Panamá,⁷⁰ Portugal,⁷¹ Reino Unido,⁷² República Checa,⁷³ Suecia,⁷⁴ Suiza,⁷⁵ Trinidad y

54 Véase esta información en www.economia.gob.mx

55 La entrada en vigor de este BIT se cifra el 23 de febrero de 2001.

56 La entrada en vigor de este BIT se cifra el 22 de julio de 1998.

57 La entrada en vigor de este BIT se cifra el 18 de julio de 2007.

58 La entrada en vigor de este BIT se cifra el 26 de marzo de 2001.

59 La entrada en vigor de este BIT se cifra el 28 de junio de 2002.

60 La entrada en vigor de este BIT se cifra el 29 de marzo de 2002.

61 La entrada en vigor de este BIT se cifra el 23 de septiembre de 2000.

62 La entrada en vigor de este BIT se cifra el 18 de diciembre de 1996; este instrumento se renegocia y entra en vigor nuevamente el 4 de abril de 2008.

63 La entrada en vigor de este BIT se cifra el 21 de agosto de 2000.

64 La entrada en vigor de este BIT se cifra el 11 de octubre de 2000.

65 La entrada en vigor de este BIT se cifra el 17 de septiembre de 2002.

66 La entrada en vigor de este BIT se cifra el 23 de julio de 2008.

67 La entrada en vigor de este BIT se cifra el 28 de abril de 2006.

68 La entrada en vigor de este BIT se cifra el 4 de diciembre de 2002.

69 La entrada en vigor de este BIT se cifra el 1 de octubre de 1999.

70 La entrada en vigor de este BIT se cifra el 14 de diciembre de 2006.

71 La entrada en vigor de este BIT se cifra el 4 de septiembre de 2000.

72 La entrada en vigor de este BIT se cifra el 25 de julio de 2007.

73 La entrada en vigor de este BIT se cifra el 14 de marzo de 2004.

74 La entrada en vigor de este BIT se cifra el 1 de julio de 2001.

75 La entrada en vigor de este BIT se cifra el 11 de marzo de 1996.

Tobago,⁷⁶ Unión Belgo-Luxemburguesa⁷⁷ y Uruguay.⁷⁸ En la página de la secretaría de Economía aparece como pendiente de negociación el BIT con Eslovaquia.

Del listado ofrecido se observa que México tiene una importante red de Convenios Bilaterales firmado principalmente con sus principales socios económicos.

En este apartado queremos hacer una crítica parecida a la que hicimos en el anterior respecto al TLCAN. En este sentido nos preguntamos cómo se conjuga la inserción en los Tratados Bilaterales del CIADI, como una vía de solución de controversias, si no se tiene ratificado el Convenio de Washington. Creemos que existe una falta de sintonía entre lo que se ofrece en los BITs y la falta de ratificación del Convenio de Washington por parte de la República Mexicana.

No queremos más que suscitar a la reflexión con estas dos afirmaciones de falta de coherencia entre el TLCAN y los BITs y la falta de ratificación del Convenio de Washington; en este sentido, queremos poner sobre la mesa la actuación de armonía que han llevado Ecuador y Bolivia respecto a la revisión de los BITs necesaria tras su renuncia a este foro internacional.

En este sentido, Ecuador, al afirmar que no reconoce la jurisdicción del CIADI ni la competencia de los tribunales arbitrales que se conformaran en su interior, llegó a declarar que debería revisar y reestructurar los BITs que tiene firmados con algunos Estados latinoamericanos como Chile, Perú, Argentina, Bolivia y Venezuela,⁷⁹ con Canadá, Francia, España, Reino Unido, Holanda, Suiza, Italia, Alemania, Finlandia; de forma paralela afirmó que renunciaría al BIT que tiene firmado desde 1997 con Estados Unidos,⁸⁰ Cuba, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, República Dominicana, Paraguay, Uruguay, Rumania. Así ha sido y la revisión no se ha hecho esperar. La propuesta más sonada es la revisión del BIT con Estados Unidos desde que este tratado ha servido de base para las demandas de Occidental Petroleum (Oxy), City Oriente, Texaco y Duke Energy. Así, sabemos que “el gobierno de este país denunció convenios firmados con países amigos para la protección recíproca de inversiones porque no benefician su economía” mientras que “los otros dieciséis convenios de protección de inversiones que tiene el país están en revisión”.⁸¹

Ecuador es consciente de que la renuncia a someter al CIADI los recursos naturales de poco sirve si los BITs siguen contemplando el sistema arbitral CIADI. Así, como es de esperar la renuncia realizada debe ir acompañada de, cuando menos, una revisión a conciencia de los BITs. Consideramos que es una actividad complementaria, lógica y necesaria que debe acompañar a la renuncia material y parcial de someter diferencias al sistema que representa el CIADI.

76 La entrada en vigor de este BIT se cifra el 16 de septiembre de 2007.

77 La entrada en vigor de este BIT se cifra el 20 de marzo de 2003.

78 La entrada en vigor de este BIT se cifra el 1 de julio de 2002.

79 En este sentido se ha afirmado que “el análisis permitirá dejar en claro el valor de cada uno de los convenios y se hará un informe detallado para que el presidente del país, Rafael Correa, decida si mantiene los tratados, los renegocia o los denuncia”. Véase <http://abogados.infobaeprofesional.com/notas/60854>.

80 <http://abogados.infobaeprofesional.com> revisado el 23 de enero de 2008.

81 <http://abogados.infobaeprofesional.com/notas/60854>.

De parecido tenor encontramos a Bolivia quien también enfrenta una revisión a conciencia de los tratados bilaterales que en materia de inversión extranjera tiene firmados y ratificados. Bolivia tiene, de conformidad con la información facilitada por el Banco Mundial, dieciocho Tratados Bilaterales de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, de los cuales tiene en vigor el BIT celebrado con Argentina,⁸² Alemania,⁸³ Italia,⁸⁴ Países Bajos,⁸⁵ Perú,⁸⁶ España,⁸⁷ Suecia,⁸⁸ Suiza⁸⁹ y Reino Unido;⁹⁰ y únicamente firmado con: Unión Belgo-Luxemburguesa,⁹¹ Cuba,⁹² Dinamarca,⁹³ Ecuador,⁹⁴ Francia,⁹⁵ Corea,⁹⁶ Rumania.⁹⁷ Afirmamos que es un efecto en cadena la renuncia de Bolivia al CIADI y la revisión de los BITs. Un paso más allá (y más ambicioso) sería que prosperara la admisión de un recurso de inconstitucionalidad por la Comisión de Admisión del Tribunal Constitucional boliviano contra las leyes que ratificaron la adhesión de Bolivia a los BITs suscritos con Argentina (Ley Núm. 1594), Países Bajos (Ley Núm. 1586), Francia (Ley Núm. 1535), Gran Bretaña (Ley Núm. 1132), España (Ley Núm. 2360) y Estados Unidos (Ley Núm. 1897). El origen se remonta al 10 de mayo de 2006 cuando el Tribunal Constitucional declaró constitucionales las mencionadas leyes. La razón alegada para la interposición de este recurso de inconstitucionalidad es el privilegio que se concede al inversor extranjero sobre el nacional de someterse a un Centro Internacional para solventar sus disputas con exclusión de los Tribunales nacionales bolivianos a los que se verían sometidos irremediabilmente los inversores nacionales. El privilegio que representa el sometimiento a un foro internacional contraría los artículos 135⁹⁸, 116⁹⁹ y 228¹⁰⁰ de la Constitución Boliviana.

82 1 de mayo de 1995.

83 9 de noviembre de 1990.

84 22 de febrero de 1992.

85 1 de noviembre de 1994.

86 19 de febrero de 1995.

87 12 de mayo de 1992.

88 3 de julio de 1992.

89 13 de mayo de 1991.

90 16 de febrero de 1990.

91 25 de abril de 1990.

92 6 de mayo de 1995.

93 12 de marzo de 1995.

94 25 de mayo de 1995.

95 25 de octubre de 1989.

96 1 de abril de 1996.

97 9 de octubre de 1995.

98 el artículo 135 Constitucional establece: "todas las empresas establecidas para explotaciones, aprovechamiento o negocios en el país se considerarán nacionales y estarán sometidas a la soberanía, a las leyes y a las autoridades de la República".

99 el artículo 116 de la Constitución señala que "el Poder Judicial se ejerce por la Corte Suprema de Justicia, el Tribunal Constitucional, las Cortes Superiores, tribunales y jueces de instancia y tribunales y juzgados que establece la ley, sin que puedan establecerse tribunales o juzgados de excepción".

100 el artículo 228 constitucional afirma que "la Constitución Política del Estado es la Ley Suprema del ordenamiento jurídico nacional. Los tribunales, jueces y autoridades la aplicarán con preferencia a las leyes, y éstas con preferencia a cualesquiera otras resoluciones".

III. Conclusiones

Hemos pretendido en estas breves líneas ver que México no está en la mejor de las posiciones ante el CIADI por la falta de ratificación del Convenio de Washington. Lo anterior se refleja en la poca coherencia entre esta ausencia y la previsión del CIADI, vía Convenio de Washington, tanto en el TLCAN y los numerosos BITs que México tiene en su haber. Así, nuestro primer propósito es animar a México a que ratifique el Convenio de Washington o, de lo contrario, y de seguir con la actual situación, que revise los BITs y el TLCAN con el único propósito de armonizar la situación convencional mexicana en el plano de la protección y protección recíproca de las inversiones.

El segundo propósito de estas líneas es poner sobre la mesa las distintas propuestas que se están manejando en el plano Latinoamericano para ver si México compartirá o no alguna de ellas: la creación de un nuevo foro latinoamericano, o la creación de foros nacionales destinado al conocimiento en exclusiva de estas controversias.

Los dos propósitos anteriores nos llevan a tratar tangencialmente la situación por la que están atravesando tres Estados latinoamericanos, Argentina, Ecuador y Bolivia, tres casos contextualizados por motivos y razones diferentes. Argentina por la avalancha de casos que tiene en su marcador, Bolivia por la retirada del CIADI y su posible repercusión en la recepción de capital extranjero y Ecuador y su retirada camuflada del CIADI y su propuesta líder de crear un nuevo foro.

De todo lo anterior consideramos que sea cual sea el final de esta historia la discusión está servida y la reflexión proporcionada.

IV. Bibliografía

González de Cossío, F.: "The Mexican Experience with Investment Arbitration", *The Journal of World Investment*, vol. 3, Núm. 3, 2002.

-----"The International Centre for Settlement of Investment Disputes- The Mexican Experience", *Journal of International Arbitration*, vol. 19, Núm. 3, 2002.

-----"Aportación de México al arbitraje de inversión", *AMDI*, vol. VI, 2006.

-----"México ante el Arbitraje CIADI ¿prudente o rebelde?", publicado en su página personal, 2008.

Rodríguez Jiménez, S.: México y el sistema arbitral del centro internacional de arreglo de diferencias en materia de inversiones (CIADI): el mecanismo complementario", *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, México, 2005.

-----"Los tratados bilaterales de promoción y protección recíproca de inversiones como vía de acceso al CIADI", *DeCita, inversiones extranjeras*, Zavalia, Argentina, 03. 2005.

- “Cooperación juez – árbitro respecto a las medidas provisionales en el ámbito del Convenio de Washington de 18 de marzo de 1965”, *Tendencias actuales del Derecho Mercantil Internacional*, Madrid, España, 2005.
- “La actual crisis del CIADI en la Argentina. Su posible declaración de inconstitucionalidad”, *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, año 39, Lexis-Nexis, Argentina, 2006.
- El sistema arbitral del CIADI*, Porrúa-Universidad Iberoamericana- IJJ-UNAM, 2006.
- “¿Violaciones contractuales o convencionales? La tendencia en los tribunales arbitrales CIADI”. Estudios sobre contratación internacional, Universidad Carlos III, Madrid, España, 2006.
- “El arbitraje en inversiones en Latinoamérica: Los casos de Argentina y México”, en *Arbitraje Comercial Internacional*, González Martín, N. y Rodríguez Jiménez, S. (Coord.), Porrúa-IJJ, México, 2007.
- “Tres casos latinoamericanos ante el CIADI: Argentina, México y Ecuador” publicado en el libro homenaje al Profesor Rodolfo Cruz Miramontes, en prensa.
- “El CIADI frente a Argentina, México, Ecuador y Bolivia. Una actualización”, en *Memorias del Foro de Arbitraje en Materia de Inversiones*, IJJ-UNAM, México, en prensa.

www.diariojudicial.com
www.worldbank.org/icsid
www.mx.news.yahoo.com
www.abogados.infobaeprofesional.com
www.nacionhumana.org
www.rebellion.org
www.economia.gob.mx