

ADRIAN MAGALLANES PEREZ

La legalidad en la Inversión
como Presupuesto Procesal
en el Arbitraje Inversionista - Estado



CAEI *Centro
Argentino de
Estudios
Internacionales*

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I	5
LA INVERSIÓN EXTRANJERA Y SU PROTECCIÓN	5
A. Concepto de Inversión Extranjera en el Contexto Internacional – Inversión Extranjera Directa e Indirecta.	5
B. La Protección de la Inversión Extranjera.	9
a) La Doctrina Clásica.....	10
b) Las Posturas de los Países Desarrollados y en Vías de Desarrollo. ...	11
c) El Surgimiento de un Marco Jurídico Internacional Consensuado y Paradójico.....	12
C. México y la Protección a la Inversión Extranjera.	18
a) Etapa Casuística.....	19
b) Etapa Regulatoria.	22
c) Etapa Liberal.....	23
d) Etapa de Apertura.....	25
CAPÍTULO II	33
LOS APPRIS Y LOS CAPÍTULOS SOBRE INVERSIÓN CONTENIDOS EN TRATADOS DE LIBRE COMERCIO.	33
A. Características Generales.....	33
a) Finalidad o Motivo Determinante.	33
b) Alcance.	34
c) Obligatoriedad.	35
d) Ámbitos de Validez de los Acuerdos de Protección a la Inversión.	35

1.	Ámbito Material de Validez.....	37
2.	Ámbito Personal de Validez.....	39
3.	Ámbito Temporal de Validez.....	43
4.	Ámbito Espacial de Validez.....	46
B.	Efectos Jurídicos (Contenido Obligacional).....	47
a)	Normas de Tratamiento Relativo.....	48
1.	El Trato Nacional.....	48
2.	El Trato de Nación más Favorecida.....	49
3.	El Nivel de Trato.....	50
4.	Prohibición de Requisitos de Desempeño.....	51
5.	<i>Umbrella Clause</i> o Cláusula de Condiciones más Favorables.....	52
b)	Normas de Tratamiento Absolutas.....	53
c)	Normas de Protección.....	57
1.	Indemnización Justa, Pronta y Adecuada.....	57
2.	Libertad de Transferencias.....	60
3.	El Acceso al Arbitraje Internacional.....	61
C.	Los Modelos de Acuerdos en Materia de Protección a la Inversión Extranjera.....	64
a)	El Modelo de los Estados Unidos de América y el Modelo de la OCDE (MIA).....	65
b)	Los Modelos de Acuerdos de Inversión referidos por la UNCTAD.....	66
1.	Modelo de Control.....	67
2.	Modelo de Liberación Selectiva.....	68
3.	Modelo de los Programas Regionales de Industrialización.....	69
4.	Modelo de Trato Nacional Mutuo.....	69
5.	Modelo Combinado de Trato Nacional y de Trato de Nación más Favorecida (Lista Negativa).....	70
c)	El Modelo utilizado por México y la Incorporación de la “Cláusula de Conformidad con la Legislación”.....	70

CAPÍTULO III 75**ARBITRAJE INVERSIONISTA / ESTADO Y COMPETENCIA DEL TRIBUNAL 75****A. El Arbitraje Internacional como Mecanismo de Solución de Controversias entre Inversionistas y Estados..... 75****a) Peculiaridades de los Conflictos y del Arbitraje entre Inversionistas y Estados..... 75****b) El Sistema del CIADI como Mecanismo Especializado para Solución de Conflictos de Inversión..... 77****1. Antecedentes y Situación Actual del CIADI. 77****2. Ventajas del Arbitraje Seguido bajo la Convención de Washington. ... 79****c) Los Mecanismo Arbitrales Adoptados por México en la Materia. 82****B. La Jurisdicción o Competencia en el Arbitraje de Inversión. 85****a) Consideraciones en la Determinación de la Competencia del Tribunal Arbitral. 89****1. Jurisdicción “*ratione voluntatis*”..... 89****2. Jurisdicción “*ratione personae*”..... 92****3. Jurisdicción “*ratione materia*”..... 94****b) El principio “*Kompetenz – Kompetenz*”..... 95****c) El Análisis “*prima facie*” de la Incompetencia del Tribunal Arbitral. 97****CAPÍTULO IV 99****LA LEGALIDAD EN LA INVERSIÓN COMO PRESUPUESTO PROCESAL 99****A. La Función Prevista y la Función Propuesta de la “Cláusula de Conformidad con la Legislación”..... 99****B. Reinterpretación y Principios Generales de Derecho..... 101****a) El Orden Público Internacional y la Lucha Contra la Corrupción. 102****b) La Buena Fe (Artículo 31 de la Convención de Viena). 109**

c) “ <i>Nemo Auditur Propiam Turpitudinem Allegance</i> ” y otros Principios. 112	112
d) La Justicia en la Interpretación. 115	115
e) La Interpretación Sistemática y El Principio de Obligatoriedad – “ <i>Pacta Sunt Servandae</i> ”. 117	117
f) Interpretación Gramatical de la “Cláusula de Conformidad con la Legislación” 119	119
 C. Consideraciones Jurídicas en la Aplicación de la Interpretación Propuesta. 120	120
a) La Naturaleza y Gravedad del Acto de Corrupción..... 121	121
1. La Vinculación entre el Acto de Corrupción y la Realización de la Inversión. 123	123
2. La Gravedad de la Ilegalidad. 124	124
3. La Vinculación de la Inversión y del Acto de Corrupción con el Acto Estatal Violatorio del Acuerdo. 125	125
b) La Calificación de la “Legalidad” en la Inversión..... 127	127
 D. La Relevancia y Utilidad de Nuestra Tesis en las Relaciones Inversionista – Estado. 128	128
 CONCLUSIONES..... 131	131
BIBLIOGRAFÍA..... 136	136

INTRODUCCIÓN

La inversión extranjera, así como su regulación, son temas que para una comprensión integral deben ser estudiados desde ámbitos económicos, políticos, sociales y jurídicos. El presente trabajo abordará únicamente el último de estos ámbitos y lo hará desde la perspectiva de los derechos de protección que los Estados confieren a las inversiones provenientes del exterior, centrandolo su estudio en el derecho que el inversionista extranjero tiene para acceder a la jurisdicción de los tribunales arbitrales internacionales como mecanismos imparciales para la solución de sus conflictos con el Estado.

A través de esta tesis se pretende realizar un planteamiento novedoso y útil en base a una reinterpretación de la denominada “*cláusula de conformidad con la legislación*” contenida en el modelo de Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones calificado por la Conferencia de Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) como el “*modelo de control*”, mismo que ha sido adoptado en numerosas ocasiones por el Estado mexicano y por otros países del orbe al celebrar esta clase de acuerdos y capítulos de inversión contenidos en tratados de libre comercio.

Esta nueva interpretación se realiza a partir de un caso de arbitraje real seguido ante el Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones y tiene como finalidad, con fundamento en el Orden Público Internacional y en diversos Principios de Derecho, como el de *Buena Fe*, *Pacta Sunt Servande* y *Nemo Auditor Propiam Turpitudinem Allegance*, entre otros, adecuar la aplicación de los Acuerdos para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (APPRIS) y de los diversos capítulos de inversión contenidos en los diversos tratados de libre comercio a la creciente y ya muy desarrollada política pública transnacional contra la corrupción.

Para lograr lo anterior, este trabajo se ha dividido en 4 capítulos, de los cuales, los tres primeros plantean los presupuestos conceptuales dentro de los que se enmarca el tema objeto de análisis, a fin de que éste sea desarrollado en el cuarto Capítulo para, finalmente, plantear la relevancia y utilidad práctica que esta nueva interpretación trae aparejada en las relaciones internacionales Inversionista / Estado.

En el primer Capítulo se aborda el tema del concepto de inversión extranjera en el ámbito internacional, para después analizar la manera en la que se han regulado los derechos de protección a la misma en el mundo, haciendo énfasis en las diferentes posturas asumidas por los países exportadores e importadores de capitales. Asimismo, se analiza la manera en la que México, a lo largo de su historia reciente, ha regulado los derechos de protección a los que nos referimos, haciendo especial referencia a las implicaciones de la Cláusula Calvo adoptada por el artículo 27 Constitucional.

Por su parte, en el segundo Capítulo se analiza el contenido y el alcance de los acuerdos internacionales en materia de promoción y protección de inversiones extranjeras, que establecen el marco regulatorio vigente a nivel mundial en la materia. Al realizar este análisis, se hace alusión específica a las características generales de estos acuerdos, a sus ámbitos de aplicación y a los derechos de protección a la inversión que en ellos se contienen, para lo cual, con el fin de orientar nuestro estudio al régimen jurídico adoptado por nuestro país, se emplean varios ejemplos obtenidos de los APPRIS y capítulos de inversión celebrados por México.

De la misma forma, dentro de este Capítulo segundo se hace alusión a la existencia de diversos modelos de Acuerdos de Inversión celebrados en el mundo, poniendo especial atención al modelo utilizado por los Estados Unidos de América, al proyecto de Acuerdo Multilateral propuesto por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), así como a los modelos que de

estos acuerdos han sido descritos por la UNCTAD en relación a la admisión y establecimiento de las inversiones extranjeras, especialmente al referido “modelo de control” en el que se contiene la cláusula a partir de la cual se formulará nuestro trabajo.

En el tercer Capítulo abordamos el tema de la legitimación procesal activa del inversionista extranjero para acceder al arbitraje internacional como mecanismo imparcial en la solución de sus diferencias con el Estado receptor de la inversión, haciendo especial referencia al sistema arbitral del Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), a las razones por las que México no es parte de la Convención de Washington por la que la mayoría de los países en el mundo han adoptado este sistema, así como a los mecanismos arbitrales a los que México se ha sometido para la resolución de las diferencias con sus inversionistas extranjeros. De igual forma, dentro de este Capítulo se formulan algunas consideraciones jurídicas en torno a la competencia de los tribunales arbitrales para resolver esta clase de diferencias, así como a las reglas conforme a las cuales esta competencia debe ser determinada.

Partiendo de las consideraciones expuestas a lo largo de los tres apartados anteriores, en el cuarto y último Capítulo se plantea la función que se ha conferido a la referida “*cláusula de conformidad con la legislación*” y se establece la función que mediante una interpretación extensiva se pretende dar a la misma.

La interpretación que mediante esta tesis se plantea, parte de la consideración de que el acceso al arbitraje internacional es un derecho conferido al inversionista extranjero a través de la aplicación de un acuerdo internacional, de forma tal que, si el acuerdo del que se trate no resulta aplicable al caso, el inversionista no podrá gozar de los derechos en él consignados, entre ellos, el acceso a la justicia arbitral, lo que acarrearía la consecuente incompetencia del tribunal que se hubiere constituido para resolver la controversia.

Como se observará, esta interpretación encuentra su justificación en la ausencia del consentimiento de los Estados para conferir los derechos de protección a aquellas inversiones que han sido realizadas mediante actos de corrupción, principalmente, mediante actos que impliquen cohecho, fraude, lavado de dinero o tráfico de influencias, actos que se observan con frecuencia en el mundo al momento de realizar una inversión, especialmente al tratarse de contratación pública.

En este sentido, la propuesta formulada en esta tesis tiene como finalidad, en la medida de sus posibilidades y con toda proporción guardada, coadyuvar en la lucha anticorrupción al no conferir al inversionista extranjero los derechos consignados en los acuerdos en materia de protección a la inversión cuando éstos hayan realizado la misma mediante actos de corrupción y, por ende, cuando ésta no se conforme con la legislación del Estado receptor.

Siendo este el planteamiento jurídico propuesto, la presente tesis representa la terminación de una etapa importante, por tanto, no podemos dejar pasar la oportunidad para agradecer a todas aquellas personas que han formado parte de mi preparación académica y profesional durante la misma.

En primer lugar, quiero agradecer al Dr. Claus von Wobeser quien con sus consejos y apoyo me llevó a tomar decisiones que, sin lugar a dudas, modificarán determinadamente el curso de mi carrera profesional. Muchas gracias por todo Claus.

En segundo lugar, quiero agradecer a Fernando Moreno y a Marco Tulio Venegas, mis primeros maestros en la vida profesional. Muchas gracias por su paciencia y confianza, así como por el apoyo en momentos difíciles de mi vida personal.

Por último, quiero agradecer a los maestros que durante mis 5 años de estancia en esta Escuela formaron mi criterio como abogado.

CAPÍTULO I

LA INVERSIÓN EXTRANJERA Y SU PROTECCIÓN

A. Concepto de Inversión Extranjera en el Contexto Internacional – Inversión Extranjera Directa e Indirecta.

Dentro del contexto de nuestro estudio, la determinación de lo que debe entenderse por inversión extranjera es sumamente relevante pues el concepto que de la misma se tenga a su vez determina el alcance de las obligaciones que un determinado Estado ha asumido respecto a la protección que le conceda. Así, la definición del objeto protegido delimita el alcance de la protección conferida. Sin embargo, tal y como lo ha reconocido la Conferencia de Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, no existe un concepto único o estático de lo que constituye la inversión extranjera, sino que este concepto varía en función del tiempo y del espacio, dependiendo de la naturaleza de las relaciones económicas internacionales.¹

En efecto, no es posible elaborar un concepto único de lo que ha de entenderse por inversión extranjera, toda vez que su formulación está determinada por la relación económica internacional que cada uno de los Estados sostiene con los demás países, así como de las políticas que en materia de desarrollo cada uno de estos Estados establezca hacia el exterior. Así, el concepto que un determinado Estado adopte sobre inversión extranjera podrá ser distinto al adoptado por los demás Estados y, más aún, el concepto que un mismo Estado adopte podrá ser distinto dependiendo del Estado extranjero al que está referida la inversión.

Pese a lo anterior, a fin de dar las bases a partir de las cuales podamos hacer alusión a uno de los elementos a los que nos referiremos en este estudio, es útil la

¹ UNCTAD/ITE/IIT/11 (vol. II). *Series on Issues in International Investment Agreements – Scope and Definition*, United Nations, New York and Geneva, 1999, p. 7.

amplia definición que sobre inversión extranjera formula el maestro Arellano García en los siguientes términos:

“... la inversión extranjera es la acción y efecto de colocar capital, representado en diversas formas, en país diferente de aquel en donde se obtienen los beneficios de la aplicación de recursos.”²

Partiendo de la generalidad que nos ofrece esta definición, podemos referirnos a la tradicional clasificación que sobre la inversión extranjera se ha realizado al distinguirse entre inversión directa e indirecta. Se ha sostenido que la inversión extranjera directa es aquella que se realiza generalmente mediante la constitución de sociedades en las que la cuota de capital social adquirida por el inversionista extranjero es suficiente para darle el control de la empresa³. Por su parte, la inversión que simplemente otorga al inversionista un rendimiento (sin el control de la empresa) es la considerada como indirecta, también denominada como inversión en portafolio.⁴

El elemento que busca diferenciar estas dos formas de inversión es el control que el inversionista ejerce; sin embargo, esta distinción es cada vez más difícil de identificar en función de los diversos bienes sobre los que los extranjeros pueden ejercer la propiedad y pueden llegar a considerarse como inversión. Así, ha sido propuesto otro criterio a partir del cual se puede establecer una distinción y éste es el relativo a su duración pues, por su naturaleza, la inversión indirecta o en portafolios se realiza generalmente a través de instrumentos bursátiles y, por ende, su volatilidad y permanencia en el país es generalmente menor e impredecible.

² ARELLANO GARCÍA, Carlos. *Derecho Internacional Privado*, 15ª edición, Editorial Porrúa, México, 2003, p.597.

³ Es importante precisar que si bien este criterio de distinción está referido a la participación en una determinada sociedad, dentro de la inversión extranjera directa también se comprende el establecimiento de sucursales de empresas extranjeras, la adquisición de bienes inmuebles y el ejercicio de manera habitual del comercio por personas físicas o morales extranjeras, tal y como se observará en la definición amplia que sobre inversión extranjera se refiere con posterioridad.

⁴ Véase UNCTAD/ITE/IIT/11 (vol. II), *Ob. Cit.*, p. 9.

La utilización de estos dos criterios para distinguir entre inversión extranjera directa e indirecta se hace manifiesta al observar la definición contenida en el Código de Liberalización de Movimientos de Capitales de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (misma de la que México es miembro) en la que se conceptúa a la inversión extranjera directa como *“aquella cuyo propósito es establecer relaciones económicas duraderas y que brindan la posibilidad de ejercer una administración efectiva. Esta abarca tanto operaciones realizadas en el país por no residentes, como operaciones efectuadas en el extranjero por medio de: (i) La creación o ampliación de una empresa, subsidiaria o sucursal de propiedad totalitaria; adquisición de la propiedad total de una empresa existente, (ii) la participación en una empresa nueva o existente; y (iii) un préstamo de 5 años o más.”*⁵

Como se puede observar, la referencia a la duración y a la administración efectiva (control) son los dos elementos a partir de los cuales se explican y distinguen las dos formas de inversión a las que nos referimos⁶.

Ahora bien, es menester precisar que dentro del marco jurídico internacional las formas de inversión a las que hacemos alusión son, en la inmensa mayoría de las ocasiones, únicamente doctrinarias pues las definiciones adoptadas por los diferentes países para determinar el alcance de la protección que decidan conceder a la inversión extranjera van, dependiendo de sus intereses económicos y políticas de desarrollo, desde definiciones sumamente amplias en las que se comprenden estas dos formas de inversión, hasta definiciones sumamente acotadas en las que se excluye por completo a la inversión indirecta y parcialmente a la inversión directa o viceversa.

⁵ Code of Liberalization of Capital Movements, Annex A, UNCTAD, 1996, volume II, p. 17.

⁶ Es importante mencionar que un sector de la doctrina mexicana sostiene que la inversión extranjera indirecta es aquella que tiene lugar a través de créditos otorgados entre Estados u organismos públicos y cuya finalidad es la de aumentar el gasto público. A este respecto véase CÁRDENAS GONZÁLEZ, Fernando Antonio. *Inversión Extranjera – Extranjeros y Sociedades*, editorial Porrúa, México, 2005, p. 103. SÁNCHEZ GÓMEZ, Narciso. *Las Inversiones Extranjeras en México*, editorial Porrúa, México, 2003, p. 213. y MENDÉZ SILVA, Ricardo. *El régimen de las Inversiones Extranjeras en México*, UNAM, México, 1969, p. 13, *Cit. Pos.* ARELLANO GARCÍA, Carlos. *Ob. Cit.*, p. 596.

Pese a lo anterior, en años recientes se ha observado en el mundo una tendencia generalizada por adoptar definiciones amplias de inversión en la que se incluyan, sin distinción alguna, estas dos formas de inversión. Así las cosas, el análisis de una definición amplia de inversión es sumamente útil para los propósitos de nuestro estudio.

Siguiendo a Carlos García Fernández, a través de la celebración de convenios internacionales, varios Estados han adoptado una definición amplia de inversión extranjera a través de cláusulas que señalan que la inversión comprende “*todo tipo de bienes*”⁷, cláusula a la que generalmente se sigue una lista enunciativa de cinco categorías distintas de inversión. Estas categorías son las siguientes:

- i. Bienes inmuebles y bienes raíces y cualesquiera otros derechos patrimoniales, tales como hipotecas, créditos privilegiados y garantías.
- ii. Participaciones, acciones y obligaciones de las sociedades o los intereses en los bienes de tales sociedades.
- iii. Créditos monetarios o cualquier otro crédito contractual que tenga un valor financiero.
- iv. Derechos de propiedad intelectual y el crédito mercantil.
- v. Concesiones comerciales conferidas por ley o por contrato, incluidas las concesiones para la prospección, el cultivo, la extracción o la explotación de recursos naturales.”⁸

Si bien esta definición de inversión extranjera es sumamente amplia y comprende prácticamente todos los bienes, hay un concepto importante que no comprende y que es el relativo a la “reversión”, entendiéndose por ésta, la inversión que se realiza con los rendimientos que se han obtenido de una inversión original. Este es un tema que desde nuestro punto de vista debe ser también tratado por los convenios internacionales en materia de inversión y, de hecho, en muchos de

⁷ GARCÍA FERNÁNDEZ, Carlos. *Definiciones: Inversión e Inversionista*, p.2. Este documento se encuentra disponible en: <http://www.economia.gob.mx/pics/p/p1227/p-definiciones.doc>.

⁸ *Ibid.*

ellos se prevé también su protección, siempre que se realice bajo las mismas condiciones impuestas a la inversión originalmente realizada.⁹

Partiendo de definiciones amplias como a la que hemos hecho alusión, dependiendo de sus políticas de desarrollo económico, los diferentes Estados han ido acotando su concepto de inversión extranjera para efectos de la protección que en un momento dado decidan reconocerle. Muchas de estas restricciones están referidas a aspectos temporales y/o geográficos, así como también a la clase de bienes que comprenden, a sus volúmenes, a determinados sectores de la economía e, incluso, a los sujetos que realizan la inversión.

La única forma de establecer un concepto único de inversión extranjera es a través de un análisis casuístico de la relación económica y jurídica de dos Estados entre sí y, por motivos de seguridad jurídica para ambos países, este concepto debe estar necesariamente determinado por un convenio internacional o por el derecho interno del Estado receptor de la inversión y su importancia estriba en la delimitación de cuáles serán los movimientos de capital provenientes del exterior, cualquiera que sea la forma que adopten, que recibirán la protección a la que se ha comprometido el Estado.

B. La Protección de la Inversión Extranjera.

El reconocimiento y alcance de la protección que un determinado Estado puede conceder a la inversión extranjera estriba en la soberanía que dicho país ejerce sobre su territorio. Así, el Estado goza de un amplio margen de discrecionalidad

⁹ En el caso *Tokio Tokelés c. Ucrania, Decisión sobre Jurisdicción*, Caso CIADI No. ARB/02/18, 29 de abril de 2004, párrafos 76, 77 y 78, se estableció que dentro de la definición amplia a la que nos hemos venido refiriendo si se encuentra comprendida la reinversión.

para decidir si concede o no la protección a la que nos referimos y, en su caso, bajo que condiciones la confiere.¹⁰

Lo anterior, ha generado una abierta confrontación de perspectivas entre países exportadores e importadores de capitales sobre el contenido del derecho internacional regulatorio de las inversiones establecidas fuera de los territorios nacionales.

Desde el surgimiento de las relaciones económicas y comerciales internacionales, el derecho internacional ha buscado establecer los estándares o principios reguladores de la inversión proveniente del exterior. Esta regulación ha ido modificándose a lo largo del tiempo y ha adquirido un mayor grado de complejidad en la medida en la que las relaciones internacionales han incrementado.

A continuación haremos referencia a los alcances que esta protección ha tenido a lo largo del tiempo hasta nuestros días, haciendo una especial referencia a la postura que en la materia ha adoptado nuestro país.

a) La Doctrina Clásica.

Siguiendo a Rubén Tempone¹¹, la doctrina clásica sostenía que los Estados debían ajustar su comportamiento a un “*estándar mínimo internacional*”. Si bien el Estado del cual el inversor era nacional no podía basar un reclamo en el hecho de que éste recibiría un mejor trato en su propio país, sí podía hacerlo si las leyes o el comportamiento del Estado receptor no se ajustaban a una pauta mínima de tratamiento internacional.

¹⁰ Véase UNCTAD/ITE/IIT/10 (vol. II). *Series on Issues in international Investment Agreements – Admission and Establishment*. United Nations, New York and Geneva, 1999, p. 19.

¹¹ Véase TEMPONE, Rubén Eduardo. *Protección de Inversiones Extranjeras*, Ciudad Argentina – Editorial de Ciencia y Cultura, Buenos Aires, 2003, pp. 22 – 29.

La indeterminación conceptual que suponía este nivel o estándar de tratamiento, llevó a que durante el siglo XIX y los primeros años del XX, se estableciera una política económica abusiva de los países industrializados sobre los países en vías de desarrollo, lo que a su vez generó una reacción por parte de estos países que se tradujo en políticas “proteccionistas”, tales como la denominada “Doctrina Drago” que califica como ilícito el cobro compulsivo y forzoso de la deuda pública y la “Doctrina Calvo” por la que se considera que el tratamiento al inversor extranjero debe equipararse totalmente al nacional, exigiendo del inversionista la renuncia a la protección diplomática del Estado de la nacionalidad que tuviere. Sin embargo, estas reacciones no se dieron dentro del marco normativo internacional, sino desde el derecho interno del país receptor de la inversión, lo que ocasionó un enfrentamiento abierto entre los países importadores y exportadores de capital.

b) Las Posturas de los Países Desarrollados y en Vías de Desarrollo.

Una de las disputas claves que nos permiten entender la pugna entre estas dos clases de países, se dio precisamente en México con motivo de la expropiación petrolera de 1938.

La jurisprudencia vigente en 1938 de la Corte Permanente de Justicia Internacional estableció en el caso de la *Usina de Chorzov*¹² que la indemnización, en caso de expropiación, se realizaría atendiendo al valor comercial del bien, abarcando dicha indemnización no sólo el monto de los daños sufridos, sino también el monto del lucro cesante. Esta decisión se resumía en la fórmula “*compensación pronta, justa y adecuada*” y fue adoptada por los Estados Unidos al exigir a México el cobro de los derechos derivados de la expropiación de los yacimientos petrolíferos.¹³

¹² Asunto de la *Usina Chersov*, P.C.J.I., series A/B, núm, 17, p. 47, *Cit. Pos., Ibidem*, p. 23.

¹³ Este criterio por el que se equiparaba a la expropiación como un acto internacionalmente ilícito fue posteriormente conocido como la “fórmula Hull”, remembrando a Cordell Hull, Secretario de Estado Norteamericano durante la expropiación petrolera en México.

Con posterioridad a la disputa entre los Gobiernos de México y Estados Unidos, los países industrializados adoptaron como política de Estado a la fórmula a la que nos referimos. Sin embargo, durante las décadas de los años sesenta y setenta, en el seno de las Naciones Unidas, tuvieron lugar enconados debates en torno a la obligatoriedad de esta fórmula alegando los países en vías de desarrollo una plena soberanía y jurisdicción sobre sus recursos naturales, así como la ausencia de consenso internacional que le reconociera vinculatoriedad a la fórmula.

De la misma forma en la que surgió la diferencia a la que hacemos alusión, dentro de las Naciones Unidas tuvieron lugar diferentes debates, tales como la necesidad de justificar la expropiación en una causa de utilidad pública, la determinación del derecho sustantivo aplicable para solución de disputas entre Estados e inversionistas extranjeros, la determinación del órgano jurisdiccional competente (nacional-judicial o internacional-arbitral) para la resolución de esta clase de conflictos, así como la naturaleza jurídica y regulación aplicable a los contratos celebrados entre el Estado y un inversionista extranjero, entre otras.

Respecto a cada una de estas disputas los países en vías de desarrollo adoptaron posiciones claras y congruentes sostenidas en la soberanía que ejercían sobre su territorio y recursos naturales. Sin embargo, la necesidad de atraer capitales extranjeros los llevó a adoptar una conducta paradójica e incongruente, tal y como a continuación se explica.

c) El Surgimiento de un Marco Jurídico Internacional Consensuado y Paradójico.

El debate global entre los países industrializados y los países en vías de desarrollo fue ganando terreno en favor de éstos últimos, en pro de la soberanía y

autodeterminación económica de los pueblos y en pro también de la determinación de contenidos claros y precisos de los derechos y obligaciones de los Estados en materia de inversión extranjera, buscando abandonar así la indeterminación e incertidumbre que las normas del derecho internacional consuetudinario habían ocasionado en décadas pasadas, indeterminación debida fundamentalmente a los abusos de los países desarrollados.

Desde una perspectiva global y dentro del seno de Naciones Unidas, los países en vías de desarrollo lograron hacer valer sus pretensiones y obtener el reconocimiento de las mismas a través de documentos multilaterales. Así, el artículo 1º de la Carta de las Naciones Unidas firmada en San Francisco el 26 de junio de 1945, estableció la libre determinación de los pueblos en los siguientes términos:

Artículo 1.

Los propósitos de las Naciones Unidas son:

.....

2. Fomentar entre las naciones relaciones de amistad basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos, y tomar otras medidas adecuadas para fortalecer la paz universal;

Por su parte, el 14 de diciembre de 1962, la Asamblea General de Naciones Unidas adoptó la resolución 1803 (XVII) por la que se reconoce la soberanía permanente de los Estados sobre sus recursos naturales y su independencia económica. Respecto a esta resolución, Ian Brownlie sostiene que: *“The consideranda to the resolution refer, inter alia, to the inalienable right of all States to freely dispose of their natural wealth and resources in accordance with their national interests’, and to respect for the economic independence of States”*.¹⁴

Bajo esta misma línea, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado por las Naciones Unidas a través de la resolución 2200 A

¹⁴ BROWNLIE, Ian. *Principles of Public International Law*, sixth edition, Oxford, New York, 2003, p. 516. *“Los considerandos de la resolución se referían, inter alia, al inalienable derecho de todos los Estados de disponer libremente de su riqueza y recursos naturales de acuerdo con sus intereses nacionales y al respeto por la independencia económica de los Estados”*. (Traducción propia)

(XXI), de fecha 16 de diciembre de 1966, estableció en su primer artículo lo siguiente:

Artículo 1.

1. Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural.
2. Para el logro de sus fines, todos los pueblos pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales, sin perjuicio de las obligaciones que derivan de la cooperación económica internacional basada en el principio de beneficio recíproco, así como del derecho internacional. En ningún caso podrá privarse a un pueblo de sus propios medios de subsistencia.

Por su parte, en el tercer párrafo de este mismo ordenamiento se estableció que:

3. Los países en desarrollo, teniendo debidamente en cuenta los derechos humanos y su economía nacional, podrán determinar en qué medida garantizarán los derechos económicos reconocidos en el presente Pacto a personas que no sean nacionales suyos.

Finalmente, el primero de mayo de 1974, la Asamblea General, a través de la resolución 3201 (S-VI), también conocida como la “Declaración del Nuevo Orden Económico Internacional”, estableció que uno de los principios fundamentales que en las relaciones económicas entre naciones debía respetarse, era el siguiente:

“e. Full permanent sovereignty of every State over its natural resources and all economic activities. In order to safeguard these resources, each State is entitled to exercise effective control over them and their exploitation with means suitable to its own situation, including the right to nationalization or transfer of ownership to its nationals, this right being an expression of the full permanent sovereignty of the State. No State may be subjected to economic, political or any other type of coercion to prevent the free and full exercise of this inalienable right;”¹⁵

Los anteriores compromisos asumidos internacionalmente dentro de las Naciones Unidas sin lugar a dudas supusieron una conquista de los países en vías de

¹⁵ 13 L.I.M. 715 (1974). “Completa y permanente soberanía de cada Estado sobre sus recursos naturales y todas sus actividades económicas. A fin de salvaguardar estos recursos, cada Estado tiene derecho a ejercer control efectivo sobre ellos y sobre su explotación por medios adecuados a su propia situación, incluyendo el derecho a la nacionalización o a la transferencia de propiedad a sus nacionales, siendo este derecho una expresión de la completa y permanente soberanía del Estado. Ningún Estado podrá ser sujeto a coerción económica, política o de cualquier tipo para impedir el libre y pleno ejercicio de su inalienable derecho.” (Traducción propia)

desarrollo, especialmente considerando el contexto histórico precedente en el que fueron realizadas y que está referido a los abusos de las potencias mundiales sobre las colonias. Sin embargo, este importante triunfo tuvo un grave bemol o al menos así se concibió por varios países.

En la misma medida en la que los países en vías de desarrollo lograron su “independencia” económica y autodeterminación, las posibilidades de lograr su desarrollo se entendieron en muchos casos como dependientes de la importación de capitales extranjeros, ante la insuficiencia de los recursos económicos para explotar sus propios recursos naturales e impulsar los diferentes sectores de sus economías, lo que los llevó a iniciar una excepcional y selectiva “cesión sobre los derechos conquistados” con la finalidad de atraer estos capitales. Lo anterior fue principalmente motivado por los países industrializados (especialmente los Estados Unidos) y a partir de la década de los años sesenta se empezaron a celebrar convenios internacionales que hoy conocemos como “Acuerdos Bilaterales para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones” por los que los Estados importadores de capitales confieren importantes garantías de protección a las inversiones extranjeras, protección que en la mayoría de las ocasiones es mayor a la que se concede a las inversiones de sus propios nacionales. A este respecto, Rubén Tempone señala con claridad que:

“Es interesante tener en cuenta que los países en vías de desarrollo, a pesar de la posición común mantenida en los debates de la Asamblea General de las Naciones Unidas, adoptaron posiciones divergentes cuando actuaron individualmente. Así, casi al mismo tiempo que esos debates tenían lugar, accedieron a la celebración de tratados bilaterales de protección de inversiones que incluían, precisamente, los contenidos que férreamente habían rechazado.

Según M. Sormarajah esa paradoja se explica: “... *on the basis that while these status subscribes to a particular norm or international law at the global level, they are prepared to accord a higher Standard of protection to the nationals of states with which they concluded bilateral investment treaties in the hope of attracting investment*”.¹⁶

¹⁶ TEMPONE, Rubén. *Ob. Cit.*, p. 29. “... *sobre la base de que mientras estos Estados se suscribían a una particular norma o derecho internacional al nivel global, ellos están preparados para acordar un mayor estándar de protección para los nacionales de estados con los que han celebrado acuerdos bilaterales de inversión en la esperanza de atraer inversión*”. (Traducción propia)

Los razonamientos antes expuestos nos llevan a cuestionarnos, de manera casi obligada, si la celebración de estos acuerdos bilaterales de inversión supuso la pérdida de los logros alcanzados en el derecho internacional al nivel global, especialmente considerando que para principios del año dos mil los acuerdos que de esta clase existían en el mundo ascendían a la cantidad de 1,900 aproximadamente¹⁷, sin contar los Capítulos de Protección a las inversiones contenidos en los tratados de libre comercio celebrados entre los diferentes Estados.

En respuesta al anterior cuestionamiento, asumir que el reconocimiento internacional que se hizo sobre el derecho a la autodeterminación económica de los pueblos y a la soberanía sobre sus recursos naturales fue completamente inútil por la subsecuente celebración de los APPRIS es, desde nuestro punto de vista, un enfoque erróneo.

El reconocimiento que a estos derechos se hizo en los documentos internacionales antes citados fue sumamente relevante si consideramos las políticas abusivas que los países industrializados ejercieron en la materia en los siglos XIX y XX. Baste con mencionar que este reconocimiento significó la traslación al plano del derecho internacional de las reacciones proteccionistas originadas desde el derecho interno de cada país en vías de desarrollo, reacciones tales como las ya comentadas doctrinas Calvo y Drago.

Asimismo, con este reconocimiento se estableció de forma indubitable a la autodeterminación económica y soberanía sobre los recursos naturales como un principio universal que únicamente permite aquellas excepciones derivadas del ejercicio mismo de este derecho inalienable, al decidir cada Estado, sin imposición

¹⁷ UNCTAD/ITE/IIA/2 - *Bilateral Investment Treaties 1959-1999*, United Nations, New York and Geneva, 2000, preface (iii).

coactiva alguna, cómo, cuándo y a quién “cederá” los derechos que le han sido reconocidos y, lo que es más importante aún, que esto lo hará sobre la base de una reciprocidad. Sin embargo, ésto nos lleva a una nueva interrogante: ¿Esta reciprocidad a la que se refieren los APPRIS es real o es ficticia?

Quizá mucho más antes que hoy, hemos de reconocer que si bien es cierto que desde una base eminentemente jurídica la promoción y la protección de la inversión es recíproca, en los APPRIS celebrados entre países desarrollados y en vías de desarrollo esta reciprocidad se convierte más en un compromiso unilateral del Estado receptor de la inversión para respetar determinados estándares de protección con el fin de incentivar la entrada de capitales al país. Es difícil imaginar la reciprocidad real que sobre la promoción y protección de la inversión puede existir en un APPRI celebrado, por ejemplo, entre los Estados Unidos de Norte América y Haití, lo que no significa que si existe un inversionista de nacionalidad Haitiana que desee realizar una inversión en los Estados Unidos, éste no se beneficiará de los compromisos contenidos en el APPRI, pero los volúmenes de capitales provenientes de Haití a los Estados Unidos serán inmensamente menores que los provenientes de este segundo país hacia el primero.

Por último, cabe preguntarnos si la celebración de estos APPRIS realmente supone la cesión selectiva y excepcional de los derechos de autodeterminación económica y de soberanía sobre los recursos naturales supuestamente inalienables.

A este respecto, consideramos que no existe una respuesta general que se aplique a todos los Estados. La respuesta a la anterior interrogante únicamente puede contestarse en atención a las relaciones económicas, políticas y jurídicas existentes entre dos Estados, tanto desde la perspectiva de su derecho interno, como desde la perspectiva de su derecho internacional consensuado en la materia. Sin embargo, la celebración de estos APPRIS supone, en la inmensa

mayoría de los casos, la concesión de mayores derechos a los extranjeros que a los mismos nacionales, situación que sin lugar a dudas debe abrir un espacio a la reflexión.

Un claro ejemplo de lo anterior lo encontramos en la legitimación procesal activa reconocida a los inversionistas extranjeros para accionar mecanismos internacionales de solución de controversias, derecho del que no gozan los nacionales del Estado receptor de la inversión. Esta posibilidad de acceder al arbitraje internacional es una gran ventaja conferida al extranjero sobre el nacional pues el gobierno puede lesionar arbitrariamente los derechos que en materia de inversión tienen también los nacionales y no sólo los extranjeros.

Planteadas estas panorámicas de la regulación a la protección de la inversión extranjera en el mundo, sin perjuicio de analizar su contenido sustantivo dentro del Capítulo II de este estudio, a continuación expondremos brevemente cuál es y ha sido la regulación existente en la historia reciente de nuestro país en materia de protección a la inversión proveniente del exterior.

C. México y la Protección a la Inversión Extranjera.

La fuerte penetración de capitales foráneos durante fines del siglo XIX y durante el régimen del Presidente Porfirio Díaz, época en la que la regulación de la protección a la inversión extranjera se encontraba fundamentalmente dentro del marco jurídico internacional consuetudinario, se vio frenada a principios del siglo pasado primeramente por el movimiento revolucionario de 1910 y, poco después, por las restricciones que a la propiedad y uso de bienes raíces por parte de extranjeros se introdujeron en las fracciones I y IV del artículo 27 de la Constitución de 1917¹⁸. Desde ese entonces, un sector importante de la doctrina

¹⁸ Véase DIAZ BRAVO, Arturo. “*Inversión Extranjera*” en *Diccionario Jurídico Mexicano*, 14ª edición, editorial Porrúa, Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM, México, 2000, p.1810.

nacional ha clasificado a la regulación de la inversión extranjera en nuestro país en cuatro etapas. Estas cuatro etapas han sido denominadas por el doctor Leonel Pereznieto como las etapas *casuística, regulatoria, liberal y de apertura*¹⁹ y a ellas nos referiremos a continuación a fin de observar si en las mismas el Estado mexicano ha conferido a los inversionistas extranjeros algún estándar o derecho de protección a su inversión y en que medida lo ha realizado.

a) Etapa Casuística.

Esta etapa inició con la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917 y concluyó con la publicación de la “Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera” de 1973, caracterizándose por el hecho de que durante ella, el Estado mexicano fue resolviendo los casos que se le fueron presentando hasta que, a la postre, integró una amplia regulación en la materia.²⁰

La primera referencia respecto a la regulación de la protección a la inversión extranjera la encontramos dentro del marco jurídico constitucional, específicamente, dentro del artículo 73, fracción XVI y XXIX-F, y dentro del artículo 27, fracción I.

En las fracciones XVI y XXIX-F del artículo 73 Constitucional se estableció la facultad exclusiva del Congreso de la Unión para legislar en las materias de condición jurídica de los extranjeros y regulación de la inversión extranjera, comprendiendo, dentro de dicha regulación, a su protección²¹. Estas fracciones del artículo 73 establecen lo siguiente:

¹⁹ PEREZNIETO CASTRO Leonel. *Derecho Internacional Privado – Parte General*, 7ª edición, Oxford University Press, México, 2003, p. 84.

²⁰ *Ibid.*

²¹ La determinación de estas facultades como exclusivas de la Federación fue reconocida por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la Jurisprudencia publicada en el Semanario Judicial de la Federación, Séptima Época, 60 Primera Parte, p. 93. El rubro y texto de esta jurisprudencia son los siguientes:

Artículo 73. El Congreso tiene facultad:

.....

XVI. Para dictar leyes sobre nacionalidad, condición jurídica de los extranjeros, ciudadanía, naturalización, colonización, emigración e inmigración y salubridad general de la República.

.....

XXIX-F. Para expedir leyes tendientes a la promoción de la inversión mexicana, la regulación de la inversión extranjera, la transferencia de tecnología y la generación, difusión y aplicación de los conocimientos científicos y tecnológicos que requiere el desarrollo nacional.

Por su parte, a través de la fracción I del artículo 27 de la Constitución se prohíbe al extranjero adquirir tierras y aguas en la llamada zona prohibida. Sin embargo, esta disposición es relevante para efectos de la protección a la inversión extranjera toda vez que a través de ella se incorporó al derecho positivo mexicano la denominada Doctrina Calvo en los siguientes términos:

Artículo 27.

.....

"I. Sólo los mexicanos por nacimiento o por naturalización y las sociedades mexicanas tienen derecho para adquirir el dominio de tierras, aguas y sus accesiones o para obtener concesiones de explotación de minas o aguas. El Estado podrá conceder el mismo derecho a los extranjeros, siempre que convengan ante la Secretaría de Relaciones en considerarse como nacionales respecto de dichos bienes y en no invocar, por lo mismo, la protección de sus gobiernos por lo que se refiere a aquéllos; bajo la pena, en caso de faltar al convenio, de perder en beneficio de la Nación, los bienes que hubieren adquirido en virtud del mismo. En una franja de cien kilómetros a lo largo de las fronteras y de cincuenta en las playas, por ningún motivo podrán los extranjeros adquirir el dominio directo sobre tierras y aguas".

Como de la lectura del párrafo citado se desprende, la conocida en nuestro país como Cláusula Calvo es una disposición en materia de protección a la inversión

EXTRANJEROS, FACULTADES DEL CONGRESO DE LA UNION PARA LEGISLAR SOBRE LA CONDICION JURIDICA DE LOS. Los artículos 73, fracción XVI, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y 50 de la Ley de Nacionalidad y Naturalización, no limitan la facultad legislativa del Congreso de la Unión a los derechos públicos de los extranjeros, sino que también comprenden los derechos privados, puesto que ambos preceptos legales reservan en exclusiva al Congreso de la Unión la facultad de legislar en materia de condición jurídica de los extranjeros y el de modificar o restringir los derechos civiles de que gozan éstos.

extranjera que, estando limitada a los derechos relativos a la “adquisición del dominio de tierras, aguas y sus accesiones o para obtener concesiones de explotación de minas o aguas”²², produce los dos siguientes efectos:

1. Establece al “*trato nacional*” como la regla general de trato concedido al inversionista extranjero, abandonando el indeterminado y peligroso criterio de “*estándar mínimo internacional*” elaborado por la doctrina clásica imperante en el siglo XIX y principios del XX.
2. Obliga al extranjero a renunciar a la protección diplomática del Estado del que es nacional, bajo la pena de perder los bienes objeto de conflicto en favor de la nación.

Respecto al primero de estos efectos cabe mencionar que si bien dentro del contexto histórico en que se estableció la Cláusula Calvo, la regla de “*trato nacional*” se estableció como una afronta o limitación a los derechos de los extranjeros pues a través de la misma se impedirían los abusos de los que habían sido víctimas los países en vías de desarrollo; en la actualidad, la regla de “*trato nacional*” se entiende como un derecho que el Estado receptor de la inversión confiere a los extranjeros, tan es así, que este estándar de protección es reconocido y garantizado por la inmensa mayoría de los APPRIS y capítulos de inversión de los distintos tratados celebrados en el mundo. Como se puede observar, el reconocimiento realizado a través de instrumentos internacionales de los derechos de autonomía económica y soberanía sobre los recursos naturales tuvo un efecto significativo y favorable a los países importadores de capital, mismo que se ha reflejado en los contenidos de los derechos que los Estados confieren a través de esta clase de convenios.

²² Esta limitación es importante toda vez que, a través del artículo 14 del Reglamento de la Ley de Inversiones Extranjeras y del Registro Nacional de Inversiones Extranjeras, el Ejecutivo Federal ha extendido la aplicación de la Cláusula Calvo a otra clase de bienes adquiridos por extranjeros, tal y como se comentará en el apartado d).

Por lo que hace al segundo de los efectos de la Cláusula Calvo, un importante sector de la doctrina considera que esta cláusula es nula; sin embargo, desde nuestro punto de vista, esta aseveración es incorrecta pues, tal y como lo sostiene la maestra Loreta Ortiz Ahlf, la misma sí produce efectos vinculativos entre el Estado receptor y el inversionista extranjero, pero la misma no es oponible al Estado del cuál el inversionista es nacional, toda vez que el Estado que ejerce la protección diplomática ejerce un derecho que le es propio y que solo él puede renunciar y no un particular²³.

Ahora bien, siendo éstas las dos disposiciones constitucionales en las que se fundamenta la regulación de la protección a la inversión extranjera en nuestro país desde el año de 1917, durante toda esta primera etapa el Estado mexicano emitió de forma casuística una serie de leyes y disposiciones administrativas que llegaron a constituir un ordenamiento disperso sobre la materia. Sin embargo, todas estas leyes y disposiciones administrativas no concedieron ningún derecho adicional a los extranjeros respecto a la protección de sus inversiones, sino que, por el contrario, establecieron determinadas restricciones y prohibiciones en la participación de diversas áreas de la economía, especialmente las referidas a los recursos naturales.

b) Etapa Regulatoria.

Esta segunda etapa inició el 9 de marzo de 1973, con la publicación de la *Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera* y concluyó con la publicación de su reglamento en el año de 1989, caracterizándose esta ley por concentrar en un solo cuerpo normativo las principales disposiciones que sobre la materia se encontraban dispersas en diversas leyes, decretos y acuerdos de carácter general.

²³ ORTIZ AHLF, Loreta. *Mecanismos Internacionales para la Solución de Controversias Internacionales en Materia de Inversión Extranjera en Jurídica – Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, No. 21, México, 1992, p. 389.

Como del nombre de la Ley referida se desprende, durante esta etapa se privilegió a la inversión nacional sobre la extranjera como motor del desarrollo del país, tan es así que, según nos dice Fernando Antonio Cárdenas, el artículo 1º de la ley establecía que su objeto era el de promover a la inversión mexicana “*y regular la inversión extranjera para estimular el desarrollo justo y equilibrado y consolidar la independencia del país*”²⁴.

Como se puede observar, durante esta etapa la inversión extranjera fue vista con recelo, lo que nos hace entender como en ninguna disposición de la ley se estableció un derecho de protección en favor de la inversión extranjera distinto al del “*trato nacional*” ya reconocido por la Constitución y, por el contrario, a través de ella únicamente se establecieron prohibiciones y restricciones de la participación extranjera en diversas áreas de la economía, así como condicionantes, tales como permisos de diversa índole y la creación del Registro Nacional de Inversiones Extranjeras. Asimismo, a través de esta Ley se creó la Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras, entre cuyas facultades se encontraba la de resolver sobre los porcentajes y condiciones conforme a los cuales se debía recibir la inversión extranjera cuando ameritara un trato especial.

c) Etapa Liberal.

Esta etapa inició con la publicación en 1989 del *Reglamento de la Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera* y concluyó con la publicación de la *Ley de Inversiones Extranjeras* de 1993.

Esta etapa supuso un cambio de la política económica en torno a la recepción de la inversión extranjera en nuestro país, cambio producido a instancia del entonces Presidente de la República, Carlos Salinas de Gortari, quien vio en la inversión

²⁴ CÁRDENAS GONZALEZ, Fernando Antonio. *Ob. Cit.* p. 107.

extranjera un motor para propiciar el desarrollo económico nacional, visión que claramente se puede desprender de la exposición de motivos en que se justificó la expedición del Reglamento que, entre otras cuestiones, señala lo siguiente:

“Que para la recuperación económica se requiere impulsar el esfuerzo de inversión tanto pública como privada, nacional y extranjera, en las áreas de responsabilidad que las leyes asignen para cada uno de ellos.

Que México posee un sector productivo nacional que ha probado su eficiencia y que tiene la capacidad para competir con la inversión extranjera.

Que en el proceso de modernización de la economía nacional se reconoce que la participación de la inversión foránea no puede ser indiscriminada, pero que es necesaria para complementar los esfuerzos del ahorro nacional.

Que los países que están en proceso de modernización intensa están utilizando en forma creciente la inversión extranjera, que complementa su ahorro, genera empleos bien remunerados, trae tecnología competitiva y coadyuva a su inserción en los flujos comerciales internacionales.

Que estos grandes cambios propician la competencia por el acceso a los mercados de comercio mundial y por la nueva tecnología y que los países que pierdan la oportunidad de participar activamente en esta nueva etapa de la historia serán los que queden al margen del progreso económico de las próximas décadas.

Que México no se encuentra ajeno a estos procesos y ha iniciado ya la apertura de su economía para poder participar de manera exitosa en los flujos del comercio y de la inversión internacional.

Que los flujos de inversión extranjera, sumados al capital nacional, asegurarán la expansión de nuestra capacidad exportadora al abrir los mercados del exterior para los productos mexicanos.

Que es conveniente propiciar aquella inversión extranjera directa que evite incrementar el nivel de endeudamiento externo de México y que contribuya de manera positiva al balance con el exterior.

Que el desarrollo y modernización de la planta productiva nacional requieren de inversiones cada vez más cuantiosas que difícilmente podrían financiarse con fuentes tradicionales, por lo que la inversión extranjera debe complementar el capital de riesgo nacional necesario para la reactivación económica del país.

Que con la apertura comercial se garantiza que la inversión extranjera esté asociada con la tecnología idónea mejorando, de esta forma, la productividad y competitividad en el aparato productivo frente al exterior”²⁵

²⁵ *Ibidem*, p. 110.

Como se observa, el papel que se reconoció a la inversión extranjera tuvo una importancia tal, que el reglamento buscó no solo su regulación, como lo hacía la ley objeto de reglamentación, sino un verdadero fomento.

Debido a esta diferencia en el objeto de la ley y del reglamento, éste último ordenamiento confirió mayores derechos a los inversionistas extranjeros que los establecidos en la Ley; sin embargo, estos derechos no estaban referidos a obligaciones del Estado mexicano para proteger a la inversión extranjera, sino que estaban referidos a las áreas económicas en las que podían participar y, especialmente, en la eliminación de requisitos y permisos que antes eran necesarios. Asimismo, se estableció la inversión neutra por la que, a través de fideicomisos, la participación extranjera en una sociedad no computa en la determinación de porcentajes a que están restringidas diversas áreas económicas.

d) Etapa de Apertura.

Después de 4 años en que las inversiones extranjeras se regularon por un reglamento que muchos calificaron como inconstitucional, el 27 de diciembre de 1993 se publicó la hoy vigente “Ley de Inversión Extranjera” que recogió los principios ya establecidos por el reglamento por lo que no se introdujo en la misma ninguna modificación sustancial a la regulación ya prevista por éste, tan es así que, de conformidad con lo establecido por el artículo CUARTO transitorio de la nueva ley, este reglamento continuó vigente, e incluso, no se emitió uno nuevo sino hasta el 8 de septiembre de 1998, mismo que se denominó como “Reglamento de la Ley de Inversión Extranjera y del Registro Nacional de Inversiones Extranjeras”.

Esta nueva ley no incluyó ninguna disposición adicional en materia de protección a la inversión extranjera. Sin embargo, a través del artículo 14 del Reglamento se

estableció lo que desde nuestro punto es una extensión de los alcances de la Cláusula Calvo y, por ende, una extensión de la protección brindada al inversionista extranjero a través del principio de “trato nacional”. Esta disposición establece lo siguiente:

“Artículo 14. Cuando en los estatutos sociales no se pacte la cláusula de exclusión de extranjeros, se debe celebrar un convenio o pacto expreso que forme parte integrante de los estatutos sociales, por el que los socios extranjeros, actuales o futuros de la sociedad, se obligan ante la Secretaría de Relaciones Exteriores a considerarse como nacionales respecto a:

- I. Las acciones, partes sociales o derechos que adquieran dichas sociedades;
- II. Los bienes, derechos, concesiones, participaciones o intereses de que sean titulares tales sociedades; y
- III. Los derechos y obligaciones que deriven de los contratos en que sean parte las propias sociedades.

El convenio o pacto señalados deberán incluir la renuncia a invocar la protección de sus gobiernos bajo la pena, en caso contrario, de perder en beneficio de la Nación los derechos y bienes que hubiesen adquirido.”

Como se puede observar, los dos efectos de la Cláusula Calvo a los que hicimos alusión se hacen extensivos a través del reglamento a (i) las acciones, partes sociales o derechos que adquieran dichas sociedades, (ii) los bienes, derechos, concesiones, participaciones o intereses de que sean titulares tales sociedades y a (iii) los derechos y obligaciones que deriven de los contratos en que sean parte las propias sociedades, enumeración que comprende prácticamente a todos los derechos económicos derivados de la sociedad en la que los extranjeros hayan invertido su capital.

El primero de estos efectos relativo a la regla de “trato nacional” como estándar de protección, si bien es cierto que se planteó en un principio como una afronta a los derechos del inversionista extranjero al superar el criterio de “*estándar mínimo internacional*” planteado por la doctrina clásica, al día de hoy y después de haberse reconocido internacionalmente el principio de autodeterminación

económica y soberanía sobre los recursos naturales, esta regla de tratamiento se plantea más que como una limitante, como un derecho de protección a la inversión extranjera, tan es así, que esta regla de trato se incluye en la inmensa mayoría de los APPRIS, como ya lo hemos mencionado y como lo desarrollaremos en el Capítulo siguiente.

Pese a lo anterior, el segundo de los efectos, como ya lo comentamos, sí se constituye como una restricción a los derechos de los inversionistas extranjeros, pues dicha cláusula sí produce efectos entre el gobierno mexicano y el inversionista a pesar de no ser oponible al Estado del cual el inversionista es nacional.

Sin pretender hacer un análisis sobre la constitucionalidad de esta disposición por escapar a los propósitos de esta tesis, una revisión superficial sobre el artículo 14 del reglamento nos hace cuestionarnos sobre su constitucionalidad pues (i) su contenido no detalla ni desarrolla las disposiciones de la ley que reglamenta, violando con ello los artículos 14, 16, 73, fracciones XVI y XXIX-F, y 89, fracción I, de la Constitución (al ser el Congreso de la Unión el único facultado para legislar en la materia) y porque (ii) los derechos de los particulares, ya sean nacionales o extranjeros, no pueden privarse sino mediante una ley en sentido formal y material, puntos que sin lugar a dudas abren un espacio a la reflexión, especialmente si consideramos la prohibición del artículo 1º constitucional de realizar actos discriminatorios en atención al origen nacional de las personas.

En base a lo expuesto, podemos sostener que dentro del derecho interno el marco jurídico que regula la protección de los derechos de los inversionistas extranjeros es sumamente limitado y se encuentra en los artículos 27 Constitucional y 14 del Reglamento de la Ley de Inversión Extranjera y del Registro Nacional de Inversiones Extranjeras, al establecer la regla de “trato nacional” como estándar de protección, con los alcances y con las implicaciones jurídicas que hemos comentado. Toda la demás regulación que en el derecho interno mexicano existe

en torno a la inversión extranjera, establece prohibiciones y restricciones de participación, así como trámites y requisitos necesarios por los que el Estado pueda ejercer un cierto control sobre la inversión realizada.

Con la finalidad de atraer capitales, muchos Estados han realizado “invitaciones abiertas” a los inversionistas extranjeros confiriendo derechos de protección a los capitales provenientes del exterior a través de su legislación interna. Así, países como El Salvador han establecido en sus respectivas leyes de inversiones diversas reglas de trato para la inversión extranjera, así como el acceso a la justicia arbitral internacional en caso de que se suscite un conflicto con alguna instancia gubernamental. Sin embargo, como se puede observar, este no es el caso de México.

Pese a lo anterior, desde el marco jurídico internacional y a partir del año de 1993, México inició un proceso de apertura en materia de protección a la inversión extranjera a través de la celebración de APPRIS y capítulos de inversión contenidos en tratados de libre comercio, confiriendo así estos derechos únicamente a aquellos inversionistas extranjeros de aquellos países en los que México veía una oportunidad real para acelerar su desarrollo, entre otras razones, por la alta movilización de capitales al país que de estos países podría fomentarse mediante la celebración de estos acuerdos y, por ende, del otorgamiento de estos derechos.²⁶

Al día de hoy, México ha celebrado 21 APPRIS y 8 tratados de libre comercio en los que se prevé un capítulo destinado a la protección recíproca de inversiones. Esta nueva etapa de regulación en materia de inversiones extranjeras por la que el Estado mexicano se obliga a respetar ciertas reglas o estándares de protección

²⁶ Con lo anterior no pretendemos decir que la razón primordial por la que México celebra un APPRI o un Capítulo de Inversión en un tratado de libre comercio se debe al simple hecho de que lo celebra con un país industrializado. Es evidente que deben ser tomados en consideración otros muchos factores de fundamental importancia, especialmente los referidos a “ventajas comparativas”. Asimismo, tampoco pretendemos decir que la razón por la que México celebra esta clase de acuerdos es únicamente para atraer capitales al país, es evidente que al celebrarlos busca al mismo tiempo que otros Estados importadores de capitales confieran a los inversionistas mexicanos derechos de protección a su inversión.

y tratamiento a cambio de aumentar las posibilidades de que un inversionista extranjero decida movilizar su capital hacía el país, inició con la celebración del TLCAN y desde entonces esta tendencia no ha disminuido.

México ha celebrado APPRIS con Alemania²⁷, Argentina²⁸, Australia²⁹, Austria³⁰, Corea³¹, Cuba³², Dinamarca³³, España³⁴, Finlandia³⁵, Francia³⁶, Grecia³⁷, Islandia³⁸, Italia³⁹, Países Bajos⁴⁰, Panamá⁴¹, Portugal⁴², República Checa⁴³, Suecia⁴⁴, Suiza⁴⁵, Uruguay⁴⁶ y Bélgica - Luxemburgo⁴⁷. De éstos, ya están todos en vigor salvo los celebrados con Panamá, Australia e Islandia que aún no han sido aprobados por el Senado.

Por su parte, los capítulos de protección a la inversión contenidos en tratados de libre comercio que México ha celebrado, son los siguientes:

- Capítulo XI del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN)⁴⁸.

²⁷ Publicado en el *Diario Oficial de la Federación* de fecha 20 de marzo de 2001.

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

²⁹ Fue celebrado el pasado 23 de agosto de 2005.

³⁰ Publicado en el *Diario Oficial de la Federación* de fecha 23 de marzo de 2001.

³¹ Publicado en el *Diario Oficial de la Federación* de fecha 9 de agosto de 2004.

³² Publicado en el *Diario Oficial de la Federación* de fecha 3 de mayo de 2002.

³³ Publicado en el *Diario Oficial de la Federación* de fecha 30 de noviembre de 2000.

³⁴ Publicado en el *Diario Oficial de la Federación* de fecha 19 de marzo de 1997.

³⁵ Publicado en el *Diario Oficial de la Federación* de fecha 30 de noviembre de 2000.

³⁶ Publicado en el *Diario Oficial de la Federación* también de fecha 30 de noviembre de 2000.

³⁷ Publicado en el *Diario Oficial de la Federación* de fecha 11 de octubre de 2002.

³⁸ Celebrado el pasado 24 de junio de 2005.

³⁹ Publicado en el *Diario Oficial de la Federación* de fecha 17 de enero de 2003.

⁴⁰ Publicado en el *Diario Oficial de la Federación* de fecha 10 de junio de 2000.

⁴¹ Celebrado el pasado 11 de octubre de 2005.

⁴² Publicado en el *Diario Oficial de la Federación* de fecha 8 de enero de 2001.

⁴³ Publicado en el *Diario Oficial de la Federación* de fecha 25 de marzo de 2004.

⁴⁴ Publicado en el *Diario Oficial de la Federación* de fecha 27 de julio de 2001.

⁴⁵ Publicado en el *Diario Oficial de la Federación* de fecha 20 de agosto de 1998.

⁴⁶ Publicado en el *Diario Oficial de la Federación* de fecha 9 de agosto de 2002.

⁴⁷ Publicado en el *Diario Oficial de la Federación* de fecha 19 de marzo de 2003.

⁴⁸ Publicado en el *Diario Oficial de la Federación* de fecha 20 de diciembre de 1993.

- Capítulo XVII del Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos Mexicanos, la República de Colombia y la República de Venezuela (TLC G3)⁴⁹.
- Capítulo XIII del Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos Mexicanos y la República de Costa Rica⁵⁰.
- Capítulo XV del Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos Mexicanos y la República de Bolivia⁵¹.
- Capítulo XVI del Tratado de Libre Comercio entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de la República de Nicaragua⁵².
- Capítulo 9 del Tratado de Libre Comercio entre la República de Chile y los Estados Unidos Mexicanos⁵³.
- Capítulo XIV del Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos Mexicanos, Guatemala, El Salvador y Honduras (Triángulo del Norte – CA3)⁵⁴.
- Capítulo 7 del Acuerdo para el Fortalecimiento de la Asociación Económica entre los Estados Unidos Mexicanos y el Japón⁵⁵.

Si bien estos capítulos de protección a la inversión no pueden equipararse a los APPRIS debido al contexto jurídico dentro del cual han sido celebrados, de un análisis comparativo de los mismos podemos apreciar que su contenido, pero principalmente su objeto, es sumamente similar pues de ellos se confieren muy

⁴⁹ Publicado en el *Diario Oficial de la Federación* de fecha 9 de enero de 1995.

⁵⁰ Publicado en el *Diario Oficial de la Federación* de fecha 10 de enero de 1995.

⁵¹ Publicado en el *Diario Oficial de la Federación* de fecha 11 de enero de 1995.

⁵² Publicado en el *Diario Oficial de la Federación* de fecha 1 de julio de 1998.

⁵³ Publicado en el *Diario Oficial de la Federación* de fecha 28 de julio de 1999.

⁵⁴ Publicado en el *Diario Oficial de la Federación* de fecha 14 de marzo de 2001.

⁵⁵ Publicado en el *Diario Oficial de la Federación* de fecha 31 de marzo de 2005.

similares derechos de protección que únicamente varían en aspectos accidentales, por lo que para los efectos de este estudio ambos instrumentos, APPRIS y capítulos de inversión, pueden válidamente equipararse, por ello, en lo sucesivo nos referiremos indistintamente a ambos como “Acuerdos de Inversión”.

Por otro lado, México ha celebrado otros tratados internacionales en materia de libre comercio que si bien no contienen un Capítulo de Inversión, si contienen otras disposiciones que confieren derechos de protección y que están referidas a los derechos de *trato nacional*, dependiendo del propósito y ámbito comercial en que fue celebrado el tratado del que se trate. A este respecto, podemos mencionar el Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos Mexicanos y la República Oriental del Uruguay⁵⁶, el Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos Mexicanos y el Estado de Israel⁵⁷ y el Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos Mexicanos y los Estados de la Asociación Europea de Libre Comercio⁵⁸. Asimismo, dentro de esta clase de convenios podemos mencionar al importante Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos Mexicanos y la Unión Europea⁵⁹, en el cual encontramos dos disposiciones adicionales que vale la pena citar por su relevancia para nuestro tema. Estas dos disposiciones son las siguientes:

Artículo 33 – Fomento de la inversión entre las Partes

La comunidad y sus Estados Miembros, en el ámbito de sus respectivas competencias, y México, buscarán promover un ambiente atractivo y estable para la inversión recíproca. Esta cooperación se traducirá, entre otras cosas, en lo siguiente:

.....

b) El desarrollo de un entorno jurídico favorable a la inversión entre las Partes, en caso necesario mediante la celebración entre México y los Estados Miembros de la Comunidad de acuerdos bilaterales de promoción y protección de la inversión y de acuerdos destinados a evitar la doble tributación;

.....

Artículo 34 – Compromisos internacionales sobre inversión

⁵⁶ Publicado en el *Diario Oficial de la Federación* de fecha 14 de julio de 2004.

⁵⁷ Publicado en el *Diario Oficial de la Federación* de fecha 28 de junio de 2000.

⁵⁸ Publicado en el *Diario Oficial de la Federación* de fecha 29 de junio de 2001.

⁵⁹ Publicado en el *Diario Oficial de la Federación* de fecha 26 de junio de 2000.

La comunidad y sus Estados Miembros, en el ámbito de sus respectivas competencias, y México, recuerdan sus compromisos de revisar el marco jurídico de inversión, el clima de inversión y los flujos de inversión entre sus territorios, de conformidad con sus compromisos en acuerdos internacionales de inversión, en un tiempo no mayor a tres años posteriores a la entrada en vigor de esta Dirección.

Finalmente, existe otro acuerdo celebrado con fecha 9 de junio de 2003 denominado “*Acuerdo para el Fomento de la Inversión entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de los Estados Unidos de América*”⁶⁰ cuya finalidad es el fomento de la inversión y no así su protección, por ende, el estudio de su contenido escapa a los fines del presente trabajo⁶¹.

A través de estos acuerdos y tratados internacionales, en aproximadamente 13 años, el Estado mexicano ha consolidado de forma estratégica, selectiva y gradual lo que podríamos denominar como el “*marco jurídico de la protección a la inversión extranjera*”, cuyo contenido analizaremos en el siguiente Capítulo.

⁶⁰ Publicado en el Diario Oficial de la Federación de fecha 14 de junio de 2004.

⁶¹ Este acuerdo es también conocido como el “Acuerdo OPIC” y puede considerarse como un complemento al TLCAN. Su primordial objeto es apoyar la inversión en proyectos y actividades permitidos por el TLCAN dentro del territorio de los Estados Unidos Mexicanos a través de: (i) Seguros, coaseguros y reaseguros, (ii) participación en el capital social de las empresas, (iii) emisión de deuda pública, así como (iv) garantías a la inversión otorgados por la “*Overseas Private Investment Corporation*” (OPIC), una institución del gobierno de los Estados Unidos de América para contribuir al desarrollo económico y las capacidades productivas.

CAPÍTULO II

LOS APPRIS Y LOS CAPÍTULOS SOBRE INVERSIÓN CONTENIDOS EN TRATADOS DE LIBRE COMERCIO.

A. Características Generales.

Antes de exponer el objeto de esta clase de acuerdos a través del estudio de las obligaciones que en ellos se pactan, consideramos que la primera aproximación que sobre éstos debe realizarse es a partir de una breve referencia a la razón de su existencia, a su alcance, a su fundamento de obligatoriedad y, sobretodo, a sus ámbitos de validez.

a) Finalidad o Motivo Determinante.

Como lo hemos permitido entrever, el motivo por el cual la celebración de esta clase de tratados ha tenido un crecimiento exponencial en las últimas décadas, obedece fundamentalmente a la *incertidumbre* que genera en los inversionistas extranjeros el carácter controvertido de las normas de derecho internacional consuetudinario y la *previsibilidad* deseada por éstos respecto al futuro de sus capitales, misma que se garantiza mediante la creación de normas escritas que con claridad establezcan cuál debe ser el comportamiento del Estado receptor de la inversión, eliminando, en la medida de lo posible, todos riesgos inherentes al movimiento de capitales a un país extraño.

En congruencia con lo anterior, estos acuerdos se plantean como incentivos para que el extranjero invierta su capital en el territorio del Estado parte, buscando con ello, como finalidad última, fomentar su desarrollo económico y mejorar las condiciones de vida de sus propios nacionales.

b) Alcance.

Por los sujetos a quienes se aplica un tratado internacional, podemos distinguir dos grandes categorías, (i) aquellos que están dirigidos exclusivamente a los Estados, entre los que podemos mencionar, por ejemplo, el Tratado Antártico⁶², y (ii) aquellos que están dirigidos tanto a los Estados como a los particulares.

Los Acuerdos de Inversión se ubican dentro de esta última clase de tratados pues contienen un conjunto de normas destinadas a los Estados, pero cuyos beneficiarios directos son los inversionistas de uno y otro Estado parte. De esta forma, los países se obligan a respetar los derechos de protección conferidos a los inversionistas extranjeros mediante una especie de declaración unilateral de voluntad derivada de un convenio, generando así una “reciprocidad negativa” en la relación interestatal de que se trate.

Dentro de esta segunda clase de tratados en los que ubicamos a los Acuerdos de Inversión, a su vez debemos distinguir dos sub-clases, aquellos en los que los particulares son meros beneficiarios; o aquellos en los que, además, se les reconoce la capacidad necesaria para forzar el respeto de los derechos que les han sido conferidos.

A este respecto, una característica fundamental de los acuerdos es la legitimación procesal activa que confieren a los inversionistas extranjeros para elevar su reclamo a una instancia arbitral internacional, sin la necesaria intervención del Estado del que son nacionales, superando de ese modo las limitaciones que impone el orden jurídico internacional por el que se deben agotar los medios de defensa internos para, eventualmente, proceder por la vía diplomática. Este principio se constituye como una regla general cuyas excepciones son muy

⁶² El Tratado Antártico es un tratado internacional por el que diversos Estados niegan sus pretensiones de soberanía sobre la zona antártica.

limitadas y están referidas a la denegación de justicia y a la violación manifiesta de derechos fundamentales.

Este punto es de fundamental importancia para nuestro estudio pues precisamente trata sobre el derecho que tiene el inversionista extranjero para acceder al arbitraje internacional como medio para solucionar sus conflictos, derecho que ha sido conferido por México a todos aquellos inversionistas extranjeros nacionales de un Estado con el que se haya celebrado un Acuerdo de Inversión.

c) Obligatoriedad.

Tanto los APPRIS, como los capítulos de inversión, son celebrados entre Estados a manera de tratados internacionales de forma tal que, independiente del sistema de recepción adoptado por el país del que se trate, su vinculatoriedad se proyecta, al menos en nuestro país, a manera de una “ley en sentido material” cuya generalidad se observa en la aplicación que tiene para todo aquel inversionista extranjero que decida colocar su capital dentro del territorio del Estado, desarrollándose así una suerte de *estatuto personal* en la vigencia de dicha “ley”.

Con independencia de esta sanción o promulgación que realiza el Estado sobre esta “ley”, la obligatoriedad de estos convenios descansa en la voluntad manifestada por los Estados al momento de celebrarlos, por ende, el alcance de las obligaciones que en ellos se contiene está determinado por el consentimiento formado entre las partes que lo acuerdan. Así, con especial relevancia para el tema que nos ocupa, interpretar un Acuerdo de Inversión (o cualquier otro tratado internacional) es interpretar la voluntad e intención de los Estados al pactarlos.

d) Ámbitos de Validez de los Acuerdos de Protección a la Inversión.

Toda norma jurídica puede ser clasificada dentro de distintos ámbitos de validez relacionados con (i) la materia sobre la que versan, (ii) los destinatarios de la norma, (iii) el tiempo en el que están o estarán vigentes y (iv) el espacio geográfico en el que se aplican o aplicarán, distinguiéndose así los ámbitos material, personal, temporal y espacial de validez de la norma jurídica⁶³.

A este respecto, cada uno de estos ámbitos de validez es distinto en cada Acuerdo de Inversión pues, como lo hemos venido comentando, el contenido de los mismos está determinado por la naturaleza de las relaciones económicas, sociales, políticas y jurídicas existentes entre las partes que los celebran. Sin embargo, en un gran número de Acuerdos de Inversión (aunque no en todos) encontramos una cláusula que trata de manera específica cada uno de estos ámbitos de validez, resolviendo así cual es el alcance del acuerdo y, por ende, bajo que supuestos se conferirá al inversionista extranjero los derechos de protección a que el mismo alude. Así, a manera de ejemplo podemos hacer alusión al artículo 2º del APPRI celebrado entre México y la Confederación Suiza, que textualmente dispone:

**Artículo 2º.
Ámbito de Aplicación.**

El presente Acuerdo se aplicará a las inversiones de inversionistas de una Parte, realizadas en el territorio de la otra Parte de conformidad con sus leyes y reglamentos, sean éstos anteriores o posteriores a la entrada en vigor del Acuerdo, así como a los inversionistas de una Parte. Sin embargo, no se aplicarán a divergencias o controversias que hayan surgido antes de su entrada en vigor.

En el mismo sentido, aunque con una redacción distinta, el APPRI celebrado entre México y la República de Francia, establece en su artículo 2º lo siguiente:

**Artículo 2º.
Ámbito de Aplicación del Acuerdo.**

⁶³ Véase GARCÍA MAYNES, Eduardo. *Introducción al Estudio del Derecho*, 50ª edición, Porrúa, México, 1999, pp. 80 – 82.

1. Se entiende que las inversiones cubiertas bajo el presente Acuerdo son aquellas que ya han sido realizadas o pueden ser realizadas después de la entrada en vigor de este Acuerdo, de conformidad con la legislación de la parte contratante en el territorio o en la zona marítima donde son realizadas las inversiones.
2. Este Acuerdo se aplicará en el territorio y en la zona marítima donde son realizadas las inversiones.
3. Nada de lo dispuesto en el presente Acuerdo será interpretado para impedir a cualquiera de las Partes Contratantes tomar cualquier medida para regular las inversiones realizadas por inversionistas extranjeros y las condiciones de las actividades de estos inversionistas, en el marco de medidas destinadas a preservar y promover la diversidad cultural y lingüística.

Cómo se puede observar, en una cláusula se pretende regular a los ámbitos de validez a los que hacemos alusión. Sin embargo, esta clase de disposiciones no pueden interpretarse de manera aislada pues para conocer los ámbitos material, personal y espacial de validez es necesario a su vez conocer el significado que conforme al Acuerdo de Inversión o al derecho interno de los países contratantes tienen los conceptos de *inversión*, *inversionista* y *territorio*. De poco funciona esta cláusula si no conocemos los conceptos jurídicos que en ellos se consignan y, en el mismo sentido, cuando cada uno de estos conceptos es claro, incluyendo además los relativos a la entrada en vigor del acuerdo, una cláusula como éstas se hace innecesaria, tan es así que, por ejemplo, en la cláusula citada del APPRI celebrado con Francia, no se incluye ninguna referencia al ámbito personal de validez, pero éste sí está regulado en otra disposición del mismo.

Partiendo de lo anterior, a continuación analizaremos cada uno de estos ámbitos de validez y cada uno de los conceptos a los que hacemos alusión.

1. Ámbito Material de Validez.

La forma usual en la que el ámbito material de validez de estos acuerdos se ha determinado, es mediante la definición expresa de lo que ha de entenderse por “inversión extranjera”.

Como ya lo hemos comentado en el Capítulo I, no existe un concepto único de lo que ha de entenderse por inversión extranjera y éste es distinto dependiendo de las relaciones que existan entre las partes que la realizan, existiendo definiciones sumamente amplias que comprenden prácticamente cualquier activo colocado desde el exterior en el territorio del Estado parte, hasta definiciones sumamente restrictivas que incluyen únicamente ciertos activos destinados de manera exclusiva a ciertas actividades económicas.

A manera de ejemplo, resulta útil analizar la definición que sobre inversión extranjera encontramos en el Capítulo XVII del Tratado de Libre Comercio celebrado entre los Estados Unidos Mexicanos, la República de Colombia y la República de Venezuela (TLC G3), cuyo artículo 17-01 establece:

Artículo 17-01: Definiciones.

Para los efectos de este capítulo se entenderá por:

.....

Inversión: los recursos transferidos al territorio nacional de una Parte o reinvertidos en él por inversionistas de otra Parte, incluyendo:

- a) cualquier tipo de bien o derecho que tenga por objeto producir beneficios económicos;
- b) la participación de inversionistas de una Parte, en cualquier proporción, en el capital social de sociedades constituidas u organizadas de conformidad con la legislación de otra Parte;
- c) las empresas que sean propiedad de un inversionista de esa Parte o efectivamente controladas por él, que hayan sido constituidas u organizadas en el territorio de la otra Parte; y
- d) cualquier otro recurso considerado como inversión bajo la legislación de esa Parte.

Inversión no incluye operaciones de crédito o endeudamiento, entre ellas:

- a) una obligación de pago del Estado o de una empresa del Estado, ni el otorgamiento de un crédito al Estado o a una empresa del Estado;
- b) derechos pecuniarios derivados exclusivamente de:
 - i) contratos comerciales para la venta de bienes o servicios por un nacional o empresa en territorio de una Parte a una empresa en territorio de otra Parte; o
 - ii) el otorgamiento de crédito en relación con una transacción comercial, como el financiamiento al comercio.

Como se puede apreciar, la primera parte de la definición es sumamente amplia al comprender prácticamente todo tipo de bienes. Sin embargo, en la segunda parte la definición es acotada al excluirse de manera expresa a las operaciones de crédito o endeudamiento, especialmente el endeudamiento público y las deudas derivadas de créditos comerciales.

Definiciones como éstas, en las que se parte de un concepto amplio para después acotarlo a través de excepciones expresas, son muy comunes, de hecho, esta clase de definición fue la empleada por el Capítulo XI del TLCAN.⁶⁴

2. Ámbito Personal de Validez.

El ámbito personal de validez de la norma está determinado en función del concepto de inversionista o inversor.

En prácticamente todos los Acuerdos de Inversión dentro del concepto de inversionista se comprende tanto a personas físicas, como a personas morales. Sin embargo, el establecimiento de criterios para la determinación de la pertenencia de unas y otras a uno de los dos Estados constituye sin duda uno de los problemas más difíciles de resolver, por enfrentarse conceptos y tradiciones jurídicas muy diferentes.

⁶⁴ Artículo 1139.

Por lo que respecta a las personas físicas, el problema se ha resuelto mediante la remisión que el acuerdo realiza al derecho interno de cada uno de los países contratantes de forma tal que se entenderá como inversionista persona física toda aquella que tenga la nacionalidad del Estado parte, siendo evidente que quien tiene derecho para determinar los criterios para conferir la nacionalidad es el propio Estado que la confiere. Un claro ejemplo de la solución anterior la encontramos en el APPRI celebrado entre México y la República de Austria en el que se establece lo siguiente:

Artículo 1. Definiciones.

Para el propósito de este Acuerdo:

1. "Inversionista de una parte contratante" significa:

a) Una persona natural que tiene la nacionalidad de una parte contratante de acuerdo con su derecho aplicable.

.....

Por lo que respecta a las personas morales, en la práctica jurídica internacional se observa la adopción de diversos criterios para determinar la "nacionalidad" del inversionista, dentro de ellos, los más utilizados son los siguientes:

(i) El Lugar de su Constitución.

Mediante este criterio se considera que una persona moral pertenece al Estado parte cuando se ha constituido observando las reglas que para tal efecto establece su derecho interno, con absoluta independencia del lugar en donde realiza sus actividades económicas. Un ejemplo del anterior criterio lo podemos encontrar también en el APPRI celebrado con la República de Austria en el que se establece:

Artículo 1. Definiciones.

Para el propósito de este Acuerdo:

1. "Inversionista de una Parte Contratante" significa:

.....

b) una empresa constituida u organizada bajo el derecho aplicable de una parte contratante; que realice o haya realizado una inversión en el territorio de la otra parte contratante.

En el mismo sentido, el Capítulo XI del TLCAN ha adoptado este criterio al establecer en su artículo 1139, las siguientes dos definiciones:

Empresa de una parte: Significa una empresa constituida u organizada de conformidad con la ley de una Parte; y una sucursal ubicada en territorio de un Parte y que desempeñe actividades comerciales en el mismo;

Inversionista de una Parte: Significa una parte o una empresa de la misma, o un nacional o empresa de dicha parte, que pretende realizar, realiza o ha realizado una inversión.

(ii) El Lugar de su Sede.

Conforme a este criterio, una persona moral se considerará como inversionista del Estado parte del que se trate cuando tenga en su territorio la sede o el asiento principal de su administración. Un ejemplo de este criterio lo encontramos en el APPRI celebrado entre México y la República Oriental del Uruguay, cuyo artículo 1º, punto 3, inciso b), establece:

Artículo 1º. Definiciones.

.....

3. El término “inversor” designa cualquier persona física o jurídica que invierta en el territorio de la otra parte contratante, entendiéndose por:

.....

b) “persona jurídica”, cualquier entidad constituida de conformidad y reconocida como tal por las leyes y reglamentos de una parte contratante y que tenga su sede en el territorio de dicha parte contratante.

(iii) El Concepto de Control.

La nacionalidad de los accionistas que ejercen la “administración efectiva” de la empresa o que poseen la propiedad sustancial de la misma, es otro de los criterios

que existen para definir la “nacionalidad” del inversionista. Un ejemplo de este criterio lo observamos en el APPRI celebrado con Francia, en el que se dispone:

Artículo 1.

Definiciones.

.....

2. El término “inversionista” significa:

.....

b) Toda persona moral constituida en el territorio de una de las partes contratantes de conformidad con la legislación de esa parte contratante y que tenga su sede en el territorio de esa Parte, o que esté controlada, directa o indirectamente por nacionales de una de las partes contratantes o por personas morales que tengan su sede en el territorio de una de las partes contratantes y que estén constituidas de conformidad con la legislación de esa Parte Contratante. Una persona moral se considerará controlada si la mayoría de sus acciones emitidas con derecho a voto son propiedad de un nacional o de una persona moral que tenga su sede en el territorio una de las partes contratantes y que esté constituida de conformidad con la legislación de la última parte contratante.

Como se puede observar de ésta y de las cláusulas antes referidas, muchas veces los criterios para conferir la “nacionalidad” a los inversionistas personas morales se encuentran combinados de forma que los requisitos que se deban cumplir están referidos a los tres criterios aludidos. De hecho, en muchos Acuerdos de Inversión se incluye un requisito más ya contemplado en los ejemplos citados y que es el relativo a que la sociedad sostenga actividades económicas o comerciales reales con el Estado receptor de la inversión.

Finalmente, es importante mencionar que en ocasiones, aunque no es el caso de nuestro país, las diferencias entre los sistemas jurídicos de los Estados parte es tal, que no existe un criterio común para definir lo que ha de entenderse por inversionista extranjero, de manera que cada Estado parte define lo que para ellos significa este concepto. Lo anterior, es claramente expuesto por Rubén Tempone al comentar que *“la determinación de la nacionalidad de una persona jurídica contenida en los tratados con países de derecho anglosajón son reveladores de la dificultad para encontrar un criterio común aceptable para ambos sistemas*

*jurídicos. En los convenios celebrados con el Reino Unido y Canadá, por ejemplo, cada Estado parte define por separado lo que considera “su” sociedad. En estos instrumentos jurídicos se prevé que se considerarán personas jurídicas a las incorporadas o debidamente constituidas en sus territorios. En cambio, serán personas jurídicas argentinas las constituidas de conformidad con las leyes nacionales o que tengan su sede en el territorio de la República Argentina*⁶⁵.

3. Ámbito Temporal de Validez.

Por lo que respecta a este ámbito de validez, las consideraciones temporales en los Acuerdos de Inversión pueden estudiarse desde dos perspectivas, desde el punto de vista de la vigencia del acuerdo y desde el punto de vista de las inversiones a las que el acuerdo se aplicará una vez que esté vigente.

(i) La Vigencia de los Acuerdos de Inversión.

Tratándose de los APPRIS, es una práctica internacionalmente adoptada que su vigencia tenga un periodo de duración de 10 años, siendo prorrogable por otro periodo equivalente o por periodos de más o de menos años. Por ejemplo, el APPRI celebrado con el Reino de España dispone que, una vez vencido el plazo de 10 años, el acuerdo podrá ser renovado por plazos de 2 años⁶⁶. Por otro lado, el APPRI celebrado con la República italiana establece plazos de prórroga de 5 años⁶⁷ y, por otro lado, el APPRI celebrado con la República de Finlandia establece un plazo de prórroga por tiempo indefinido⁶⁸.

En el mismo sentido, se prevé comúnmente que una vez concluida la vigencia del acuerdo, las inversiones realizadas en la época en la que el mismo estuvo en

⁶⁵ TEMPONE, Rubén. *Ob. Cit.*, p. 48.

⁶⁶ Artículo XII.

⁶⁷ Artículo 24.

⁶⁸ Artículo 12.

vigor, gozarán de una protección adicional por 10 años o más. Por ejemplo, el APPRI celebrado con la República Helénica prevé un plazo de 10 años más⁶⁹ y el celebrado con la República Federal de Alemania prevé un plazo de 15 años adicionales⁷⁰.

Por otro lado, es sumamente común encontrar cláusulas por las que, una vez terminado el periodo de vigencia de 10 años, se confiera el derecho a los Estados parte de dar terminado el acuerdo mediante una denuncia formulada por escrito con doce meses de anticipación, misma que puede formularse al cumplirse el noveno año y así, dar por terminado el acuerdo al décimo año sin que operen los plazos de prórroga.

Un ejemplo de lo antes mencionado lo podemos observar claramente reflejado en el APPRI celebrado entre México y la República Checa. El artículo 25 de este acuerdo establece lo siguiente:

Artículo 25. Entrada en Vigor, Duración y Terminación.

.....

(3) El presente Acuerdo tendrá una vigencia inicial de diez (10) años y, posteriormente, tendrá una vigencia indefinida, salvo que alguna de las partes contratantes notifique, por escrito, a través de la vía diplomática a la otra parte contratante su intención de dar por terminado el presente Acuerdo, con doce (12) meses de anticipación.

(4) Con respecto a las inversiones realizadas con anterioridad a la fecha de terminación del presente Acuerdo, las disposiciones del presente Acuerdo continuarán en vigor por un periodo de diez (10) años contados, a partir de la fecha de terminación del presente Acuerdo.

.....

Por último, en lo que respecta a los capítulos de inversión contenidos en tratados de libre comercio, en ocasiones la vigencia del capítulo está referida a la vigencia del tratado del que se trata y en este sentido, a fin de observar la vigencia de los derechos de protección conferidos al inversionista extranjero, es necesario

⁶⁹ Artículo 21.

⁷⁰ Artículo 22.

analizar la vigencia del tratado en sí, salvo que se hubieran establecido reglas de vigencia distintas.

(ii) Las Inversiones Sujetas a la Protección del Acuerdo.

Esta implicación del ámbito temporal de validez se traduce en la determinación de las inversiones que serán objeto de protección, las realizadas con posterioridad a la entrada en vigor del acuerdo o las realizadas con anterioridad.

Tomando en consideración que la finalidad de esta clase de acuerdos es atraer a capitales extranjeros, sería lógico pensar que los beneficios en ellos consignados se aplicaran únicamente a las inversiones que aún no han sido realizadas y no a los capitales que ya fueron atraídos, situación que, en términos estrictamente jurídicos, sería legítima en atención al principio de irretroactividad de los tratados previsto por el artículo 28 de la Convención de Viena, que establece lo siguiente:

“Las disposiciones de un tratado no obligarán a una parte respecto de ningún acto o hecho que haya tenido lugar con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del tratado para esa parte, ni de ninguna situación que en esa fecha haya dejado de existir, salvo que una intención diferente se desprenda del tratado o conste de otro modo”.

Pese a lo anterior, en la práctica internacional se ha observado de manera común la “intención diferente” a la que alude el texto citado y en la celebración de los Acuerdos de Inversión la aplicación de los derechos de protección se ha extendido en muchas ocasiones a las inversiones realizadas con anterioridad a la vigencia del acuerdo, situación que, desde una perspectiva distinta, es perfectamente comprensible si tomamos en consideración que estos acuerdos fueron principalmente impulsados por los países desarrollados, de ahí que sea claro que sean sus intereses los que a través de la celebración de estos acuerdos se intenten salvaguardar. Si bien el motivo de todo Acuerdo de Inversión es atraer capitales a fin de propiciar el desarrollo económico del Estado receptor, debemos entender que su finalidad es también conferir certidumbre a las inversiones provenientes de países exportadores de capital.

Un ejemplo en el que se desprende la extensión de los derechos de protección a las inversiones realizadas con anterioridad a la entrada en vigor del Acuerdo de Inversión, lo encontramos en el Capítulo 9 del Tratado de Libre Comercio celebrado con Chile, en cuyo artículo 9-02, punto 2, se dispone lo siguiente:

“2. Este capítulo se aplica tanto a las inversiones existentes a la fecha de entrada en vigor de este Tratado, como a las inversiones hechas o adquiridas con posterioridad.

Es importante hacer una distinción entre la aplicación del acuerdo a las inversiones realizadas con anterioridad a su entrada en vigor y la aplicación del mismo a las controversias sobre inversión suscitadas con anterioridad a esta fecha. En muchos Acuerdos de Inversión se prevé que las diferencias o controversias suscitadas con anterioridad a la celebración del APPRI no podrán gozar de los derechos de protección y, por ende, las mismas no podrán llevarse ante una instancia internacional, debiendo ser resueltas mediante la aplicación exclusiva del derecho interno y, en todo caso, recurrir a la protección diplomática después de agotados los recursos internos del sistema jurídico procesal del Estado receptor. Una distinción como la anterior lo encontramos en el APPRI celebrado con Alemania, cuyo artículo 9º establece que:

“El presente Acuerdo se aplicará también a las inversiones efectuadas por los nacionales o sociedades de un Estado Contratante antes de la entrada en vigor del mismo, conforme a las disposiciones legales del otro Estado Contratante en su territorio. Sin embargo, no se aplicará a divergencias o controversias que hayan surgido con anterioridad a su entrada en vigor”.

4. Ámbito Espacial de Validez.

En ejercicio de su soberanía, los Estados parte tienen el derecho para determinar en que porciones de su territorio tendrá vigencia el Acuerdo de Inversión respectivo y en cuales no. En el mismo sentido, tratándose de Estados Federales,

las partes contratantes pueden pactar que el acuerdo tenga vigencia en algunos Estados de la Federación y en otros no.

No obstante lo anterior, los acuerdos analizados para la realización de esta tesis se aplican en todo el territorio de las partes y en cualquier orden de gobierno. Por ejemplo, el artículo 15-02, punto 2, del Capítulo XV del Tratado de Libre Comercio celebrado con Bolivia, establece lo siguiente:

“Este capítulo se aplica en el territorio de cada parte, en cualquier nivel u orden de gobierno, a pesar de las medidas incompatibles que pudieran existir en sus legislaciones...”

En el mismo sentido, en el artículo 1º del APPRI celebrado con la Unión Económica Belgo-Luxemburguesa se define al territorio de las partes en toda su extensión, considerando mar territorial y zona económica exclusiva, en los siguientes términos:

“5. El término “territorio” se aplicará al territorio de los Estados Unidos Mexicanos, al territorio del Reino de Bélgica y al territorio del Gran Ducado de Luxemburgo, así como a las áreas marinas, i.e. las áreas marinas y submarinas a las cuales se extiendan las aguas territoriales de los Estados referidos y donde éstos ejercitan, de acuerdo con el derecho internacional, sus derechos de soberanía y jurisdicción para el propósito de exploración, explotación y preservación de recursos naturales.

Siendo estos los ámbitos de validez de los Acuerdos de Inversión, a continuación analizaremos los derechos que confieren y a los que tanto hicimos alusión en nuestro primer Capítulo.

B. Efectos Jurídicos (Contenido Obligacional).

Las obligaciones que un Estado adopte en la materia son distintas dependiendo de la naturaleza de la relación que exista con el país con el que se celebre el acuerdo, por lo que la determinación del contenido exacto de tales normas

requiere de una verificación casuística. De cualquier manera, estas normas de protección garantizan fundamentalmente cuatro aspectos: (i) El derecho a la propiedad, (ii) la no discriminación, (iii) la libre transferencia de capitales o utilidades y (iv) el acceso a un mecanismo imparcial de solución de conflictos.

Sin dejar de considerar que toda clasificación es arbitraria, los derechos de protección a la inversión extranjera pueden ser divididos en dos clases de normas: Normas de tratamiento y normas de protección.

Las normas de tratamiento pueden ser a su vez de dos tipos, relativas y absolutas. Las primeras no están vinculadas a ningún ordenamiento jurídico por lo que son normas de contenidos abiertos, mientras que las segundas tienen un contenido preciso al entenderse necesariamente relacionadas con otras normas jurídicas.

a) Normas de Tratamiento Relativo.

Esta clase de disposiciones tienen como finalidad evitar la discriminación derivada del origen nacional de la inversión y se ha manifestado a través de los principios de *trato nacional* y de *trato de nación más favorecida*, que a su vez se complementan con el principio denominado *nivel de trato*. Asimismo, dentro de esta clase de normas podríamos englobar al principio de *prohibición de requisitos de desempeño* y a la denominada *umbrella clause* o *cláusula de condiciones más favorables*.

1. El Trato Nacional.

La finalidad de este estándar de protección es la de establecer condiciones de seguridad y competencia equivalentes a las que tienen los inversionistas

nacionales, de forma que la conducta del Estado respecto al inversionista extranjero sea la misma que observa respecto a sus nacionales.

2. El Trato de Nación más Favorecida.

De forma similar, este principio tiene por objeto conceder al inversionista extranjero un tratamiento equivalente al más privilegiado que el Estado receptor concede a los inversionistas de un tercer Estado, cualquiera que éste sea.

Tanto el principio de trato nacional, como el de nación más favorecida, han sido consagrados en la inmensa mayoría de los acuerdos a través de la frase “trato no menos favorable”. Así, por ejemplo, el APPRI celebrado entre México e Italia, establece en su artículo 3º lo siguiente:

Artículo 3. Tratamiento.

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

El empleo de esta expresión se explica en la medida en la que estos estándares de protección están ideados no solo para otorgar estricta igualdad de trato entre inversionistas nacionales y/o extranjeros; sino que también pueden asegurar un tratamiento privilegiado para los inversionistas del país de origen que suscribió el acuerdo.

Como ya lo comentamos, el otorgamiento de un trato privilegiado entre nacionales y extranjeros, así como entre extranjeros entre sí, nos hace reflexionar sobre la constitucionalidad de estos acuerdos a la luz del artículo 1º Constitucional en el que se contiene la garantía de igualdad y se prohíbe la discriminación por el origen nacional.

Sin intentar llegar a una conclusión sobre el tema por escapar a los propósitos de esta tesis, cabe mencionar que este problema de constitucionalidad ha sido ya discutido por la doctrina de otros países, sosteniéndose que esta clase de acuerdos no son inconstitucionales en la medida en la que existen otras disposiciones constitucionales que facultan a los Congresos de los Estados para emitir leyes para fomentar la inversión extranjera a través de estímulos temporales, pudiendo clasificarse dentro de éstas a los Acuerdos de Inversión⁷¹. A este respecto es importante recordar que, como regla general, todos los APPRIS tienen una vigencia de 10 años prorrogables por otro “x” número de años más o por un periodo indeterminado.

Con independencia de lo anterior, la Constitución mexicana no contiene ninguna disposición por la que se prevea la concesión de beneficios temporales a los extranjeros para fomentar su inversión en el país, situación que plantea aún más aristas en las implicaciones constitucionales de estos acuerdos a la luz de nuestro derecho. Desafortunadamente, el desarrollo de doctrina mexicana sobre los alcances de la garantía de no discriminación por el origen nacional es insuficiente y mucho más si la relacionamos con los beneficios conferidos a los extranjeros sobre los nacionales o sobre otros extranjeros a través de los Acuerdos de Inversión. Lo anterior quizá se deba al escaso tiempo en que estas nuevas normas han estado vigentes en nuestro país.

3. El Nivel de Trato.

Este principio es un complemento de los dos anteriores y tiene como finalidad establecer que el trato que se conferirá al inversionista extranjero será el más benéfico entre el concedido a nacionales y/o a extranjeros de otros países.

⁷¹ Véase YMAS VIDELA, Esteban. *Protección de Inversiones Extranjeras – Tratados Bilaterales – Sus Efectos en las Contrataciones Administrativas*, La Ley, Buenos Aires, 1999, p. 30. En el mismo sentido véase GRANATO, Leonardo. *Protección del Inversor Extranjero y Arbitraje Internacional en los Tratados Bilaterales de Inversión*, Departamento de Investigación de la Universidad de Belgrano, Argentina, 2005, p. 21.

Un ejemplo claro de la expresión de esta regla de protección la observamos en el APPRI celebrado entre México y el Reino de Suecia, que establece lo siguiente:

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

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

.....

4. Prohibición de Requisitos de Desempeño.

Una medida por la que los Estados han buscado controlar la inversión extranjera, es a través del establecimiento de diversos requisitos y condiciones que, no siendo exigibles a los inversionistas nacionales, se exigen al inversionista extranjero a fin de conducir una política de desarrollo económico y social favorable para el país, pero en perjuicio de los intereses capitalistas de las empresas extranjeras. Por ejemplo, se han establecido volúmenes obligatorios de exportación de un bien determinado o la obligación de alcanzar un cierto grado de contenido nacional en su producción e, incluso, el utilizar únicamente materia prima producida en un determinado país.

Todas estas condiciones afectan la competitividad de las empresas extranjeras respecto a las nacionales y, por ende, buscan ser eliminadas a través de la celebración de esta clase de acuerdos. Por ejemplo, en el artículo 9-07 del Capítulo 9 del Tratado de Libre Comercio celebrado entre México y la República de Chile se prohíben estos requisitos de desempeño en los siguientes términos:

Artículo 9-07: Requisitos de Desempeño.

1. Ninguna parte podrá imponer ni hacer cumplir cualquiera de los siguientes requisitos o hacer cumplir ningún compromiso u obligación,

en relación con el establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción u operación de una inversión de un inversionista de una Parte o de un país no parte en su territorio para:

- a) exportar un determinado nivel o porcentaje de bienes o servicios;
 - b) alcanzar un determinado grado o porcentaje de contenido nacional;
 - c) adquirir o utilizar u otorgar preferencia a bienes producidos o a servicios prestados en su territorio, o adquirir bienes o servicios de personas en su territorio;
 - d) relacionar en cualquier forma el volumen o valor de las importaciones con el volumen o valor de las exportaciones, o con el monto de las entradas de divisas asociadas con dicha inversión;
 - e) restringir las ventas en su territorio de los bienes o servicios que tal inversión produce o presta, relacionando de cualquier manera dichas ventas al volumen o valor de sus exportaciones o a las ganancias que generen en divisas;
 - f) transferir a una persona en su territorio tecnología, un proceso productivo u otro conocimiento de su propiedad, salvo cuando el requisito se imponga o el compromiso u obligación se hagan para reparar una supuesta violación a las leyes en materia de competencia o para actuar de una manera que no sea incompatible con otras disposiciones de este Tratado; o
 - g) actuar como el proveedor exclusivo de los bienes que produce o servicios que presta para un mercado específico, regional o mundial.
-

Finalmente, es importante mencionar que en muchos Acuerdos de Inversión se establece expresamente que las medidas que un Estado adopte en materia de salud, seguridad y medio ambiente no podrán entenderse como requisitos de desempeño, salvo que las mismas sean injustificadas o arbitrarias.

5. *Umbrella Clause* o Cláusula de Condiciones más Favorables.

Esta cláusula tiene como finalidad salvaguardar en favor del inversionista extranjero cualquier derecho presente o futuro que de manera adicional o más benéfica se encuentre previsto por otro tratado internacional o por la misma legislación interna del Estado huésped. Un ejemplo de la formulación de esta

cláusula la encontramos en el APPRI celebrado entre México y la República Argentina, cuyo artículo 8º establece lo siguiente:

ARTÍCULO OCTAVO
Condiciones más Favorables

Si las disposiciones de la legislación de cualquier parte contratante o las obligaciones de derecho internacional existentes o que se establezcan en el futuro entre las partes contratantes en adición al presente Acuerdo y que otorguen un trato más favorable que el que se establece en el presente Acuerdo, tales normas, ya sean generales o específicas, prevalecerán sobre el presente Acuerdo en la medida que sean más favorables.

Es conveniente mencionar que muchos Acuerdos de Inversión no prevén esta cláusula. Sin embargo, desde nuestro punto de vista, la misma se entiende como implícita en la relación Inversionista - Estado, salvo el caso de que haya existido una renuncia expresa a la protección que brindaran esta clase de normas.

Es importante mencionar que un sector importante de la doctrina internacional ha dado una función distinta a la denominada *umbrella clause*, al establecer que mediante las mismas las partes contratantes extienden la protección del acuerdo a “*cualquier otro compromiso*” asumido por el Estado receptor respecto a una inversión y, en este sentido, se extiende la protección brindada por el acuerdo a todos aquellos incumplimientos de contratos celebrados entre dependencias públicas del Estado e inversionistas extranjeros. Un ejemplo de esta cláusula la podemos observar en el APPRI celebrado entre la República de Argentina y Alemania, en cuyo artículo 7, punto 2, se establece que: “*Cada parte contratante cumplirá cualquier otro compromiso que haya contraído con relación a las inversiones efectuadas por los nacionales o sociedades de la otra Parte contratante en su territorio*”.⁷²

b) Normas de Tratamiento Absolutas.

⁷² Este Acuerdo de Inversión fue adoptado por la República Argentina mediante la Ley 24.098/92.

Dentro de esta clase de normas encontramos al principio de *trato justo y equitativo*, así como al principio de *protección y seguridad plenas*. Como lo comentamos con anterioridad, estas normas se caracterizan por carecer de contenidos definidos, lo que hace que los mismos únicamente puedan ser satisfechos a través de análisis casuísticos, especialmente los formulados por tribunales arbitrales al momento de solucionar un conflicto entre un inversionista y un Estado.

El contenido de estas normas no se encuentra tipificado *ex-ante* en su totalidad, sino que se determinará conforme a las circunstancias del caso concreto. Se trata sólo de una orientación de la conducta esperada, no de una descripción detallada de la conducta requerida. Sin embargo, existe una orientación para relacionar el principio de trato justo y equitativo con la buena fe que los Estados deben guardar al momento de admitir una inversión, mientras que el principio de protección y seguridad plenas se ha referido a un deber de diligencia.

Respecto al primero de los principios mencionados, Silvia Fernández Gurmendi comenta que *“la obligación de conceder el tratamiento justo y equitativo, que constituye una reivindicación tradicional de los países exportadores de capital, está muy difundida en la práctica internacional relativa a las inversiones extranjeras. Parece todavía difícil, sin embargo, sostener la existencia de una norma internacional al respecto. Tampoco existe consenso sobre su contenido y alcance. Algunos lo asimilan al principio de buena fe que comporta, entre otras, la obligación de no tener un comportamiento contrario al objeto y fin del acuerdo (...). Desde esta perspectiva el significado del tratamiento justo y equitativo, muy elástico, se configurará caso por caso, en relación con las demás disposiciones del acuerdo y con el contexto social y político en el cual éste se inserta”*.⁷³

⁷³ FERNANDEZ GUERMENDI, Silvia. *Los Convenios Bilaterales de Promoción y Protección de Inversiones en Los Convenios para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones*, Instituto del Derecho Internacional y de la Navegación de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 2003, p. 70, *Cit. Pos.* GRANATO, Leonardo, *Ob. Cit.*, p. 19.

Por su parte, respecto al principio de protección y seguridad plenas, Rubén Tempone sostiene “*que a través del mismo se amplían las obligaciones que los Estados parte han asumido y obliga a los Estados a ejercer la debida diligencia para la protección de la inversión extranjera*”⁷⁴, comentando que en el caso *American Manufacturing & Trading, Inc. c. La República de Zaire*, el tribunal arbitral hizo un pronunciamiento respecto al incumplimiento de esta obligación, demostrando así la vigencia del principio. El tribunal confirmó la vigencia de esta obligación en los términos siguientes:

“... It would not appear useful for the Tribunal to enter into the debate whether in the case on hand Zaire is bound by an obligation of result or simple an obligation of conduct. The Tribunal deems it is sufficient to ascertain as it has done, that Zaire has breach its obligation by taking no measure whatever would serve to ensure the protection and security of the investment in question”.⁷⁵

A pesar de la apertura conceptual de estos principios, la limitación natural que en los mismos se observa está referida a la razonabilidad en la conducta debida del Estado, de forma que únicamente incumplen estos dos principios aquellos Estados que realicen conductas arbitrarias o irracionales en perjuicio del inversionista extranjero. Una especial referencia a esta limitación la encontramos, por ejemplo, en el APPRI celebrado con Cuba, cuyo artículo 4º establece lo siguiente:

Artículo 4. Protección y Tratamiento.

(1) A las inversiones de cada parte les será otorgado en todo momento un trato justo y equitativo y gozarán de protección y seguridad plenas en el territorio de la otra parte, de conformidad con el Derecho Internacional. Ninguna de las Partes perjudicará en modo alguno, por medio de medidas arbitrarias o discriminatorias, la administración, mantenimiento, uso, goce o disposición de inversiones en su territorio de inversionistas de la otra Parte.

⁷⁴ TEMPONE, Rubén. *Ob. Cit.*, p. 55.

⁷⁵ “... puede no parecer útil para el Tribunal entrar en el debate sobre si en el caso concreto Zaire está vinculado por una obligación de resultado o simplemente por una obligación de conducta. El Tribunal concluye que es suficiente para aseverar, como ha sido hecho, que Zaire ha violado su obligación al no haber tomado alguna medida que hubiera servido para asegurar la protección y seguridad de la inversión en cuestión”. (Traducción propia).

Por otro lado, vale la pena comentar una nota aclaratoria contenida en el artículo 60 del Capítulo 7 del Tratado de Libre de Comercio celebrado con El Japón. Este artículo busca definir el alcance de estas dos normas de tratamiento absoluto en los siguientes términos:

Artículo 60. Trato General.

Cada parte otorgará a las inversiones de los inversionistas de la otra parte un trato acorde con el derecho internacional, incluido trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas.

Nota: Este artículo establece el nivel mínimo de trato a los extranjeros propio del derecho internacional consuetudinario, como el nivel mínimo de trato que debe otorgarse las inversiones de inversionistas de la otra Parte. Los conceptos de “trato justo y equitativo” y “protección y seguridad plenas” no requieren un trato adicional al requerido por el nivel mínimo de trato a los extranjeros propio del derecho internacional consuetudinario, o que vaya más allá de éste. Una resolución en el sentido de que se ha violado otra disposición de este Acuerdo o de un acuerdo internacional distinto no establece que se ha violado este artículo.

Como se puede observar, se pretende equiparar a las dos normas de protección a las que nos hemos venido refiriendo al principio de *nivel mínimo de trato* al que hacía referencia la doctrina clásica y al auspicio del cual se cometieron varios abusos a los países en vías de desarrollo durante los siglos XIX y principios del XX.

Lo anterior, nos lleva a preguntarnos: ¿Cuál es el sentido de celebrar un Acuerdo de Inversión por el que se establezcan con claridad los derechos de protección de los inversionistas extranjeros si, a fin de cuentas, nos remitiremos a la indeterminación de la que quisimos “huir” con la celebración misma del acuerdo?

Respondiendo la pregunta planteada, podemos formular dos comentarios. Por un lado, si bien en el acuerdo celebrado con El Japón “regresamos” al principio de *nivel mínimo de trato internacional*, la realidad es que en el mismo acuerdo se establecen, por expreso y con claridad, otros derechos de protección adicionales,

por lo que es absurdo sostener que, en términos burdos, “el acuerdo no sirvió para nada”. Por otro lado, si bien es cierto que hay un efectivo regreso a la vigencia de este principio del derecho internacional consuetudinario, la realidad es que los principios de *trato justo y equitativo* y de *protección y seguridad plenas* son, al igual que el *nivel mínimo de trato*, reglas de contenido indeterminado y, por ende, al auspicio de los mismos se podrían también cometer los mismos abusos que los cometidos hace un siglo, si a los mismos se les dota de un contenido injusto o irracional.

En este sentido, la razonabilidad en la aplicación de las normas de contenido abierto es un elemento fundamental para evitar que estos abusos se repitan. Esta razonabilidad debe necesariamente hacerse manifiesta en la motivación de los laudos arbitrales que de manera casuística van analizando y dotando de contenido a estos principios. Así, el derecho pasa de ser norma o ley, para convertirse en razones y argumentos.

c) Normas de Protección.

La finalidad de esta clase de normas es la de evitar los llamados riesgos políticos o riesgos no comerciales por los que el gobierno de un Estado podría interferir arbitrariamente en los derechos o en la propiedad de un inversionista extranjero.

Dentro de esta clase de normas podemos ubicar al derecho a una *indemnización “justa, pronta y adecuada”* en caso de expropiación u ocupación del Estado sobre la propiedad del inversionista extranjero y a la *libre transferencia de capitales y utilidades*. Asimismo, podemos ubicar también dentro de esta clase de normas al derecho del inversionista extranjero para acceder al arbitraje internacional como mecanismo imparcial en la solución de conflictos.

1. Indemnización Justa, Pronta y Adecuada.

En virtud de los derechos de autodeterminación económica y de soberanía sobre los recursos naturales reconocidos dentro del plano global del derecho internacional, ningún Estado puede ser obligado a no requisar, expropiar o nacionalizar⁷⁶ la propiedad de un extranjero. Sin embargo, a través de la celebración de los Acuerdos de Inversión se han establecido ciertas condiciones de legalidad y justicia bajo las cuales estas medidas pueden ser adoptadas por el Estado.

Dentro los estándares establecidos en los Acuerdos de Inversión, un Estado sólo puede ocupar la propiedad de un inversionista extranjero cumpliendo con los siguientes requisitos:

- Que el acto sea realizado por una causa de utilidad pública.
- Que los motivos del acto no tengan una base discriminatoria.
- Que el acto cumpla con la garantía del debido proceso legal.
- Que el monto de la indemnización sea calculado a partir del valor comercial del bien del que se trate.

A fin de comprender la forma en la que estos requisitos han sido incorporados dentro de los Acuerdos de Inversión, resulta ilustrativo observar el artículo V del APPRI celebrado entre México y el Reino de España, que establece lo siguiente:

Artículo V NACIONALIZACIÓN Y EXPROPIACIÓN

⁷⁶ Sobre un análisis entre la diferencia entre estas tres formas de ocupación estatal de la propiedad véase HAMDÁN AMAD, Fauzi. *La Inconstitucionalidad de la Requisa Civil en el Derecho Mexicano en Ensayos Jurídicos de Derecho Constitucional y Administrativo*, Colección Legisladores – Senado de la República, México, 2002, pp. 117 – 135.

1. La nacionalización, expropiación o cualquier otra medida de características o efectos similares (en adelante expropiación) que pueda ser adoptada por las autoridades de una Parte Contratante contra las inversiones en su territorio de inversores de la otra Parte Contratante, deberá aplicarse exclusivamente por razones de utilidad pública, conforme a las disposiciones legales, en ningún caso será discriminatoria y dará lugar al pago de una indemnización al inversor o a su causahabiente o sucesor legal conforme a los párrafos 2 y 3 del presente Artículo.

2. La indemnización será equivalente al valor de mercado que la inversión expropiada tenía inmediatamente antes del momento en que la expropiación se haya adoptado o haya sido anunciada o publicada, lo que ocurra primero. Los criterios de valoración se determinarán conforme a la legislación vigente aplicable en el territorio de la parte contratante receptora de la inversión.

3. La indemnización se abonará sin demora, en moneda convertible y libremente transferible.

.....

Es importante mencionar que si bien este artículo consigna que la expropiación debe realizarse *“conforme a las disposiciones legales”*, debe entenderse que dicha expropiación debe realizarse en cumplimiento de la garantía del debido proceso legal.

En efecto, consideramos que la redacción empleada en este APPRI es desafortunada pues parecería que la intención de las partes al celebrarlo fue la de pactar la denominada *“garantía del proceso legislado”* y no la *“garantía del debido proceso legal”*, toda vez que conforme a la primera, el Estado cumpliría con sus obligaciones derivadas del acuerdo únicamente cumpliendo con la ley interna, sin importar que la misma fuera totalmente injusta y no confiriera el derecho a oponer una defensa, a ofrecer pruebas o a ser emplazado dentro del procedimiento administrativo de expropiación. Es evidente que la intención de las partes, al momento de pactarlo, fue la de garantizar el derecho a una defensa adecuada en contra de la medida adoptada por el Estado.

Por otro lado, de la lectura del primer párrafo del artículo V se desprende un elemento de suma relevancia. A través de la frase *“o cualquier otra medida de características o efectos similares”*, México y España extendieron el alcance de

este derecho de protección a la que se conoce como “*creeping expropriation*” o expropiación indirecta.

Estas formas de expropiación indirecta se refieren a aquellos actos que si bien no revisten las características jurídicas de una expropiación o nacionalización *per se*, si son actos administrativos que generan las mismas consecuencias al perjudicar los derechos del inversionista de una manera injusta. Esta clase de actos pueden revestir muy diversas formas, por ejemplo, la resolución arbitraria de un contrato administrativo, una progresiva regulación por parte del Estado que traiga aparejada una situación económica o financiera gravosa para el inversionista e, incluso, un incremento impositivo sostenido.

Un caso famoso en el que fue reconocida esta forma de expropiación indirecta tuvo lugar dentro del marco jurídico del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre *Liberian Eastern Corporation (LETCO)* y *El Gobierno de la República de Liberia*. En este caso el tribunal arbitral consideró que la revocación por Liberia de un contrato de concesión que otorgaba la exclusividad de actividades madereras por veinte años a una empresa de origen francés, debía ser considerada como una expropiación ilegal, ya que no se ajustaba a las condiciones que en el APPRI se señalaban para la expropiación.⁷⁷

2. Libertad de Transferencias.

Si bien el propósito por el que un país celebra un Acuerdo de Inversión es para atraer capitales y no para dejarlos ir, sería ilógico pretender que un inversionista estaría dispuesto a movilizar su capital a un país extranjero sin la intención de retornar con posterioridad a su país, al menos, las utilidades generadas con motivo de la inversión.

⁷⁷ *Liberian Eastern Corporation (LETCO) v. El Gobierno de la República de Liberia*, Caso CIADI, No. ARB/83/2. publicado en 26 ILM 647 (1987).

Así, en el afán por crear un clima de inversión propicio, los Estados han reconocido el derecho de los inversionistas extranjeros para retornar libremente sus capitales y utilidades a sus respectivos países. Un claro ejemplo de la forma en la que se ha pactado esta obligación en los Acuerdos de Inversión la podemos observar en los primeros dos párrafos del Artículo 17-07 del Capítulo XVII del Tratado de Libre Comercio celebrado entre México, Colombia y Venezuela (G3) que establecen lo siguiente:

Artículo 17-07: Transferencias.

1. Cada parte permitirá que todas las transferencias relacionadas con la inversión de un inversionista de otra parte en el territorio de la parte, se haga libremente y sin demora.

Esas transferencias incluyen:

- a) ganancias, dividendos, intereses, ganancias de capital, pagos por regalías, gastos por administración, asistencia técnica, ganancias en especie y otros montos derivados de la inversión;
 - b) productos derivados de la venta o liquidación, total o parcial, de la inversión;
 - c) pagos derivados de compensaciones por concepto de expropiación; y
 - d) pagos que provengan de la aplicación de las disposiciones relativas al sistema de solución de controversias.
2. Cada parte permitirá que las transferencias se realicen en divisas de libre convertibilidad y a la tasa de cambio vigente en el mercado en la fecha de la transferencia, para las transferencias al contado de la divisa que vaya a transferirse, sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 6.

.....

Como se puede observar, la redacción empleada por el artículo citado es sumamente amplia, de manera que comprende prácticamente todas las formas en las que el inversionista podría regresar a su país los capitales invertidos o las utilidades percibidas.

3. El Acceso al Arbitraje Internacional.

Sin perjuicio de desarrollar este tema con mayor detenimiento en el Capítulo III, el derecho del inversionista de acceder a una instancia internacional para solucionar sus conflictos con el Estado en un procedimiento jurisdiccional imparcial, constituye el beneficio más importante concedido mediante los Acuerdos de Inversión, pues de nada serviría al inversionista gozar de los derechos de protección a los que nos hemos referido, si no contara con mecanismos idóneos para hacerlos exigibles. De hecho, este derecho constituyó en gran medida una de las razones por la que muchos países, especialmente los latinoamericanos, no firmaron antes los diversos Acuerdos de Inversión que hoy han firmado.

Derivado de la Doctrina Calvo y Drago, muchos países latinoamericanos fueron renuentes en conceder este derecho a los inversionistas extranjeros, permitiéndoles únicamente acudir a los tribunales del Estado receptor bajo la aplicación de la legislación local. De hecho, este principio fue acogido en el artículo 36 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos en los siguientes términos:

Artículo 36. Las empresas transnacionales y la inversión privada extranjera están sometidas a la legislación y a la jurisdicción de los tribunales nacionales competentes de los países receptores y a los tratados y convenios internacionales en los cuales éstos sean Parte y, además, deben ajustarse a la política de desarrollo de los países receptores.

Pese a lo anterior, esta “hostilidad” latinoamericana hacía el arbitraje internacional se ha aminorado en gran medida durante los últimos años pues, como lo hemos mencionado, su política económica en torno a la recepción de la inversión extranjera se ha modificado hacia una mucho mayor apertura, situación que ha llevado a estos países, entre ellos México, a conceder este derecho de protección a los inversionistas extranjeros a través de la celebración de los acuerdos a los que nos hemos venido refiriendo.

Dada la naturaleza de los conflictos entre inversionistas extranjeros y Estados, la necesidad de acudir a los tribunales nacionales, como único mecanismo de

solución de controversias, representa una importante desventaja pues el Estado termina convirtiéndose en juez y parte de la misma disputa. Si bien es cierto que en teoría existe una completa autonomía entre los organismos públicos de un país, llámense organismos jurisdiccionales, administrativos o legislativos, la realidad de las cosas es que en estos casos existe un verdadero conflicto de interés para resolver el asunto de manera imparcial. Además, para nadie es un misterio la alta influencia que en un momento dado puede ejercer un organismo sobre el otro, especialmente en los países en vías de desarrollo en los que el poder ejecutivo tiende a prevalecer sobre los demás, llegando incluso a imponer su voluntad.

Bajo esta línea, al ser el Estado parte de la disputa y encontrarse la inversión extranjera sujeta a las leyes y reglamentos del Estado receptor, el propio Estado puede unilateralmente modificar su propia legislación a fin de dar una apariencia de legalidad y constitucionalidad a sus actos, situación que deja en un claro Estado de indefensión al inversionista extranjero. Un claro ejemplo de esta situación la podemos ver en la nacionalización de la banca en México realizada por el ex presidente López Portillo quien, de un día a otro, decidió estatizar la banca propiedad de particulares, haciendo nugatorios los derechos de defensa promovidos por los banqueros ante la posterior reforma de la Constitución (misma que él “ordenó” al Congreso de la Unión) y el consecuente sobreseimiento de los juicios de amparo promovidos, al quedar éstos sin materia.

Ante esta situación, el arbitraje se plantea como el mecanismo más eficaz para garantizar una solución justa e imparcial en los conflictos entre inversionistas y Estados, tan es así, que aún en el caso de que el propio Estado modificará arbitrariamente la legislación interior, el tribunal arbitral está facultado para resolver conforme a derecho internacional, dejando de aplicar así disposiciones de derecho interno notoriamente injustas.

En efecto, prácticamente la totalidad de los acuerdos en materia de inversión establecen la facultad del tribunal arbitral para resolver el caso de conformidad

con el derecho internacional y no sólo de acuerdo al derecho del país que resultare aplicable. Son muy comunes las cláusulas que establecen esta prerrogativa, por ejemplo, el artículo 1131 del Capítulo XI del TLCAN, establece textualmente lo siguiente:

Artículo 1131. Derecho Aplicable.

1. Un tribunal establecido conforme a esta sección decidirá las controversias que se sometan a su consideración de conformidad con este Tratado y con las reglas aplicables del derecho internacional.

Expuesto lo anterior e independientemente de las ventajas que el procedimiento arbitral tiene sobre el procedimiento judicial en la resolución de controversias, es evidente que tratándose de conflictos entre inversionistas extranjeros y Estados, la mayor virtud que el arbitraje internacional ofrece es la de constituirse como un mecanismo imparcial de solución de diferencias⁷⁸.

Siendo estos los derechos que generalmente se confieren a través de los Acuerdos de Inversión, a continuación analizaremos los diferentes modelos que de éstos han sido referidos por la UNCTAD, no sin antes hacer una breve referencia a los modelos de acuerdos utilizados por los diferentes Estados, haciendo énfasis en el modelo de los Estados Unidos de América, así como en el acuerdo multilateral propuesto por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico.

C. Los Modelos de Acuerdos en Materia de Protección a la Inversión Extranjera.

Cada acuerdo internacional en materia de inversión es distinto pues su contenido está determinado por la naturaleza de la relación existente entre los Estados que

⁷⁸ Respecto a las ventajas del procedimiento arbitral en la resolución de diferencias internacionales véase CREMADES, Bernardo María. *Ventajas del Arbitraje en el Comercio Internacional en Panorama del Arbitraje Comercial Internacional*, Selección de lecturas, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Instituto Mexicano de Comercio Exterior, Academia de Arbitraje y Comercio Internacional, UNAM. México, 1983.

los celebran. Sin embargo, considerando que muchos Estados han adoptado su celebración como una medida de política exterior, a fin de facilitar su celebración se han creado modelos de acuerdos que, mediante un formato preestablecido, es utilizado como punto de partida en su negociación, sirviendo en algunos casos como una especie de contrato de adhesión cuando los términos del modelo no son refutados por uno de los Estados parte.

Dada la importancia y utilidad de dichos modelos, en algunos países se han creado modelos oficiales, de manera que éstos son los únicos que pueden ser utilizados en cualquier negociación en la materia, tal es el caso, por ejemplo, de los modelos empleados por los Estados Unidos de América, que incluso llegan a tener una suerte de vigencia.

Por lo que hace a nuestro país, dadas las características de los Acuerdos de Inversión hasta la fecha celebrados, parecería que en ocasiones México se ha adaptado a los modelos de otros países y, en otras ocasiones, simplemente se ha cumplido con un formato estandarizado en la práctica jurídica internacional, en el que, junto con algunas disposiciones especiales y propias de la relación entre Estados de la que se trate, se contienen todas las características y obligaciones a las que hemos hecho alusión con anterioridad. De hecho, la estructura actual de estos acuerdos es sumamente similar en el mundo y no es necesario que un Estado cuente con un determinado modelo pues, como lo hemos mencionado, cada acuerdo será distinto dependiendo de la relación que se sostenga con el Estado parte.

a) El Modelo de los Estados Unidos de América y el Modelo de la OCDE (MIA).

Existen dos modelos que podemos catalogar como de fundamental importancia. El primero de ellos es el empleado por los Estados Unidos de América que, con

algunos cambios, ha sido imitado por muchos países en el mundo. El otro, es el modelo propuesto por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico que buscó ser mucho más que un simple modelo y convertirse en un acuerdo multilateral de inversión, objetivo que no pudo conseguirse.

Por lo que hace al primero de los modelos referidos, Estados Unidos de América fue uno de los países que mayor promoción dio a la celebración de esta clase de acuerdos, por ende, muchos de los primeros APPRIS celebrados en el mundo estuvieron basados en este modelo, a grado tal, que otros países los imitaron y, con modificaciones que resultaran según su conveniencia, crearon ellos su propio modelo o simplemente lo fueron ajustando a las necesidades que cada APPRI implicaba.

Han existido diversas versiones del modelo de los Estados Unidos. Encontramos las versiones de 1982, 1983, 1987, 1994 y la actualmente en vigor de 2004, la cual, se asemeja mucho en contenido al Capítulo XI del TLCAN que ha servido como base para la celebración de Acuerdos de Inversión posteriores.

Por lo que hace al segundo de los modelos referidos, después de la Ronda Uruguay, desde 1995 hasta 1998, los países miembros de la OCDE iniciaron en París un ambicioso proyecto por el que se establecería, sobre la base de una amplia apertura a la inversión extranjera, un marco jurídico internacional único en la materia. Sin embargo, durante las negociaciones de este acuerdo conocido como "MIA" por sus siglas en inglés (*Multilateral Investment Treaty*), existieron muchos desacuerdos sobre su contenido y alcance, de forma que el proyecto nunca pudo ser elevado como documento vinculativo. Pese a lo anterior, las propuestas sobre su texto y los comentarios de las delegaciones involucradas en su realización, han servido como un importante referente en la celebración posterior de estos acuerdos.

b) Los Modelos de Acuerdos de Inversión referidos por la UNCTAD.

De la práctica jurídica internacional, tomando como referente la admisión y establecimiento de las inversiones objeto de protección, se ha observado que los diferentes Acuerdos de Inversión celebrados en el mundo pueden ser enmarcados dentro de ciertos modelos que van desde el control estatal total, hasta una apertura sujeta a mínimas excepciones.

La Conferencia de Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo ha elaborado un estudio por el que, dependiendo de la apertura que cada Estado adopte sobre las inversiones establecidas en su territorio que serán objeto de protección, se han distinguido los siguientes 5 modelos⁷⁹:

1. Modelo de Control.

Dentro de este modelo, las admisiones y controles de la inversión extranjera están sujetos a las leyes y a los reglamentos del país receptor de la inversión, por lo que es el mismo Estado el que determina discrecionalmente cuales son las inversiones extranjeras que admitirá en su territorio y bajo que condiciones.

Este modelo es el más utilizado en el mundo y la discrecionalidad en la admisión de la inversión se ha establecido a través de diversas fórmulas. Estas fórmulas están reflejadas en el clausulado del acuerdo y se manifiestan en diversos sentidos, generalmente, en los tres siguientes.

- (i) La Definición de la Inversión: Cualquiera que sea la definición adoptada por los Estados parte, esta fórmula funciona mediante la adición, a dicha definición, de la frase “*de conformidad con la legislación y reglamentaciones del Estado huésped*”, de manera que toda aquella inversión que no haya sido realizada conforme al derecho

⁷⁹ Véase: UNCTAD/ITE/IIT/10 (vol. II). *Ob. Cit.*, pp. 36 a 56.

del país receptor de la inversión, no puede gozar de los derechos de protección conferidos por el acuerdo, pues se trata de un movimiento de capitales que no está comprendido en su alcance.

- (ii) La Cláusula de Admisión: Esta fórmula consiste en el pacto por el que los países consienten que sólo concederán los derechos de protección establecidos en el acuerdo a las inversiones provenientes del exterior que hayan sido “aceptadas” por el Estado huésped. Esta aceptación puede darse de las más diversas maneras, e incluso, algunos acuerdos establecen que dicha aceptación debe formularse por escrito y de manera casuística.

- (iii) La determinación del Ámbito de Aplicación: De forma similar a como sucede con la fórmula de la definición de la inversión, mediante esta fórmula se adiciona la frase o cláusula a la que nos referimos, al establecerse que el acuerdo se aplicará, y por ende promoverá y protegerá, aquellas inversiones que hayan sido realizadas “*de conformidad con la legislación y reglamentación del Estado huésped*”, de forma tal que, si dicha inversión no cumplió con esa condición, la misma no debe beneficiarse de los derechos consignados en el acuerdo, pues el ámbito de aplicación del mismo está dirigido a otra clase de movimientos de capitales.

2. Modelo de Liberación Selectiva.

Este modelo se traduce en la existencia de una “lista positiva” elaborada por los Estados parte y por la que se indican los sectores industriales y actividades económicas en las se puede realizar la inversión que será protegida, en el entendido de que esta lista se incrementará progresivamente.

3. Modelo de los Programas Regionales de Industrialización.

Mediante estos modelos se busca fomentar las inversiones transfronterizas mediante empresas y proyectos integrados regionalmente, de forma tal que las reglas de admisión de la inversión están implícitas en estas normas. Así pues, si bien el acuerdo no contiene una disposición expresa sobre el derecho de admisión y establecimiento de la inversión, este derecho está implícito en los propios mecanismos de la política industrial adoptada por los Estados parte.

Este modelo ha sido adoptado predominantemente por países africanos y asiáticos.

4. Modelo de Trato Nacional Mutuo.

De acuerdo con la UNCTAD, este modelo se ha originado en la práctica de algunas organizaciones regionales de integración económica. Su finalidad es establecer un régimen común de entrada y admisión para los inversionistas de los Estados miembros y los derechos de protección, en la mayoría de las veces únicamente el trato nacional, no suelen concederse a los inversionistas de los Estados no miembros.

Difiere del modelo anterior en que la admisión de la inversión y su protección no depende de la adopción por los inversionistas de un determinado tipo de programa industrial o empresa conjunta.

El ejemplo más común de este modelo son los tratados por los que se crea la comunidad europea.

5. Modelo Combinado de Trato Nacional y de Trato de Nación más Favorecida (Lista Negativa).

Este modelo está basado en el modelo y en la práctica usual de los Estados Unidos de América y su finalidad es ampliar, en la medida de lo posible, el ámbito de protección conferido al inversionista extranjero. Asimismo, se plantea sobre un marco de apertura de forma que establece solamente una “lista negativa” de actividades o sectores industriales en los que la inversión extranjera no será admitida y, por ende, protegida.

Siendo estos los modelos de Acuerdos de Inversión identificados por la UNCTAD, es importante mencionar que los mismos no se excluyen, por el contrario, existen casos en los que se incorporan diversos elementos de cada uno de estos modelos.

c) El Modelo utilizado por México y la Incorporación de la “Cláusula de Conformidad con la Legislación”.

Es difícil enmarcar a los Acuerdos de Inversión celebrados por México en una sola de las categorías o modelos antes mencionados. Sin embargo, sin lugar a dudas podemos sostener que su celebración ha sido ampliamente influenciada por el modelo de control y por el modelo combinado de trato nacional y de nación más favorecida.

Lo anterior, especialmente la adopción mexicana del modelo de control, es sumamente relevante para nuestro estudio pues a través de la reinterpretación de la “cláusula de conformidad con la legislación” contenida en esta categoría de acuerdos, pretenderemos ajustar su aplicación a las políticas públicas transnacionales en contra de la corrupción (manifestada en diversas formas pero

especialmente en las formas de cohecho, tráfico de influencias, lavado de dinero y fraude), tal y como lo trataremos en el cuarto Capítulo. Por ahora, baste con mencionar cuales son los Acuerdos de Inversión celebrados por México que han adoptado esta cláusula.

Mediante la adopción de la fórmula de la *Definición de la Inversión*, México ha adoptado la “cláusula de conformidad con la legislación” para la admisión y establecimiento de las inversiones extranjeras con los siguientes Estados: Argentina, Reino de Dinamarca, Finlandia, República Helénica, República Italiana, República de Portugal, República Checa y República Oriental del Uruguay⁸⁰. Un claro ejemplo de la manera en la que se ha incorporado esta cláusula, lo encontramos en el APPRI celebrado con la República Checa, cuyo artículo 1º establece lo siguiente:

“El término "inversión" deberá comprender cualquier clase de activo invertido en conexión con actividades económicas por un inversionista de una Parte Contratante, en el territorio de la otra Parte Contratante, de conformidad con la legislación de esta última, y deberá incluir, en particular, aunque no exclusivamente...”.

Por otro lado, a través del mecanismo de la *Cláusula de Admisión*, México ha adoptado la “cláusula de conformidad con la legislación” con Alemania, Austria, República de Corea, Reino de España, Reino de Suecia, Reino de los Países Bajos, así como con la Unión Económica Belgo-Luxemburguesa⁸¹. En el mismo sentido, esta cláusula está contenida en el Capítulo XV del Tratado de Libre Comercio celebrado con Bolivia y en el Capítulo XVI del Tratado de Libre Comercio celebrado con Nicaragua⁸². Un ejemplo claro de la adopción de esta fórmula de admisión lo encontramos en el acuerdo celebrado con el Reino de España, cuyo artículo 2º establece que:

⁸⁰ Dada la similar estructura de los Acuerdos de Inversión mencionados, esta Cláusula se encuentra localizada en el Artículo 1º de los respectivos Acuerdos.

⁸¹ Esta cláusula se encuentra en el artículo 2º de todos los Acuerdos antes referidos.

⁸² Esta cláusula se encuentra en los artículos 15-02 y 16-02 de estos Acuerdos de Inversión.

“Cada Parte Contratante promoverá el acceso en su territorio de las inversiones de inversores de la otra Parte Contratante y las admitirá conforme a sus disposiciones legales vigentes”.

Bajo esta misma línea, a través de la determinación del *Ámbito de Aplicación*, México ha adoptado la cláusula a la que nos referimos con la República de Francia, con Cuba y con la Confederación Suiza⁸³. Por ejemplo, el APPRI celebrado con Cuba, establece lo siguiente:

“El presente Acuerdo se aplicará a las inversiones de inversionistas de una Parte, realizadas en el territorio de la otra Parte de conformidad con la legislación nacional de esta última, sean aquéllas anteriores o posteriores a la entrada en vigor del Acuerdo, así como a los inversionistas de una Parte. Sin embargo, no se aplicará a divergencias o controversias que hayan surgido antes de su entrada en vigor”.

Es importante mencionar que estas fórmulas no se excluyen entre sí y, por ende, es común encontrarlas combinadas o juntas dentro de un mismo acuerdo. Por ejemplo, en el APPRI celebrado con el Reino de España, si bien es cierto que, como lo mencionamos, se adoptó la fórmula de *Cláusula de Admisión*, también se prevé en el mismo la fórmula de *Ámbito de Aplicación*. El punto a destacar es que cualquiera que sea el mecanismo adoptado, a través de cualquiera de ellos se hace una remisión al derecho de cada Estado parte a efecto de determinar cuales serán las inversiones que serán admitidas, promovidas y protegidas al amparo del acuerdo del que se trate.

En un sentido distinto, el Capítulo XI del TLCAN y el Capítulo 7 del Acuerdo para el Fortalecimiento de la Asociación Económica celebrado con El Japón, al adoptar el modelo de Acuerdo de Inversión de los Estados Unidos, adoptaron el modelo que la UNCTAD denomina como modelo combinado de trato nacional y de trato de nación más favorecida e incorporaron una “lista negativa” de las actividades económicas y tipos de inversión destinados exclusivamente a inversionistas nacionales y, por ende, no comprendidas dentro del alcance de los acuerdos, sin realizar alusión alguna a que las inversiones, para ser admitidas, promovidas y

⁸³ Esta cláusula se encuentra en el artículo 2º de los tres APPRIS referidos.

protegidas, deban ser realizadas de conformidad con la leyes y reglamentos del Estado receptor.

Pese a lo anterior, estos dos Acuerdos, junto con el Capítulo XVII del tratado celebrado con la República de Colombia y la República de Venezuela (G3) y el Capítulo XIV del tratado celebrado con Guatemala, El Salvador y Honduras (Triángulo del Norte – CA3), incorporan una cláusula que, aunque con una aplicación en grado y funcionalidad distinta, para los efectos de este estudio pueden ser equiparadas a la multireferida “cláusula de conformidad con la legislación”. Estos cuatro acuerdos prevén la facultad de los Estados parte para adoptar medidas por las que se establezca que las inversiones provenientes del Estado parte sean realizadas “de conformidad con las leyes y reglamentos” del país receptor de la inversión⁸⁴.

La redacción de esta cláusula es sumamente similar en cada uno de estos acuerdos y, a manera de ejemplo, la contenida en el acuerdo celebrado con Colombia y Venezuela establece lo siguiente:

“Nada de lo dispuesto en el artículo 17-03 se interpretará en el sentido de impedir a una Parte adoptar o mantener una medida que prescriba formalidades especiales conexas al establecimiento de inversiones por inversionistas de otra Parte, tales como que las inversiones se constituyan conforme a las leyes y reglamentos de la Parte, siempre que esas formalidades no menoscaben sustancialmente la protección otorgada por una Parte conforme a este capítulo”.

Es importante precisar que, desde una perspectiva integral, no es posible equiparar esta cláusula con las tres diversas cláusulas utilizadas por el modelo de control de la UNCTAD. Sin embargo, con independencia de la manera y de las hipótesis por las que se pudieran establecer las “formalidades adicionales” a las que se refiere la cláusula citada, dentro del contexto de nuestro estudio, el efecto

⁸⁴ Esta cláusula se encuentra ubicada formalmente en las siguientes disposiciones: (i) Artículo 1111 del Capítulo XI del TLCAN, (ii) artículo 68 del Capítulo 7 del Acuerdo para el Fortalecimiento de la Asociación Económica celebrado con El Japón, (iii) artículo 17-09 del Capítulo XVII del tratado celebrado con la República de Colombia y la República de Venezuela (G3) y (iv) artículo 14-12 Capítulo XIV del tratado celebrado con Guatemala, El Salvador y Honduras (Triángulo del Norte – CA3).

de la cláusula es el mismo que generan estas tres fórmulas, esto es, sujetar o condicionar la admisión, promoción y protección de la inversión extranjera conforme al acuerdo, a que la misma sea realizada “conforme a la legislación” del Estado receptor. De hecho, ésto se observa con claridad si consideramos que el artículo 17-03 al que remite la cláusula citada se refiere a los derechos de protección concedidos por el acuerdo (específicamente a los derechos de trato nacional y de nación más favorecida) y una remisión como éstas es realizada en las otras cláusulas de los tres acuerdos restantes que comentamos.

Siendo estos los modelos y mecanismos adoptados por México respecto a la admisión y establecimiento de inversiones extranjeras a la luz de los acuerdos internacionales en los que se pacta su promoción y protección, a continuación nos referiremos al derecho del inversionista para acceder al arbitraje internacional como mecanismo imparcial de solución de conflictos, así como a la competencia del tribuna arbitral, tema central en este estudio.

CAPÍTULO III

ARBITRAJE INVERSIONISTA / ESTADO Y COMPETENCIA DEL TRIBUNAL

A. El Arbitraje Internacional como Mecanismo de Solución de Controversias entre Inversionistas y Estados.

El acceso al arbitraje como un mecanismo internacional de impartición de justicia es un derecho adjetivo planteado en favor del inversionista extranjero en los Acuerdos de Inversión a fin de garantizar el cumplimiento de los derechos sustantivos previstos por el propio acuerdo.

Debido a la naturaleza de la relación entre las partes, los conflictos entre inversionistas y Estados tienen peculiaridades propias que los hacen distintos a cualquier conflicto entre particulares. A continuación analizaremos estas peculiaridades, así como las características propias del arbitraje Inversionista / Estado, para después referirnos a los mecanismos arbitrales adoptados por México a través de sus Acuerdos de Inversión.

a) Peculiaridades de los Conflictos y del Arbitraje entre Inversionistas y Estados.

Como lo hemos hecho notar, la principal y más evidente característica de esta clase de conflictos estriba en la posición ventajosa que el Estado tiene respecto al inversionista extranjero.

Considerando que la inversión se encuentra sujeta a las leyes y disposiciones administrativas creadas y aplicadas por el propio Estado receptor y considerando

que la inversión ha sido realizada en el territorio en donde el Estado ejerce su *imperium*, la relación entre las partes en conflicto es sumamente desequilibrada, al grado que la doctrina internacional ha señalado que la misma tiene una naturaleza *vertical*, a diferencia de lo que sucede con las relaciones comerciales entre particulares en donde su naturaleza es *horizontal*, al encontrarse las partes en conflicto en un plano de igualdad en donde las autoridades gubernamentales son sólo un tercero en la contienda.

En la historia reciente, la diferencia a la que nos referimos ha sido un elemento fundamental en la manera en la que estos conflictos se han resuelto en el mundo, casi siempre de una manera injusta en perjuicio del inversionista ante los abusos del Estado receptor de la inversión. Como ejemplo, podemos referirnos al ya mencionado caso de la nacionalización de la banca por el ex presidente López Portillo.

Por otro lado, la posición desventajosa del inversionista extranjero estriba también en el hecho de que el conflicto del que se trate terminaría siendo resuelto por los organismos jurisdiccionales del propio Estado que, con independencia del claro conflicto de intereses involucrado en el caso, estos organismos son altamente influenciados por los otros dos poderes públicos, especialmente en los países en vías de desarrollo, por lo que no confieren, desde la perspectiva del inversionista extranjero, una garantía para el respeto de sus derechos. A este respecto, Christoph Schreuer ha manifestado lo siguiente:

“... a dispute between a host State and a foreign investor will normally be settled by the domestic courts of the host State. From the investor’s perspective, this type of dispute settlement carries important disadvantages. Rightly or wrongly, the courts of the host State are often not seen as sufficiently impartial in this type of situation. In addition, domestic courts are bound to apply domestic law even if that law should fail to protect the investor’s rights under international law. In addition, the regular courts will often lack the technical expertise required to resolve complex international investment disputes”.⁸⁵

⁸⁵ SCHREUER, Cristoph. *Dispute Settlement – International Centre for Settlement of Investment Disputes – Overview*, UNCTAD, New York and Geneva, 2003, p. 9. (UNCTAD/EDM/Misc.232). “... una diferencia entre un Estado receptor y un inversionista extranjero normalmente será resuelta por una corte nacional del

Partiendo de lo anterior, se ha procurado establecer un mecanismo jurídico y despolitizado para la solución de esta clase de diferencias, eliminando así las ventajas del Estado receptor de la inversión sobre el inversionista extranjero, procurando convertir su relación de *vertical* a *horizontal*.

La primera y más importante iniciativa en la materia fue adoptada por el Banco Mundial hace aproximadamente 50 años al promover la celebración de la denominada Convención de Washington y crear el sistema arbitral del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias en Materia de Inversiones (CIADI), mismo al que nos referiremos a continuación.

b) El Sistema del CIADI como Mecanismo Especializado para Solución de Conflictos de Inversión.

1. Antecedentes y Situación Actual del CIADI.

En la década de los años sesenta y como una institución comprometida con el desarrollo económico, el Banco Mundial inició la elaboración de un instrumento por el que se estableciera un mecanismo jurídico e imparcial para la resolución de los conflictos entre inversionistas extranjeros y Estados.

Principalmente promovida por el entonces Director General del Banco Mundial, Aron Broches, la elaboración de la hoy conocida como “Convención de

Estado receptor. Desde la perspectiva del inversionista, esta clase de resolución de diferencias implica importantes desventajas. De manera correcta o incorrecta, las Cortes de los Estados receptores no son vistas comúnmente como lo suficientemente imparciales en esta clase de situaciones. Además, las cortes domésticas están constreñidas a aplicar el derecho local a pesar de que dicho derecho no proteja los derechos del inversionista bajo el derecho internacional. Adicionalmente, las cortes ordinarias con frecuencia carecerán de la experiencia técnica requerida para resolver complejos conflictos internacionales de inversión”.
(Traducción propia)

Washington” tuvo lugar de 1961 a 1965 y en su realización participaron los directivos del Banco Mundial y representantes de más de 86 países.

El 18 de marzo de 1965, mediante la adopción por 20 países de la Convención y de un Informe por el que se explica y detalla su contenido, fue creado el CIADI que, desde entonces, se ha planteado como un organismo especializado en la administración de arbitrajes Inversionista / Estado.

Desde 1965 a la fecha, 140 países son parte de la Convención, lo que nos permite observar su relevancia; sin embargo, su adopción no fue inmediata y algunos países, la mayoría de ellos latinoamericanos, no la adoptaron sino hasta la década de los años noventa.

El primer caso resuelto por el CIADI fue en 1974⁸⁶ y para finales de la década de los años ochenta, únicamente 24 casos habían sido resueltos bajo las reglas de la Convención de Washington. Este escaso número de asuntos concluidos en alrededor de 25 años, llevó a algunos a considerar un futuro desolador para el CIADI; sin embargo, desde hace unos quince años ha tenido lugar un “boom” en los arbitrajes Inversionista / Estado y son más de 48 casos los que, desde 1990 hasta el año 2003, habían sido llevados ante el CIADI.⁸⁷

Como se puede observar, la participación del CIADI en los arbitrajes Inversionista / Estado ha sido bien asimilada por la comunidad internacional y su panorama es mucho más favorable que el que existía a finales de los años ochenta, lo que nos permite inferir que en la medida en la que la celebración de Acuerdos de Inversión incrementa, al mismo tiempo aumentará la participación en la escena internacional de este importante organismo.

⁸⁶ *Holiday Inns v. Morocco* (Case No. ARB/72/1) Decision on Jurisdiction, 12 May 1974.

⁸⁷ Véase RODRIGUEZ JIMENEZ, Sonia. *El Sistema Arbitral del CIADI*, Editorial Porrúa, México, 2006, p. XXX.

2. Ventajas del Arbitraje Seguido bajo la Convención de Washington.

Como lo hemos mencionado, la Convención de Washington y el CIADI se plantearon por el Banco Mundial como mecanismos idóneos para la solución de diferencias entre inversionistas extranjeros y Estados, por lo que el procedimiento arbitral por ellos contemplado y administrado no podía suponer los mismos mecanismos procesales que los previstos para el arbitraje comercial internacional.

A este respecto, las diferencias del arbitraje CIADI respecto al arbitraje internacional comercial y que a su vez se plantean como las ventajas del mismo en la solución de los conflictos Inversionista / Estado son, siguiendo a Phillip Capper⁸⁸, las siguientes:

(i) Aplicación de Derecho Internacional por el Tribunal Arbitral.

Esta es una ventaja a la que ya hemos hecho alusión y que, sin lugar a dudas, constituye una garantía para el inversionista extranjero ante la posible modificación unilateral de la legislación bajo la que se rige la inversión. Así, la conducta que el Estado observe respecto a la inversión proveniente del exterior debe ser lícita o legal no solo conforme a derecho interno, sino también conforme a derecho internacional.

Como lo mencionamos en el Capítulo II, esta prerrogativa del tribunal arbitral se encuentra prevista en la inmensa mayoría de los Acuerdos de Inversión celebrados en el mundo, sin que México sea la excepción. De cualquier forma, la misma ha sido adoptada por el artículo 42 de la Convención de Washington, llevándose así esta ventaja a un plano mucho más general que el ofrecido

⁸⁸ Véase CAPPER, Phillip. *International Arbitration: A Handbook*, Third Edition, Lovells, London – Singapore, 2004, p. 141.

mediante la celebración de estos acuerdos. El artículo al que nos referimos establece lo siguiente:

Artículo 42.

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

(ii) Mayor Independencia de los Regímenes Nacionales y de sus Organismos Jurisdiccionales.

A diferencia de otras instituciones arbitrales, el CIADI cuenta con su propio procedimiento para impugnar la nulidad de los laudos arbitrales. Los laudos dictados por un tribunal arbitral constituido de conformidad con la Convención de Washington no pueden ser impugnados ante los tribunales nacionales del Estado involucrado en la disputa. Cualquier aspecto relacionado con la nulidad del laudo deberá ser resuelta por otro tribunal arbitral, también constituido de acuerdo con las reglas del CIADI.

A este respecto, son los artículos 50 a 52 de la Convención los que prevén este mecanismo interno para la impugnación del laudo.

(iii) Ejecución de los Laudos.

La ejecución de un laudo arbitral dictado por un tribunal constituido conforme a la Convención del CIADI es mucho más fácil de llevar a cabo que aquella que se intente conforme a la legislación interna del Estado receptor e, incluso, conforme a la Convención de Nueva York.

En efecto, de acuerdo con el primer párrafo del artículo 54 de la Convención de Washington, los laudos arbitrales dictados bajo las reglas del CIADI deben de ser ejecutados en el Estado receptor, como si se tratará de una sentencia dictada por

sus propios tribunales judiciales. La disposición a la que nos referimos establece lo anterior en los siguientes términos:

Artículo 54

(1) Todo Estado Contratante reconocerá al laudo dictado conforme a este Convenio carácter obligatorio y hará ejecutar dentro de sus territorios las obligaciones pecuniarias impuestas por el laudo como si se tratara de una sentencia firme dictada por un tribunal existente en dicho Estado. El Estado Contratante que se rija por una constitución federal podrá hacer que se ejecuten los laudos a través de sus tribunales federales y podrá disponer que dichos tribunales reconozcan al laudo la misma eficacia que a las sentencias firmes dictadas por los tribunales de cualquiera de los estados que lo integran.

Esta ventaja es de la mayor relevancia, especialmente si consideramos que bajo la Convención de Nueva York, existen 8 causas por las que se puede impugnar la ejecución de un laudo arbitral, entre ellas, la relativa a la violación al orden público en la que, debido a los intereses en esta clase de diferencias y a las partes que en ellas intervienen, podría llegar a “justificarse” la inejecución del laudo final.

(iv) Apoyo del Banco Mundial.

Al ser el CIADI un organismo dependiente del Banco Mundial y aunque no existe una disposición que de manera obligatoria lo establezca, existe una arraigada creencia de que el incumplimiento de un laudo dictado bajo las reglas de la Convención de Washington generaría al Estado una reacción desfavorable no sólo dentro de la visión de los inversionistas extranjeros respecto al riesgo político existente en el país, sino que lo impediría para ser sujeto de crédito de otras Instituciones del Banco Mundial, tales como el Fondo Monetario Internacional o la Agencia Multilateral de Garantías a la Inversión.

(v) Prohibición de Protección Diplomática.

Esta es quizá una de las ventajas más importantes que ofrece el Sistema CIADI dentro del arbitraje Inversionista / Estado.

De acuerdo con el artículo 27 de la Convención de Washington, ningún Estado puede brindar protección diplomática a sus nacionales respecto a la inversión objeto de disputa ante el tribunal arbitral, salvo el caso de que dicha protección sea consecuencia del incumplimiento del laudo que hubiere resuelto la disputa. El artículo al que nos referimos establece esta renuncia en los siguientes términos:

Artículo 27

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

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

Como se puede observar, las anteriores características del sistema arbitral del CIADI desaparecen, con mayor o menor éxito, las diferencias que la relación desequilibrada existente entre los inversionistas extranjeros y los Estados generan, situación que lo plantea como un sistema *ad hoc* y único en su tipo para la solución de esta clase de diferencias.

A continuación analizaremos los mecanismos arbitrales ofrecidos por México a sus inversionistas extranjeros a través de los Acuerdos de Inversión a los que nos hemos referido a lo largo de este trabajo.

c) Los Mecanismo Arbitrales Adoptados por México en la Materia.

México es uno de los pocos países que no es parte de la Convención de Washington y, por ende, que no confiere a sus inversionistas extranjeros las ventajas que dentro del procedimiento arbitral hemos mencionado.

Al no ser México parte de esta Convención, nuestro país no cuenta con un sistema arbitral especializado para la solución de los conflictos derivados de los Acuerdos

de Inversión que ha celebrado. Cualquier conflicto de esta índole en el que México se vea involucrado, se resolverá dentro de un procedimiento arbitral cuya única y exclusiva ventaja es que la resolución de la disputa será dictada por un organismo imparcial, sin que desaparezcan los riesgos inherentes a la protección diplomática o al incumplimiento del laudo arbitral.

Desde nuestro punto de vista, la razón por la que México no es parte de la Convención puede venir motivada en los pronunciamientos de la Doctrina Calvo, profundamente arraigados en nuestro sistema constitucional, así como en una visión sumamente rígida de la soberanía estatal.

Por lo que respecta al primero de los motivos mencionados, consideramos que si bien la función de la Cláusula Calvo tuvo una importancia mayúscula cuyo fin original *“era evitar que el extranjero presionara al Estado mexicano mediante el amparo de la protección diplomática de su Gobierno, en una época que por el menor desarrollo de las relaciones internacionales y la manifestación de intereses hegemónicos de las grandes potencias podrían acarrear, como sucedió en el pasado en la historia de México, que la intervención diplomática degenerara en una intervención armada...”*⁸⁹, consideramos que dentro del contexto histórico actual, la referida función de la cláusula se encuentra completamente superada y, por ende, no debe constituir obstáculo alguno para la adopción del acuerdo de Washington.

Por otro lado, adoptando una visión rígida del concepto de soberanía estatal, podría llegar a sostenerse que la legalidad o validez de los actos del Estado mexicano no pueden ser resueltas en definitiva por un tribunal arbitral extranjero que funde su resolución únicamente en derecho internacional, desconociendo por completo el derecho interno del país del que se trate, a pesar de que el mismo sea

⁸⁹ PEREZNIETO, Leonel. *Dos Mitos en el Derecho Internacional Privado mexicano: La “Cláusula Calvo” y la “Zona Prohibida” o “Zona Restringida”* en *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado*, México, 1997, p. 127.

abiertamente contrario a la norma internacional. Pese a lo anterior, la doctrina nacional ha sostenido que no existe impedimento constitucional para que México adopte esta Convención pues, como lo sostiene la maestra Loreta Ortiz, “México podría adherirse al CIADI, por cuanto existe la posibilidad de agotar previamente los recursos internos a pesar de que se renuncie al ejercicio de la acción de protección diplomática, por no existir impedimento legal alguno”⁹⁰.

A mayor abundamiento y como lo sostiene Christoph Schreuer, “*participation in the Convention alone does not carry out any obligation or even expectation that there will be consent to jurisdiction. A contracting state remains free as to whether or not, and if so to what extent, it wishes to give consent*”⁹¹. En efecto, el consentimiento a la jurisdicción del CIADI respecto a una determinada disputa no se confiere con la mera entrada en vigor de la Convención, este consentimiento se realiza mediante un acto posterior, ya sea mediante un Acuerdo de Inversión, mediante la legislación interna del Estado receptor, o bien, mediante un acuerdo arbitral.

Sin pretender llegar a una conclusión sobre la posibilidad jurídica de que México sea parte de ese importante tratado, el hecho es que en la actualidad, a través de los diversos Acuerdos de Inversión celebrados por México, nuestro país no ha adoptado al sistema CIADI para la solución de sus diferencias Inversionista / Estado y en su lugar ha establecido, en términos generales, que estas diferencias sean resueltas, a elección de inversionista extranjero, por un tribunal arbitral constituido de conformidad con (i) el Reglamento de la Comisión de Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), (ii) las Reglas de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) o por (iii) las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI, en el caso de que uno de los Estados involucrados en la controversia sea parte de la Convención de Washington.

⁹⁰ ORTIZ AHLF, Loreta, *Ob. Cit.*, p. 401.

⁹¹ SCHREUER, Cristoph. *Dispute Settlement – International Centre for Settlement of Investment Disputes – Consent to Arbitration*, UNCTAD, New York and Geneva, 2003, p. 3. (UNCTAD/EDM/Misc.232/Add2). “*La participación en la Convención por sí sola no implica ninguna obligación o siquiera expectativa de que habrá consentimiento a la jurisdicción. Un Estado contratante permanece libre de conceder o no su consentimiento y, en su caso, bajo que alcance*”. (Traducción propia)

Bajo esta línea, si bien es cierto que mediante la última de las opciones referidas se hace posible para el inversionista extranjero acceder a un centro especializado en la administración de arbitrajes Inversionista / Estado, ninguno de los procedimientos antes aludidos confiere alguna de las ventajas referidas en los párrafos anteriores, especialmente las relativas a la ejecución del laudo arbitral y a la renuncia de la protección diplomática. En efecto, las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI a las que nos referimos, fueron ideadas para extender la jurisdicción del Centro a aquellos conflictos en los que uno de los Estados involucrados no fuera parte de la Convención de Washington. Sin embargo, este procedimiento, si bien es similar a la parte adjetiva de la Convención, de ninguna manera confiere las ventajas que la Convención otorga y que hemos comentado.

En el mismo sentido, los procedimientos arbitrales regulados por las Reglas de la CNUDMI y de la CCI están orientados a resolver diferencias comerciales en donde las relaciones entre las partes se desenvuelven en un plano de igualdad, por lo que dichos mecanismos no son los idóneos para resolver las diferencias objeto de análisis.

Por último, consideramos relevante comentar que el que México no sea parte de la Convención de Washington, no impide que la propuesta que se formula en esta tesis, y que desarrollaremos en el Capítulo IV, sea aplicada a todos los procedimientos arbitrales en materia de inversión en los que el país se ve involucrado, pues las reglas en torno a la competencia del tribunal arbitral son las mismas.

B. La Jurisdicción o Competencia en el Arbitraje de Inversión.

Contextualizando la amplia noción de jurisdicción como potestad Estatal al ámbito de la resolución de conflictos, el maestro Becerra Bautista define a la

misma como “la facultad para decidir, con fuerza vinculativa para las partes, una determinada situación jurídica controvertida”.⁹²

Siguiendo esta definición sumamente generalizada en nuestro medio, la pregunta obligada, y que se plantea como un presupuesto del tema, deviene en si un tribunal arbitral tiene o no esta jurisdicción, especialmente considerando que la misma está generalmente referida a la actuación de los poderes públicos.

Ateniéndonos a la literalidad de la definición, consideramos que un tribunal arbitral si tiene jurisdicción pues a través del laudo está resolviendo, con fuerza vinculativa para las partes, una determinada controversia jurídica. El hecho de que alguna de las partes pueda impugnar la nulidad o inejecución del laudo de ninguna forma puede suponer que el árbitro carezca de jurisdicción, pues sería tanto como suponer que un juez de primera instancia carece también de ella por el simple hecho que su sentencia puede ser recurrida y, por ende, modificada.⁹³

No obstante lo anterior, se ha sostenido que la jurisdicción se compone de tres elementos: (i) la *notio* o conocimiento de la controversia, (ii) la *judicium* o facultad para decir el derecho y (iii) la *executio* o potestad para ejecutar lo sentenciado.⁹⁴

Desde esta perspectiva, es evidente que el árbitro carece de jurisdicción pues no obstante “poder decir el derecho con efectos vinculativos para las partes”, tal y como lo señala la definición comentada, sus resoluciones únicamente pueden ser ejecutadas por los organismos judiciales del país del que se trate. A este respecto, aún los tribunales arbitrales constituidos con apego a la Convención de Washington carecerían de jurisdicción pues, no obstante que sus resoluciones

⁹² BECERRA BAUTISTA, José. *El Proceso Civil en México*, 16ª edición, Editorial Porrúa, México, 1999, p. 5.

⁹³ Dentro del foro nacional existe una cierta reticencia por aceptar que un árbitro tiene jurisdicción, especialmente porque, desde su punto de vista, esto permitiría la procedencia del amparo en contra del laudo. Sin embargo, consideramos que estos hechos son completamente independientes y sostener que el árbitro tiene jurisdicción, de ninguna forma puede arribarnos a la conclusión de que el amparo es procedente en contra del laudo que éstos dicten.

⁹⁴ BECERRA BAUTISTA, José. *Ob. Cit.*, p. 7.

deben ejecutarse como si se tratara de sentencias dictadas por los propios tribunales judiciales nacionales, esta ejecución debe en todo caso realizarse, precisamente, por los propios tribunales nacionales.

Por otro lado, si bien podría sostenerse que un árbitro carece de jurisdicción, es inconcebible sostener que éste pueda válidamente resolver una controversia si no tiene la competencia que las partes le confieren. A este respecto, jurisdicción y competencia, como presupuestos procesales, son conceptos concomitantes.

Se ha sostenido que la competencia es el límite objetivo de la jurisdicción y en un sentido mucho más propio, se ha sostenido que la competencia es la materialización, en el caso concreto, de la jurisdicción. Pese a lo anterior, es difícil hablar de la jurisdicción de un tribunal arbitral pues ésta ha estado referida tradicionalmente a una atribución que el Estado goza en virtud de su *imperium*⁹⁵. Así, cuando se habla de jurisdicción, generalmente se hace en el ámbito de los tribunales judiciales nacionales y, por otro lado, cuando se habla de competencia, se puede hablar indistinta y válidamente, tanto de tribunales judiciales nacionales, como de tribunales arbitrales internacionales, siendo que la primera tiene su origen en la ley, al referirse a la actuación de un poder público, y la segunda en la voluntad de las partes contendientes, al referirse a la intervención voluntaria de un tercero en la solución de una diferencia.

Independientemente de lo anterior, en el ámbito del arbitraje de inversión, es sumamente común encontrar referencias a la “jurisdicción del CIADI” y, de hecho, el artículo 25 de la Convención de Washington utiliza ésta terminología. Esta situación nos lleva nuevamente a preguntarnos: ¿Tiene o no jurisdicción un

⁹⁵ Esta vinculación del concepto de jurisdicción como una potestad exclusiva del Estado puede observarse en la definición que Eduardo Couture nos da sobre la misma, en los siguientes términos: “*Función pública, realizada por órganos competentes del Estado, con las formas requeridas por la ley, en virtud de la cual, por acto de juicio, se determina el derecho de las partes, con el objeto de dirimir sus conflictos y controversias de relevancia jurídica, mediante decisiones con autoridad de cosa juzgada, eventualmente factibles de ejecución*”. COUTURE, Eduardo. *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*, 4ª edición, Editorial B de F, Buenos Aires, 2005, p. 34.

tribunal arbitral? ¿Acaso la Convención de Washington emplea términos que son jurídicamente incorrectos?

Consideramos que la respuesta a estas dos preguntas la encontramos en la delimitación del concepto de “jurisdicción” pues, si bien dentro de un contexto general la misma está referida a una potestad Estadual fundada en la soberanía, dentro del sistema CIADI ésta tiene una noción distinta y de mucho menor alcance. En efecto, el artículo 22 del Informe de los Directores Ejecutivos sobre el CIADI establece lo que ha de entenderse por jurisdicción en los siguientes términos:

22. El término “jurisdicción del Centro” se utiliza como una expresión adecuada para indicar los límites dentro de los cuales se aplicarán las disposiciones del Convenio y se facilitarán los servicios del Centro para procedimientos de conciliación y arbitraje.

Así las cosas, a través de este Informe se ha desvinculado al concepto de jurisdicción de la automática referencia del concepto a las potestades del Estado, a fin de dotarle un sentido útil dentro del sistema de solución de controversias de inversión del Banco Mundial. En este sentido, es perfectamente válido hablar de jurisdicción en el ámbito del arbitraje de inversión seguido ante el CIADI, ya sea bajo las reglas de la Convención de Washington o las del Mecanismo Complementario.

Finalmente, dentro del sistema arbitral del CIADI, los conceptos de “jurisdicción” y “competencia” han sido claramente diferenciados dentro de la jurisprudencia dictada por sus tribunales y en este sentido, el primero de los conceptos está referido al Centro como institución internacional administradora de arbitrajes y el segundo al tribunal arbitral, tal y como nos lo refiere Sonia Rodríguez en los siguientes términos:

“... la jurisdicción es la esfera delimitadora, el marco exterior y limitador dentro del cual las actividades del Centro pueden desarrollarse.

Por su parte la competencia es la concreción de esa jurisdicción del centro y la consiguiente materialización de las actividades del Centro canalizadas hacia un concreto tribunal arbitral.⁹⁶

a) Consideraciones en la Determinación de la Competencia del Tribunal Arbitral.

Con absoluta independencia de lo etéreo e impráctico que puede resultar el tema tratado en el apartado inmediato anterior, es sumamente relevante para nuestro estudio comentar que la jurisdicción del Centro y la consecuente competencia del tribunal arbitral para conocer válidamente de una controversia, ha sido desarrollada dentro de la jurisprudencia arbitral en la materia desde tres perspectivas distintas referidas a la voluntad de las partes, a la calidad del sujeto que pretende participar en el procedimiento y a la materia sobre la que versa la diferencia. Estas tres perspectivas han sido denominadas por la doctrina como la jurisdicción *ratione voluntatis*, *ratione personae* y *ratione materiae*.

Por lo que respecta a la primera de estas perspectivas, las consideraciones jurisdiccionales *ratione voluntatis* pueden ser referidas a cualquier procedimiento arbitral. Sin embargo, las consideraciones jurisdiccionales *ratione personae* y *ratione materiae* únicamente están referidas a los arbitrajes seguidos bajo la Convención de Washington o a los seguidos bajo las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI, dentro de los cuales México puede participar y ha participado. A continuación analizaremos estos tres requerimientos jurisdiccionales que bien podríamos considerar como competencias al materializarlos a la actuación del tribunal arbitral.

1. Jurisdicción “*ratione voluntatis*”.

⁹⁶ RODRIGUEZ JIMENEZ, Sonya. *Ob. Cit.*, p. 4.

En todo procedimiento arbitral, el fundamento de la competencia del tribunal estriba en el acuerdo de las partes y éste, por regla general, debe hacerse constar por escrito⁹⁷. Sin consentimiento al arbitraje, el tribunal arbitral no puede conocer de la controversia por ser incompetente.

Dentro del arbitraje especializado en materia de inversión, las partes en conflicto son generalmente un Estado que funge como demandado y un inversionista extranjero que funge como demandante⁹⁸. En la inmensa mayoría de los casos, el consentimiento del primero al arbitraje se manifiesta a manera de declaración unilateral de voluntad mediante un Acuerdo de Inversión o mediante la legislación interna y el consentimiento del segundo mediante la presentación de la demanda. Sin embargo, existen casos en los que el consentimiento al arbitraje puede darse mediante un acuerdo arbitral o cláusula compromisoria celebrados entre el inversionista extranjero y el Estado o dependencia pública de la que se trate.⁹⁹ En el mismo sentido, el consentimiento puede darse respecto una controversia futura o respecto a una existente.

El consentimiento de las partes es la “piedra angular” de la competencia del tribunal arbitral y en este sentido, resulta altamente ilustrativa la siguiente

⁹⁷ Lo anterior se desprende del artículo 25 de la Convención de Washington, del artículo 1º del Reglamento de Arbitraje de la CNDUMI, del artículo II de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Convención de Nueva York). Por lo que hace a la legislación interna en México, esta obligación se desprende del artículo 1423 del Código de Comercio que a su vez adoptó la Ley Modelo de la CNUDMI en la materia. Conforme a las Reglas de Arbitraje de la CCI no es necesario que este acuerdo conste por escrito; sin embargo, en todo caso el acuerdo arbitral se regulará conforme a las normas de derecho que, de acuerdo al Derecho Internacional Privado, resultaren aplicables al caso y, en este sentido, a fin de determinar si se requiere o no un acuerdo escrito se tendría que atender al derecho que resultara aplicable.

⁹⁸ Es posible que en un momento dado el Estado llegue a fungir como parte demandante cuando la disputa versa sobre incumplimientos contractuales del inversionista, siempre que el inversionista consienta el arbitraje. Sin embargo, esta clase de procedimientos son sumamente excepcionales dentro del arbitraje de inversión, de hecho, si se llegara a dar el caso, se trataría más bien de un arbitraje comercial entre una dependencia pública y un extranjero y no de un arbitraje de inversión, pues la controversia no versaría sobre la violación a alguno de los derechos de protección a los que nos referimos en Capítulo II.

⁹⁹ A este respecto, la ICC, la CNUDMI y el CIADI han establecido modelos de cláusulas arbitrales mediante las que la voluntad de las partes de someter sus diferencias a arbitraje puede constar de manera indubitable. Por otro lado, existen muchas formas en las que el consentimiento de las partes puede ser expresado, pero éstas son las más comunes.

afirmación hecha por el tribunal constituido conforme a la Convención de Washington en el caso *Tokio Tokelés vs. Ukraine*:

“The jurisdiction of the Centre depends first and foremost on the consent of the Contracting Parties, who enjoy broad discretion to choose the disputes that they will submit to ICSID. Tribunals shall exercise jurisdiction over all disputes that fall within the scope of the Contracting Parties’ consent as long as the dispute satisfies the objective requirements set forth in Article 25 of the Convention”.¹⁰⁰

En el mismo sentido, resulta ilustrativa la afirmación formulada por el tribunal en el caso CIADI *Amco Asia Corporation y otros c. República de Indonesia* en donde se deja en claro que el acuerdo escrito de las partes no debe constar en forma solemne, sino que basta que del acuerdo escrito se desprenda de buena fe la intención de las partes para someter el caso a la competencia del tribunal. La afirmación fue formulada en los siguientes términos:

“... while a consent in writing to ICSID arbitration is indispensable, since it is required by Article 25(1) of the Convention, such consent in writing is not to be expressed in a solemn, ritual and unique formulation. The investment agreement being in writing, it suffices to establish that its interpretation in good faith shows that the parties agreed to ICSID arbitration, in order for the ICSID Tribunal to have jurisdiction over them”.¹⁰¹

Dada la naturaleza del arbitraje como procedimiento voluntario de solución de diferencias, cualquier excepción competencial se encuentra referida al alcance del consentimiento de las partes en torno a la disputa, así como a la legislación y al orden público que determinan el alcance de dicho consentimiento. De hecho, las partes pueden consentir la jurisdicción del tribunal previo agotamiento de los

¹⁰⁰ *Tokio Tokelés v. Ukraine*, Caso No. ARB/02/18. Laudo sobre jurisdicción, 29 de abril de 2004, párrafo 27. “La jurisdicción del Centro depende primero y de manera primordial del consentimiento de las Partes Contratantes, quienes tienen amplia discreción para escoger las disputas que someterán al CIADI. Los tribunales ejercerán su jurisdicción sobre todas las disputas que queden comprendidas dentro del consentimiento de las Partes, siempre que la disputa satisfaga los requisitos objetivos señalados por el Artículo 25 de la Convención”. (Traducción propia)

¹⁰¹ *Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia*, Caso No. ARB/81/1, Laudo sobre jurisdicción, 25 de septiembre de 1983, párrafo 400. “... mientras que un consentimiento por escrito para el arbitraje CIADI es indispensable, como es requerido por el Artículo 25(1) de la Convención, dicho consentimiento escrito no debe ser expresado en una forma solemne, ritual o bajo una formulación única. Que el acuerdo de inversión se encuentre por escrito, es suficiente para establecer que su interpretación en buena fe demuestra que las partes accedieron al arbitraje CIADI, a fin de que el Tribunal CIADI tenga jurisdicción sobre ellos”. (Traducción propia)

recursos internos o previo procedimiento conciliatorio de carácter obligatorio. La medida de la competencia del tribunal arbitral es la medida del consentimiento de las partes en conflicto.

Bajo esta línea, considerando que el consentimiento del Estado receptor al arbitraje se encuentra generalmente previsto en una norma, ya sea en un Acuerdo de Inversión o en la legislación interna, a fin de determinar si con motivo de un caso concreto el Estado otorgó su consentimiento al arbitraje, es necesario analizar los ámbitos personal, espacial, temporal y material de validez a los que se hizo alusión en el Capítulo II, pues el ámbito de aplicación de dicha norma determinará a su vez el alcance del consentimiento del Estado al arbitraje. Así las cosas, para analizar el consentimiento de las partes al arbitraje es necesario analizar los ámbitos de aplicación de las normas en las que dicho consentimiento fue otorgado.

2. Jurisdicción “*ratione personae*”.

La jurisdicción “*ratione personae*” se refiere a los requerimientos bajo los cuales un determinado sujeto puede fungir como parte dentro de un procedimiento arbitral administrado por el CIADI, ya sea que éste sea regulado por la Convención de Washington y sus Reglas de Arbitraje, o bien, sea regulado por Reglas del Mecanismo Complementario.

En el primero de los casos, ambos de los Estados involucrados en la controversia deben ser partes de la Convención de Washington, mientras que en el segundo basta con que uno sólo de los Estados involucrados en la disputa sea parte de la Convención. A este respecto, las Reglas del Mecanismo Complementario han tenido una muy importante influencia dentro del marco del TLCAN, toda vez que México y Canadá no son parte de la Convención, mientras que los Estados Unidos sí lo es.

Ahora bien, el que los Estados involucrados en la diferencia sean parte de la Convención, no es suficiente para conferir competencia al tribunal arbitral para conocer de la disputa, sino que, además, deben de cumplir los requerimientos que para estos efectos establece la propia Convención.

Estos requerimientos son distintos dependiendo del papel que tengan las partes en el procedimiento, ya sea como Estados parte, o bien, como inversionistas nacionales de otro Estado parte.

Para que un Estado parte de la Convención pueda actuar como parte en el procedimiento, es requisito indispensable que haya depositado el instrumento de ratificación de la Convención por lo menos con treinta días de anticipación a la fecha en la que el secretario general del CIADI haya registrado la solicitud de arbitraje de que se trate¹⁰².

Asimismo, puede fungir como parte en el procedimiento una entidad federativa, una dependencia pública e, incluso, un Municipio del Estado, siempre que éste los haya autorizado para estos efectos ante el secretariado del Centro y bajo el cumplimiento de determinados requisitos.

Por otro lado, para que un nacional de otro Estado parte de la Convención pueda fungir como parte en el procedimiento, es necesario que cumpla con los requisitos de vínculo nacional establecidos por el artículo 25 de la Convención. Así, el segundo párrafo de este artículo distingue entre la existencia del vínculo nacional de las personas físicas y las jurídicas en los siguientes términos:

“Se entenderá como "nacional de otro Estado Contratante":

(a) toda persona natural que tenga, en la fecha en que las partes consintieron someter la diferencia a conciliación o arbitraje y en la fecha en que fue registrada la solicitud prevista en el apartado (3) del Artículo 28 o en el apartado (3) del Artículo 36, la nacionalidad de un Estado

¹⁰² Véase artículo 68 de la Convención de Washington.

Contratante distinto del Estado parte en la diferencia; pero en ningún caso comprenderá las personas que, en cualquiera de ambas fechas, también tenían la nacionalidad del Estado parte en la diferencia; y

(b) toda persona jurídica que, en la fecha en que las partes prestaron su consentimiento a la jurisdicción del Centro para la diferencia en cuestión, tenga la nacionalidad de un Estado Contratante distinto del Estado parte en la diferencia, y las personas jurídicas que, teniendo en la referida fecha la nacionalidad del Estado parte en la diferencia, las partes hubieren acordado atribuirle tal carácter, a los efectos de este Convenio, por estar sometidas a control extranjero.”

Como se puede observar, la Convención fue omisa al definir los criterios de atribución de nacionalidad de las personas jurídicas y en este sentido, será necesario atender a los criterios establecidos en el Acuerdo de Inversión del que se trate y, de ser necesario, a la legislación interna de los países parte.

Existen algunos Estados que exigen la canalización de la inversión extranjera a través de empresas nacionales y en este sentido, éstas empresas no cumplirían los requisitos para acceder al arbitraje pues no serían nacionales del otro Estado parte, no obstante que todos sus accionistas fueran extranjeros. Ante esta situación, se previó como requerimiento *ratione personae* al control extranjero sobre la sociedad de la que se trate. Esta regla se dispuso en el propio artículo 25(2)(b) al que se ha hecho referencia.

3. Jurisdicción “*ratione materiae*”.

Todo arbitraje seguido ante el CIADI debe versar sobre una “*controversia jurídica que surja directamente de una inversión*”¹⁰³. Así, para que un tribunal arbitral del CIADI sea competente para conocer de un caso, la materia del mismo debe cumplir los tres requisitos siguientes:

¹⁰³ El primer párrafo del artículo 25 de la Convención de Washington establece que: “La jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante (o cualquiera subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado Contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro. El consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado”.

- (i) La controversia debe de ser jurídica, no política o económica.
- (ii) Esta controversia jurídica debe surgir directamente de una determinada operación¹⁰⁴.
- (iii) Dicha determinada operación debe calificar como una inversión.

Por lo que hace al tercero de los requisitos, la Convención no define lo que ha de entenderse por inversión, por lo que es necesario nuevamente acudir al Acuerdo de Inversión del que se trate o a la legislación interna del país parte. Sin embargo, el consentimiento de las partes a la jurisdicción del Centro puede sólo referirse a ciertas categorías de inversión.

Finalmente, es importante mencionar que las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI fueron creadas para conducir arbitrajes no sólo en los casos en los que alguno de los sujetos involucrados no fuera parte de la Convención de Washington, sino también para resolver diferencias que, siendo jurídicas, no provenían directamente de una inversión. Pese a lo anterior, al día de hoy no existe un solo caso como éstos administrado por el Centro.

b) El principio “*Kompetenz – Kompetenz*”.

Conforme al principio *Kompetenz – Kompetenz*, el tribunal arbitral tiene la facultad para determinar su propia competencia y, por ende, determinar la existencia y el alcance del acuerdo arbitral del que se trate.

¹⁰⁴ Es importante comentar que este requisito no se refiere a que la inversión sea directa en oposición a la inversión extranjera indirecta sobre la que comentamos al principio de este trabajo. Más bien este requisito se refiere a la proximidad causal entre la diferencia jurídica y la inversión. Así lo resolvió el Tribunal arbitral en el caso *Fedax N.V. c. República de Venezuela*, Decisión sobre jurisdicción, 11 de julio de 1997, 37 ILM 1378 (1998), en 1382, párrafo 67.

Dada la íntima conexión de este principio con el consentimiento de las partes al arbitraje, con frecuencia el mismo se relaciona con el principio de Autonomía de la Cláusula Arbitral, en virtud del cual, la validez de toda cláusula arbitral se entiende independiente de la validez del contrato en el que se encuentra inserta. De esta forma, un tribunal arbitral puede válidamente declarar la nulidad de un contrato, no obstante que su competencia se encuentra determinada por una cláusula dentro del mismo.

Roque Caivano explica lo anterior en el hecho de que la cláusula arbitral debe ser considerada *“no como una mera cláusula accesoría del contrato en el que se encuentra, sino como un verdadero contrato existente dentro de otro contrato más amplio”*.¹⁰⁵

El principio *Kompetenz - Kompetenz* tiene un gran arraigo en derecho internacional y ha sido asimilado por la inmensa mayoría de los instrumentos internacionales en la materia, entre ellos, la Convención de Washington¹⁰⁶, el Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI¹⁰⁷, el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI¹⁰⁸, el Reglamento de Arbitraje de la CCI¹⁰⁹, la Ley Modelo de la CNUDMI en la materia¹¹⁰, e incluso, el Código de Comercio mexicano¹¹¹, al adoptar la Ley Modelo referida.

En todo procedimiento arbitral seguido bajo las reglas antes referidas, incluyendo los arbitrajes Inversionista / Estado en los que México esté involucrado, será el propio tribunal el que determinará si tiene o no competencia para conocer de una controversia. En este sentido, limitando nuestro estudio al ámbito del arbitraje de inversión, el análisis competencial que realiza el tribunal arbitral puede versar sobre cualquiera de los ámbitos jurisdiccionales tratados en el apartado anterior.

¹⁰⁵ CAIVANO, Roque. *Arbitraje*, 2ª edición, Vilella Editor – Ad Hoc, Buenos Aires, 2000, p. 160.

¹⁰⁶ Artículo 41 (1).

¹⁰⁷ Artículo 45 (1).

¹⁰⁸ Artículo 21.

¹⁰⁹ Artículo 6 (2).

¹¹⁰ Artículo 16.

¹¹¹ Artículo 1432.

Por lo que hace al análisis de jurisdicción *ratione voluntatis* que en el ámbito del arbitraje comercial estaría siempre referido a una cláusula compromisoria o a un acuerdo de arbitraje, en el arbitraje de inversión el consentimiento de las partes se expresa, por regla general, mediante una declaración unilateral de voluntad que es posteriormente aceptada por el inversionista extranjero. En estos casos, el consentimiento de las partes al arbitraje se encuentra en una ley o en un acuerdo internacional, por ende, el principio de Autonomía de la Cláusula Arbitral pierde importancia en este tipo de procedimientos, al no existir un contrato del cual deba “independizarse” la cláusula arbitral en él contenida.

c) El Análisis “*prima facie*” de la Incompetencia del Tribunal Arbitral.

Como de la propia expresión se desprende, el análisis competencial “*prima facie*” alude a un ámbito temporal en el que debe ser determinada la competencia del tribunal. A este respecto, en los procedimientos arbitrales administrados, al menos los seguidos bajo las reglas de la CCI y del CIADI, ya sea mediante la aplicación de la Convención de Washington o del Reglamento del Mecanismo Complementario, existen dos momentos y dos órganos diferentes que pueden determinar la incompetencia del tribunal.

En un primer momento, la incompetencia del tribunal puede ser determinada por el secretariado de la CCI o del CIADI al negar el registro de la solicitud de arbitraje. En un segundo momento, la incompetencia puede ser determinada por el propio tribunal arbitral, en los casos en que ésta no haya sido determinada por el secretariado de las instituciones administradoras aludidas.

Ahora bien, el análisis competencial que *prima facie* se realiza, consiste en un estudio superficial por el que, sin entrar al fondo del asunto, resulte evidente la incompetencia del tribunal para conocer de la controversia planteada. Por otro

lado, cuando la causal de incompetencia no es clara y supone el conocimiento del fondo de la controversia e, incluso, la discusión y prueba de consideraciones de hecho y de derecho, entonces, en ese caso, el secretariado deberá registrar la solicitud e iniciar con los trámites para la constitución del tribunal arbitral a efecto de que sea éste quien determine su propia competencia a la luz del principio *Kompetenz – Kompetenz*.

La finalidad del análisis competencial *prima facie* estriba en consideraciones de economía procesal, evitando dar entrada a arbitrajes notoriamente improcedentes, impidiendo así la erogación de gastos y la pérdida de tiempo innecesaria. Es en esta medida en la que debe comprenderse la facultad del secretariado para resolver sobre la competencia de un tribunal arbitral, esto es, negar la competencia sólo en aquellos casos en los que la misma es notoriamente improcedente.

A manera de ejemplo, el secretariado de la CCI o del CIADI podría negar la competencia del tribunal o la jurisdicción del Centro ante la inexistencia de un acuerdo arbitral.

Dicho lo anterior, a través de los tres Capítulos hasta ahora expuestos hemos planteado las bases conceptuales a partir de las cuales se desarrollará la parte central de nuestro estudio y que consiste en sostener que un tribunal arbitral carece de competencia para conocer de una controversia Inversionista / Estado cuando el primero de los sujetos hubiere realizado su inversión mediante actos de corrupción, tal y como a continuación se explica.

CAPÍTULO IV

LA LEGALIDAD EN LA INVERSIÓN COMO PRESUPUESTO PROCESAL

A. La Función Prevista y la Función Propuesta de la “Cláusula de Conformidad con la Legislación”.

Siguiendo lo expuesto en el Capítulo II, se ha entendido que la “cláusula de conformidad con la legislación” tiene la función de establecer un control discrecional en favor del Estado receptor respecto al tipo de inversiones cuyo establecimiento desea admitir en el país y, consecuentemente, respecto al tipo de inversiones que estarán sujetas a la protección de los derechos conferidos mediante los Acuerdos de Inversión.

La cláusula a la que nos referimos se plantea como el instrumento jurídico mediante el cual el Estado, a través de su legislación, puede orientar el desarrollo económico del país a la luz de una política pública en materia de inversión extranjera. Así, puede establecer que determinadas áreas económicas o industriales únicamente puedan ser realizadas por sus propios nacionales o por el propio Estado, prohibiendo la participación extranjera en dichas empresas o actividades.¹¹² A este respecto, es absurdo sostener que la intención de un Estado

¹¹² Por lo que respecta a nuestro país, esta política ha sido establecida detalladamente en la Ley de Inversiones Extranjeras, cuyos artículos 5° y 6° establecen, respectivamente, lo siguiente: Artículo 5°. Están reservadas de manera exclusiva al Estado las funciones que determinan las leyes en las siguientes áreas estratégicas: I. Petróleo y demás hidrocarburos; II. Petroquímica Básica; III. Electricidad; IV. Generación de Energía nuclear; V. Minerales radioactivos; VI. (derogada); VII. Telégrafos; VIII. Radiotelegrafía; IX. Correos; X. (derogada); XI. Emisión de billetes; XII. Acuñación de Moneda; XIII. Control, supervisión y vigilancia de puertos; y XIV. Las demás que expresamente señalen las disposiciones legales aplicables. Artículo 6°. “Las actividades económicas y sociedades que se mencionan a continuación, están reservadas de manera exclusiva a mexicanos o a sociedades mexicanas con cláusula de exclusión de extranjeros: I. Transporte terrestre nacional de pasajeros, turismo y carga, sin incluir los servicios de mensajería y paquetería. II. Comercio al por menor de gasolina y distribución de gas licuado de petróleo; III. Servicios de radiodifusión y otros de radio y televisión, distintos de televisión por cable; IV. Uniones de Crédito; V. Instituciones de Banca de Desarrollo en los términos de la ley de la materia; y VI. La prestación de servicios profesionales y técnicos que expresamente señalen las disposiciones legales aplicables.

al pactar un Acuerdo de Inversión sea la de conceder dichos derechos a una inversión que desde un principio jamás fue su intención admitir en el país por ser abiertamente contraria a su política económica y de desarrollo.

Siendo ésta la función que se ha atribuido a la “cláusula de conformidad con la legislación”, consideramos que la misma debe ser entendida en un sentido más amplio y, sin contrariar los términos expresos empleados en la misma, darle una interpretación que, ante casos de inversiones realizadas mediante actos de corrupción, sea acorde con el orden público internacional y con otros principios generales de derecho.

En este contexto, consideramos que la cláusula debe ser vista no sólo como un referente de política económica, sino además, como un referente de justicia. Consideramos que la remisión a la “legislación” empleada por la cláusula debe entenderse referida no sólo a aquellas disposiciones que establecen una política económica respecto a los sectores industriales en los que un extranjero puede invertir, sino a toda la demás “legislación” del Estado receptor, comprendiendo dentro de esta expresión, no solo a las leyes en sentido formal y material, sino a todas aquellas disposiciones generales de derecho interno e internacional que estén relacionadas directa o indirectamente con la materia, adoptando así una visión monista de la relación derecho interno - internacional.

Asimismo, consideramos que el término “legislación” empleado por la cláusula no debe limitarse únicamente a las leyes en sentido material, sino también a todas las demás fuentes de derecho, entre ellas, fundamentalmente, a los principios generales de derecho. Es evidente que el orden jurídico de un país, de varios o de todos, no se agota en la ley. Sostener lo anterior nos llevaría a un retroceso histórico-jurídico de más de un siglo.

Por otro lado, esta consideración se encuentra en perfecta consonancia con la obligación del tribunal arbitral para resolver los conflictos de inversión de acuerdo

con el derecho internacional, obligación a la que se hizo referencia en los dos últimos Capítulos. Aún en el caso de que un tribunal arbitral esté resolviendo su competencia, éste puede válidamente aplicar el derecho internacional para determinarla.

B. Reinterpretación y Principios Generales de Derecho.

A través de la visión expuesta con anterioridad, podemos sostener la incompetencia de un tribunal arbitral para conocer de una controversia entre un inversionista extranjero y un Estado cuando la inversión de la que deriva la controversia haya sido realizada mediante corrupción, pues una inversión realizada de esta forma no puede entenderse realizada “de conformidad con la legislación”.

Dada la redacción empleada para la cláusula objeto de análisis, misma de la que se formularon algunos ejemplos en el Capítulo II del presente trabajo, el consentimiento de los Estados para conferir los derechos de protección a sus inversionistas extranjeros, entre ellos, el acceso a la jurisdicción arbitral como mecanismo imparcial de solución de controversias, se limita a aquellas inversiones realizadas “de conformidad con la legislación”, tal y como se ha reconocido en el caso CIADI *Salini Costruttori S.P.A c. El Reino de Marruecos*, en el que se resolvió lo siguiente:

“(…) In envisaging “the categories of invested assets (...) in accordance with the laws and regulations of said party”, the provision in question refers to the legality of the investment and not to its definition. It aims in particular to ensure that the Bilateral Agreement does not protect investments which it should not, generally because they are illegal”.¹¹³

¹¹³ *Salini Costruttori S.p.A. c Kingdom of Morocco*, Case No. ARB/00/4, Decisión sobre Jurisdicción, del 23 de julio del 2001, párrafo 46. “(...) al visualizar “las categorías de bienes invertidos (...) de acuerdo con las leyes y regulaciones de dicha parte”, la norma en cuestión se refiere a la legalidad de la inversión y no a su definición. Apunta, en particular, a asegurar que el Acuerdo Bilateral no proteja inversiones que, en términos generales, no debe proteger, por ser ilegales”. (Traducción propia).

Sosteniendo así a la legalidad de la inversión como presupuesto procesal en el arbitraje Inversionista / Estado, legalidad específicamente referida a la ausencia de actos de corrupción, la reinterpretación antes planteada se justifica en los siguientes motivos y fundamentos:

a) El Orden Público Internacional y la Lucha Contra la Corrupción.

Es principio de derecho irrefutable el que la voluntad de las partes no puede contrariar el orden público. Llevado este principio al plano internacional, es claro que la voluntad de todo sujeto de derecho internacional, entre ellos los Estados, no puede ir más allá del orden público transnacional.

Sin pretender adoptar un concepto definitivo y acabado de lo que es el orden público internacional, el mismo ha sido entendido como *“those principles that represent an international consensus as to universal standards and accepted norms of conduct that must always apply”*¹¹⁴ y, en un sentido similar, como aquellos *“fundamental moral or legal principles recognised in all civilised countries”*¹¹⁵.

Partiendo de esta concepción, la lucha contra la corrupción se plantea como una política de orden público internacional, misma que se refleja con claridad en las múltiples convenciones internacionales que sobre la materia existen, de entre las cuales, México ha adoptado las siguientes:

- Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción – ONU.

¹¹⁴ SHEPPARD, Audley. *Public Policy and the Enforcement of Arbitral Awards: Should there be a Global Standard in Oil, Gas & Energy Law Intelligence*, volume I, issue #2 – March, 2003, p.1. “... aquellos principios que representan un consenso internacional a manera de estándares universales y normas aceptadas de conductas que siempre deben aplicarse”. (Traducción propia)

¹¹⁵ *Ibidem*, p. 6. “Principios fundamentales, legales o morales, reconocidos en todos los países civilizados”. (Traducción propia)

- Convención Interamericana contra la Corrupción – OEA.
- Convenio de Lucha Contra la Corrupción de Agentes Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales – OCDE.
- Convención Europea de Derecho Penal sobre Corrupción – Consejo Naciones Unidas.

Si bien no existe una definición específica de lo que es la corrupción, de la revisión de estas convenciones nos damos cuenta que la misma está referida a la realización de conductas delictivas, tales como el cohecho, el lavado de dinero, el tráfico de influencias y el enriquecimiento ilegítimo.

De esta forma, cuando sostenemos que una inversión ha sido realizada mediante actos de corrupción, entendemos que la misma fue realizada a través de alguno de estos delitos. Así, considerar que la lucha para prevenir y combatir la realización de estos delitos (adoptando la forma de una inversión) no es una cuestión de orden público internacional, resultaría absurdo.

A este respecto, resulta ilustrativa la consideración que Timothy Martin realiza sobre la lucha anticorrupción como un principio de orden público internacional, en los siguientes términos:

Even though there has been a growing body of opinion and jurisprudence that there is a moral consensus or **international public order** on the illicit nature of foreign corruption, it has only been in recent years that a large number of countries have formally agreed, through treaties, to enact similar laws to make it a criminal offence for their nationals to bribe foreign officials. There are now several major treaties ratified by more than 60 countries addressing the significant international issue, including:

- OECD Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions.
- OAS Inter-American Convention against Corruption.
- Council of Europe Criminal Law Convention on Corruption.

More work is being done on other conventions such as the organization of African unity convention on Combating Corruption that could include another fifty countries.¹¹⁶

En un sentido similar, Audley Sheppard sostiene la prohibición de la corrupción como una política pública internacional, en los términos siguientes:

“International Public Policy includes both substantive and procedural principles.

.....

An example of a substantive fundamental principle is the principle of good faith and prohibition of abuse of rights (specially in civil law countries). Other examples that are cited by courts and commentators include: *pacta sunt servandae*, prohibition against uncompensated expropriation; and prohibition against discrimination.

.....

Some fundamental principles, such as **prohibition against corruption**, may also fall unto one or more of the other categories”.¹¹⁷

A mayor abundamiento, dentro del preámbulo de la Convención de Naciones Unidas en la materia, se estableció como un motivo para su celebración el que los

¹¹⁶ MARTIN, Timothy. *International Arbitration and Corruption: An Evolving Standard in Transnational Dispute Management*, volume I, issue #2 – May, 2004, p.1. “A pesar de que ha existido un cuerpo creciente de opinión y jurisprudencia sobre la existencia de un consenso moral u orden público internacional en la naturaleza ilícita de la corrupción en el extranjero, sólo ha sido en años recientes que un gran número de países han consentido formalmente, a través de tratados, promulgar leyes similares por las que se tipifique como delito para sus nacionales el sobornar oficiales gubernamentales extranjeros. Al día de hoy existen varios tratados de importancia celebrados por más de 60 países tratando este significativo problema internacional, incluyendo:

- La Convención contra el Cohecho de Oficiales Gubernamentales Extranjeros en Transacciones de Negocios Internacionales - OCDE.

- La Convención Interamericana contra la Corrupción – OEA.

- La Convención de Derecho Penal sobre Corrupción del Consejo de Europa.

Más trabajo se esta llevando a cabo sobre otras convenciones, tal como la Convención sobre la lucha contra la corrupción de la Organización de la Unidad Africana que puede incluir otros 50 países”. (Traducción propia).

¹¹⁷ SEPPARD, Audly. *Ob. Cit.*, p. 8. “Política Pública Internacional incluye ambos, principios sustantivos y procedimentales.

.....

Un ejemplo de un principio sustantivo fundamental es el principio de buena fe y prohibición de abuso de derechos (especialmente en países de tradición jurídica de derecho civil). Otros ejemplos que son citados por cortes o doctrina incluyen: *Pacta sunt servandae*, prohibición en contra de expropiación no compensada; y prohibición contra la discriminación.

.....

Algunos principios fundamentales, tal como la prohibición contra la corrupción, pueden también caer en una o más de las otras categorías”. (Traducción propia).

Estados parte están: *“Convencidos de que la corrupción ha dejado de ser un problema local para convertirse en un fenómeno transnacional que afecta a todas las sociedades y economías, lo que hace esencial la cooperación internacional para prevenirla y luchar contra ella”.*

Siendo irrefutable la consideración de la prohibición de la corrupción como un principio de orden público internacional, la voluntad que un Estado manifiesta al momento de pactar un Acuerdo de Inversión, no puede ir más allá y contravenir ésta prohibición.

Así las cosas, el consentimiento de los Estados a la jurisdicción arbitral no puede entenderse conferido respecto a aquellas inversiones realizadas mediante un acto de corrupción, pues esto implicaría la protección de un acto de esta naturaleza.

Aterrizando lo anterior al caso que nos ocupa, podemos válidamente sostener la incompetencia de un tribunal arbitral para conocer de conflictos en los que la inversión objeto de controversia fue realizada mediante un acto de corrupción porque:

- El alcance de los Acuerdos de Inversión que adoptaron el “modelo de control” propuesto por la UNCTAD se limita a proteger aquellas inversiones que hayan sido realizadas “de conformidad con la legislación”.
- Dentro de esta “legislación” debemos comprender a la legislación interna e internacional, incluyendo dentro de éstas a los principios generales de derecho. De hecho, el tribunal arbitral está obligado a resolver la controversia, e incluso su competencia, mediante la aplicación del derecho internacional.

- Es un principio de derecho generalmente aceptado que la voluntad del Estado al celebrar un acuerdo internacional, en nuestro caso un Acuerdo de Inversión, no puede contrariar al orden público internacional.
- La prohibición y la lucha contra la corrupción se plantea como una cuestión de orden público internacional.
- El consentimiento para conferir los derechos de protección establecidos por un acuerdo internacional (entre ellos el acceso a la jurisdicción arbitral) cuando la inversión fue realizada mediante un acto de corrupción constituye, *per se*, un acto contrario al orden público internacional.

En conclusión, si conferir el acceso a la justicia arbitral a un inversionista extranjero que ha hecho su inversión mediante un acto de corrupción se entiende como un acto contrario al orden público internacional, *a contrario sensu*, la intención del Estado al conferir estos derechos debe entenderse limitada a aquellos casos en que la inversión fue realizada “de conformidad con la legislación” y, específicamente por lo que a nuestro caso interesa, sin que hayan mediado actos de corrupción.

En perfecta congruencia con lo anterior, Von Moltke sostiene que:

“Investors become “economic citizens” of the host country, that is they enjoy the rights and obligations that other citizens enjoy in relation to their investments. **The most fundamental obligation is to comply with the laws and regulations of the host state and its jurisdictions.**

.....

An international investment agreement must incorporate - explicitly or by reference to other relevant international agreements - rules against corruption at both the pre- and post-establishment phases”.¹¹⁸

¹¹⁸ VON MOLTKE, Konrad. *A Model International Investment Agreement for the Promotion of Sustainable Development*, International Institute for Sustainable Development, Canada, 2004, pp. 15 y 16. “Los inversionistas se convierten en “ciudadanos económicos” del Estado receptor, esto es, ellos disfrutan de los derechos y obligaciones que otros ciudadanos tienen en relación con sus inversiones. La obligación más fundamental es el cumplimiento con la legislación y reglamentación del Estado receptor y de su jurisdicción.

A mayor abundamiento, la anterior interpretación es a su vez conforme con las obligaciones asumidas por los Estados parte de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción.

En efecto, los artículos 5, punto 3, y 34 de este instrumento disponen lo siguiente:

Artículo 5.
Políticas y Prácticas de Prevención de la Corrupción

.....

3. Cada Estado Parte procurará evaluar periódicamente los instrumentos jurídicos y las medidas administrativas pertinentes a fin de determinar si son adecuados para combatir la corrupción.

Artículo 34.
Consecuencias de los actos de corrupción

Con la debida consideración de los derechos adquiridos de buena fe por terceros, cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, adoptará medidas para eliminar las consecuencias de los actos de corrupción. En este contexto, los Estados Parte podrán considerar la corrupción un factor pertinente en procedimientos jurídicos encaminados a anular o dejar sin efecto un contrato o a revocar una concesión u otro instrumento semejante, o adoptar cualquier otra medida correctiva.

De la lectura de los preceptos citados podemos desprender dos obligaciones concretas de los Estados parte:

- (i) Evaluar periódicamente los instrumentos jurídicos a fin de determinar si son o no adecuados para combatir la corrupción.
- (ii) Adoptar medidas para eliminar las consecuencias de los actos de corrupción.

.....

Un Acuerdo Internacional de Inversión tiene que incorporar – explícitamente o por referencia a otros acuerdos internacionales relevantes – reglas contra la corrupción en ambas pre y post fases de establecimiento de la inversión”. (Traducción propia).

Si bien es cierto que estas obligaciones se orientan hacia una actividad futura y que la intención de los Estados al conferir los derechos de protección a la inversión extranjera debe interpretarse en el momento mismo en los que éstos se confirieron, esto es, al momento en que se celebró el Acuerdo de Inversión del que se trate, resultaría completamente absurdo asumir obligaciones de esta índole y al mismo tiempo celebrar un acuerdo internacional por el que se confieran derechos a inversiones realizadas por corrupción.

Un Estado que ha asumido estas dos obligaciones no puede tener la intención de proteger inversiones realizadas mediante actos de corrupción. En este sentido y tomando en consideración lo hasta ahora expuesto, es necesario concluir que el alcance del consentimiento de los Estados al momento de celebrar un Acuerdo de Inversión no puede comprender a las inversiones que siendo realizados a través de corrupción, no son conformes con legislación del Estado interna e internacional. En este sentido, cuando una controversia de esta naturaleza se llegue a plantear en arbitraje, el tribunal arbitral debe negar su competencia pues, como lo hemos repetido en numerosas ocasiones, el Estado no consintió su jurisdicción por no conferir al inversionista extranjero este derecho.

Por último, a partir de las consideraciones anteriores es relevante hacer hincapié en los motivos por los que dentro del término “legislación” debe comprenderse tanto al derecho interno, como al internacional. Las legislaciones de algunos Estados no consideran como delitos, y ni siquiera como conductas ilegales, ciertas conductas que bajo el orden público internacional son consideradas como actos de corrupción¹¹⁹.

Así las cosas, puede suceder que la normatividad de un Estado sea abiertamente contraria con el orden público internacional y, en este sentido, consideramos que el último debe prevalecer sobre la primera. Si bien un Estado es soberano para

¹¹⁹ A este respecto, Timothy Martin refiere que bajo el derecho suizo el tráfico de influencias no es ilegal. Véase MARTIN, Timothy. *Ob. Cit.*, p. 7.

determinar el contenido de sus leyes, el orden público internacional se plantea como un orden superior que no puede ser contravenido por una voluntad aislada y unilateral que, por la naturaleza de la disposición normativa en contradicción, muy posiblemente tendría su origen en un legislador negligente o con intereses ajenos al “bienestar general”.

b) La Buena Fe (Artículo 31 de la Convención de Viena).

Una de las reglas interpretativas de todo tratado internacional, entre ellos los Acuerdos de Inversión, es la Buena Fe. Este principio interpretativo ha sido acogido por el primer párrafo del artículo 31 de la Convención de Viena sobre la Celebración de Tratados y establece lo siguiente:

Artículo 31. Un tratado deberá interpretarse de **buena fe** conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin.

Respecto al texto de este artículo el maestro Gómez-Robledo comenta lo siguiente:

“La jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia avala expresamente lo asentado por la Convención de Viena. En su opinión consultiva sobre la Competencia de la Asamblea General para la admisión de un Estado de las Naciones Unidas, la Corte expresó la regla básica de interpretación:

La primera obligación de un tribunal al que incumba interpretar las disposiciones de un tratado es tratar de darles efecto conforme a su sentido natural y corriente en el contexto en el que aparecen. Si las palabras pertinentes, cuando se les atribuye su significado natural y corriente, tienen sentido en su contexto, no hay que investigar más. Por el contrario, si las palabras, cuando se les atribuye su significado natural y ordinario, son equívocas o conducen a resultados irracionales, es entonces – solamente entonces – cuando la Corte debe buscar, a través de otros métodos, lo que en realidad las partes tenían en mente cuando se sirvieron de la terminología consagrada en el tratado”.¹²⁰

¹²⁰ GOMEZ-ROBLEDO VERDUZCO, Alonso. *Temas Selectos de Derecho Internacional*, 4ª edición, UNAM, México, 2003, p.142.

Considerando lo anterior, vemos que para que un tratado se interprete conforme al principio de la Buena Fe, es necesario seguir las pautas siguientes:

1. El texto interpretado debe entenderse en su sentido corriente u ordinario y conforme al contexto en el cual se haya inserto, esto es, interpretando la cláusula en cuestión no de manera aislada, sino relacionándola con las demás que integran el tratado.
2. El punto referente a partir del cual se atribuya sentido a una disposición debe ser el objetivo o fin del tratado del que se trate.
3. Cuando el sentido corriente del texto interpretado lleve a resultados irracionales, debe atenderse a la que fue o sería la intención evidente de las partes al momento de celebrar el tratado.

Aterrizando estas reglas al caso que nos ocupa, es necesario concluir, como se demostrará a continuación, que considerando el contexto de la “cláusula de conformidad con la legislación”, así como el objeto y fin del tratado en el que se encuentra inserta, la misma debe ser interpretada en un sentido amplio, excluyendo del alcance del acuerdo a aquellas inversiones que han sido realizadas mediante actos de corrupción.

En efecto, el contexto en que se encuentra inserta la cláusula determina el alcance del Acuerdo de Inversión mediante la determinación específica de la clase de inversiones a las que se aplicará y, por ende, que gozarán de los derechos por él conferidos. Así, observamos que la “cláusula de conformidad con la legislación” se ha contextualizado en diversas formas, ya sea mediante su inserción en la definición de la inversión, en la configuración del ámbito de aplicación del acuerdo o en la fórmula de admisión y establecimiento de la inversión.

Por lo que hace al objeto o motivo de los Acuerdos de Inversión, si bien su fin inmediato se desprende de su propia denominación, la promoción y protección de inversiones extranjeras, su objeto o fin mediato es dual y consiste, por un lado, en atraer capitales foráneos para el mejor desarrollo económico del Estado receptor y, por el otro lado, garantizar las mejores condiciones de seguridad y protección de los movimientos de capitales a países extraños para mejorar las condiciones económicas del Estado exportador. En este sentido, el fin último de un APPRI o de un capítulo de inversión contenido en un tratado de libre comercio es el mejoramiento de las condiciones económicas y sociales de los Estados involucrados en su celebración.

La corrupción es una actividad manifiestamente contraria al desarrollo económico y constituye un importante freno a la economía de un país, tan es así, que uno de los motivos por los que se celebró la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción fue establecer las condiciones necesarias para lograr un desarrollo económico sostenible. La parte conducente del preámbulo de la Convención establece lo siguiente:

“Preocupados asimismo por los casos de corrupción que entrañan vastas cantidades de activos, los cuales pueden constituir una proporción importante de los recursos de los Estados, y que amenazan la estabilidad política y el desarrollo económico de esos Estados”.

.....

“Convencidos de que el enriquecimiento personal ilícito puede ser particularmente nocivo para las instituciones democráticas, las economías nacionales y el imperio de la ley”.

Siendo la corrupción un acto contrario a la finalidad de todo Acuerdo de Inversión, resulta irracional permitir que esta clase de acuerdos se conviertan en verdaderos incentivos para la corrupción al garantizar a las inversiones derivadas de la misma, los derechos de protección a los que hicimos alusión en el Capítulo II y, específicamente, el derecho de acceder a la justicia arbitral internacional.

Como se observa, el no interpretar la “cláusula de conformidad con la legislación” en el sentido que mediante este trabajo se plantea, acarrea resultados

irracionales. En consideración del contexto y del objeto y fin de los acuerdos objeto de estudio, esta cláusula debe entenderse en un sentido amplio, comprendiendo dentro de la misma a normas y principios tanto de derecho interno, como de derecho internacional y, bajo esta perspectiva, determinarse que las inversiones realizadas mediante actos de corrupción no pueden caer dentro del alcance de estos acuerdos, por ende, el inversionista extranjero involucrado en esta clase de actos no puede elevar los reclamos derivados de su inversión a un arbitraje internacional, pues simple y sencillamente no goza de ese derecho.

c) “*Nemo Auditur Propiam Turpitudinem Allegance*” y otros Principios.

La expresión latina *Nemo Auditur Propiam Turpitudinem Allegance* refiere un principio general de derecho que tiene su origen en la tradición jurídica romana pero que se encuentra también profundamente arraigado en el sistema jurídico del *common law*.

Este principio consiste en que “nadie puede beneficiarse de su propia torpeza o dolo” y tiene plena vigencia en el mundo, tan es así, que incluso en un país con una visión legalista-formalista del derecho, como lo es México, el mismo ha sido reconocido y aplicado por los tribunales nacionales, tal y como se desprende del siguiente criterio jurisprudencial:

Novena Epoca Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Fuente:
Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo: XX, Julio de
2004 Tesis: XVII.2o.C.T.19 C Página: 1703 Materia: Civil Tesis aislada.

CONTRATO DE MUTUO. SI LAS PARTES NO HACEN ESTIPULACIÓN ALGUNA PARA EL CASO DE INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE PAGO, ELLO NO IMPIDE QUE SE GENEREN INTERESES MORATORIOS, PUES ÉSTOS NACEN DE LA LEY. Si las partes en el momento de la celebración del contrato de mutuo no previeron las consecuencias de su incumplimiento, dada la naturaleza de la propia convención, entonces, fue correcta la interpretación que hizo la Sala responsable de la cláusula donde se expresó que: “Las partes expresamente pactan que no causan intereses”, en el sentido de que ésta no podía abarcar a los intereses moratorios, sino sólo a los ordinarios, pues mientras éstos tienen su origen en la retribución al

acreedor por el uso que se hace de la cantidad de dinero mutuada y, por tanto, puede formar parte del clausulado ordinario del contrato que mira al cumplimiento como única posibilidad de la conducta de los contratantes, en cambio, los intereses moratorios constituyen la sanción legal que se impone a quien incumple con la obligación de pago, y da origen al reclamo de estos últimos. De ahí que si en el contrato no se hace estipulación alguna para el caso de incumplimiento, en este supuesto, los intereses moratorios nacen directamente de la ley, ya que considerar que el deudor, desde la celebración del contrato tuvo como intención no cumplirlo y, por ello, que la convención de que el contrato no generaría intereses debe comprender los moratorios, sería contrario al principio general del derecho **nemo auditur propiam turpitudinem allegans (nadie puede alegar su dolo en su provecho)** y a la buena fe con que deben conducirse las partes al celebrar los contratos, pues en caso contrario se beneficiaría al deudor con el dolo propio.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIAS CIVIL Y DE TRABAJO DEL DÉCIMO SÉPTIMO CIRCUITO.

Amparo directo 669/2003. Sucesión a bienes de Ernesto González Zapata representada por su albacea Gerardo González Zapata. 5 de diciembre de 2003. Unanimidad de votos. Ponente: José de Jesús González Ruiz. Secretaria: Marely de los Ángeles Castillo Reyes

Esta tesis demuestra la vigencia y aplicación del principio y nada impide que el mismo pueda aplicarse también al caso que nos ocupa, aunque dentro de un contexto distinto.

En efecto, en buena fe, un inversionista extranjero no puede pretender beneficiarse de una inversión realizada mediante uno o varios actos de corrupción y, consecuentemente, gozar de los derechos de protección que le confiere el Estado receptor, entre ellos, el acceso al arbitraje internacional para la solución de sus controversias, pues es evidente que la motivación de su actuación tuvo un origen doloso y, como lo sostiene máxima jurídica, “nadie puede beneficiarse de su propio dolo”.

Es principio de derecho irrefutable que toda relación contractual descansa en la Buena Fe. De hecho, las partes en un contrato están obligadas a las consecuencias que el mismo tiene y que son conformes con ésta. Si extrapolamos esta máxima a los tratados internacionales, es evidente que los Estados, así como los beneficiarios directos de los mismos, en nuestro caso los inversionistas

extranjeros, están también obligados a las consecuencias que son conformes con la Buena Fe.

Así las cosas, considerando que en los Acuerdos de Inversión los inversionistas extranjeros son meros beneficiarios de una declaración unilateral de voluntad, para que éstos puedan beneficiarse de la misma, o lo que es lo mismo, para que éstos puedan ubicarse en la hipótesis fáctica que les permite gozar de los derechos de protección ofrecidos por el Estado, es obligación del inversionista conducirse conforme a las consecuencias del acuerdo que son acordes con la Buena Fe. Si un inversionista realiza una inversión mediante un acto de corrupción es evidente que a través de dicho acto ha incumplido con esta obligación que es condicionante para el goce de los derechos ofertados por el Estado receptor.

No es correcto premiar a la inmoralidad, por ello, no es justo que un inversionista goce de los derechos de protección que un Estado le confiere cuando no se ha ubicado en los presupuestos fácticos implícitos para ser acreedor a los mismos. Un inversionista extranjero no puede beneficiarse de los derechos de protección aludidos si su aplicación es consecuencia de un obrar doloso y que en el caso que nos ocupa versa sobre un acto de corrupción.

Finalmente, partiendo de los razonamientos antes esgrimidos, resultan también aplicables al caso las siguientes máximas jurídicas: *“Ex dolo malo non oriatur actio”* (ningún derecho a accionar puede tener su origen en el dolo), *“malitiis nos est indulgendum”* (ante la conducta mailiciosa no debe haber indulgencia), *“dolos suos neminem relevat”* (a nadie se le exonera de su propio dolo), *“in universum autum haec in ea re regula sequenda est, ut dolos omnimodo puniatur”* (de modo general ha de observarse la regla de que el dolo sea castigado en todo caso)¹²¹, *“unusquisque doli sui poenam sufferat”* (cada uno debe soportar la pena por su

¹²¹ Véase IGLESIAS REDONDO, Juan. *Reporte Bilingüe de definiciones, reglas y máximas jurídicas romanas*, Cívitas, Madrid, 1986, p. 148.

propio dolo), “*nemini dolos suos prodesse debet*” (nadie debe aprovechar su propio dolo)¹²².

d) La Justicia en la Interpretación.

La interpretación que mediante esta tesis se propone pretende plantearse como un referente jurisdiccional a partir del cual se haga frente a las inversiones realizadas mediante corrupción en el arbitraje Inversionista / Estado.

La justicia se plantea como el principio fundamental a partir del cual se debe resolver una controversia y en este sentido, además del apego a los principios a los que hemos hecho referencia, la interpretación que proponemos debe de ser, *per se*, justa.

Para determinar lo anterior, es necesario establecer un parámetro de lo que es justo y que, desde nuestro punto de vista, resulta útil para nuestro caso la adecuación al proceso contencioso de la teoría de la justicia y la posición originaria de John Rawls.¹²³

Simplificando al máximo esta teoría filosófica y asumiendo el riesgo de desvirtuarla al hacerlo y al pretender adaptarla a los sistemas de solución de controversias, Rawls propone un modelo social justo mediante la equitativa repartición de las cargas y prerrogativas sociales. Así, la teoría sostiene fundamentalmente que la existencia de un modelo social justo se puede lograr mediante un hipotético consenso generalizado de los papales, cargas y funciones que a cada ser humano

¹²² Véase RIOS JAQUEZ, Armando, *Prontuario Jurídico – Recopilación Temática de Reglas, Máximas, Aforismos Jurídicos y Principios de Derecho*, Regla, México, 2003, pp. 234 y 236.

¹²³ Véase RAWLS, John. *El Liberalismo Político*, Crítica, traductor Antoni Doménech, Barcelona, 2004, pp. 163 a 205. Es importante mencionar que existen otros modelos de justicia, por lo que el modelo de John Rawls no es el único aplicable al caso que nos ocupa. Pese a lo anterior, hemos adoptado esta teoría por considerarla útil para el propósito planteado en este trabajo.

corresponderían en el mundo, pacto hipotético que se explicaría desde una posición originaria previa a la existencia misma del modelo en función.

Un ejemplo sumamente útil y recurrente para explicar esta teoría lo constituye el de la distribución de las tareas que una flota marina debe realizar en un barco. En efecto, supongamos que los integrantes de la flota deciden distribuir a la suerte las tareas por realizar en el barco antes de que inicie la travesía.

Debido a que nadie sabe cuales son las tareas que a cada uno de ellos corresponderá, todos buscarán distribuir las de una manera equitativa de forma que quien ha recibido una tarea sumamente ardua, sea compensado mediante la asignación de otra que sea más sencilla y así sucesivamente. De esta forma, todos buscarán evitar salir perjudicados de la distribución fortuita, mediante el equilibrio en la distribución de las cargas y los trabajos, no existiendo nadie en una situación ventajosa, pero tampoco nadie en una situación desventajosa.

El punto en el que todos los integrantes de la flota llegan a un consenso en la distribución de las cargas antes de que las mismas sean asignadas, representa lo que sería un modelo de sociedad justo.

Trasladando lo anterior a los sistemas de solución de controversias, la resolución que da fin a una contienda será intrínsecamente justa cuando el sentido de la misma hubiere sido aceptado por cualquiera de las partes involucradas en la diferencia con anterioridad al momento en que se hubiere realizado la designación de los roles que cada una de las partes jugaría en la controversia, ya sea como Estado demandado o como inversionista extranjero demandante.

En el caso que nos ocupa, la interpretación que proponemos llevaría a la emisión de un laudo que cumpla con esta posición originaria de justicia por los motivos que a continuación referimos.

Partiendo de lo expuesto en los incisos a), b) y c) anteriores, consideramos que con anterioridad a la asignación de los roles que cada parte contendiente jugaría en el procedimiento arbitral, ya sea como Estado demandado o como inversionista extranjero demandante, ambas partes en el proceso habrían aceptado como justa y equitativa la emisión de un laudo por el que se determinara que las inversiones extranjeras realizadas mediante actos de corrupción no pueden entenderse comprendidas dentro del alcance de un Acuerdo de Inversión, pues dichos actos son contrarios al fin mismo de esta clase de acuerdos, además de que una resolución en sentido diverso constituiría una violación al orden público internacional, así como una inconformidad con los principios generales de derecho a los que hemos hecho alusión.

Así las cosas, al no quedar comprendidas dentro del alcance de los Acuerdos de Inversión aquellas inversiones realizadas mediante actos de corrupción, es evidente que el tribunal arbitral debe declararse incompetente para conocer de la controversia que le ha sido planteada, toda vez que no existe un acuerdo arbitral que faculte al inversionista extranjero para acceder a la justicia arbitral internacional.

Por los motivos anteriores consideramos que la declaración de incompetencia que formule un tribunal arbitral fundándose en la “cláusula de conformidad con la legislación” cuando la inversión objeto de controversia haya sido realizada mediante actos de corrupción es, *per se*, justa.

e) La Interpretación Sistemática y El Principio de Obligatoriedad – “*Pacta Sunt Servandae*”.

“Los pactos se hacen para cumplirse” es el aforismo utilizado para expresar el latinajo “*Pacta Sunt Servandae*”, mismo que denota con claridad la obligación de todo sujeto de cumplir con sus compromisos.

Sin embargo, existen casos en los que el compromiso por cumplir no es del todo claro, ante lo cual, es necesario recurrir a la interpretación jurídica de la disposición controvertida a fin de atribuirle un sentido que sea acorde con el sentido común y con la función para la que fue prevista.

Ante esta situación, uno de los mecanismos generalmente aceptados para desentrañar el sentido de una disposición dudosa, lo constituye la interpretación sistemática o integral.

La interpretación sistemática consiste en interpretar las normas jurídicas, ya en forma de cláusula, ley o tratado, no de una manera aislada, sino relacionándola con las demás disposiciones jurídicas con las que tiene relación a fin dotarla del significado que se desprende de las demás.

Esta forma de interpretación parte de la premisa evidente de que el orden jurídico no es un conjunto de disposiciones aisladas, sino un todo armónico que se complementa mediante la relación que existe entre las normas que lo integran.

Aterrizando lo anterior al caso que nos ocupa, no es posible interpretar la “cláusula de conformidad con la legislación” sin entender el sentido de las demás disposiciones del acuerdo en el que se encuentra inserta, y de hecho, no es posible captar el sentido de estas disposiciones si a su vez no entendemos la función que tiene el propio acuerdo dentro de un contexto jurídico global en el que existen normas que se complementan las unas con las otras, esto es, en el que existen otras normas internacionales y de derecho interno que explican mejor la existencia misma del acuerdo y, por ende, su interpretación y la de la cláusula en él contemplada.

Relacionando esta forma de interpretación con el inciso a) expuesto en las páginas precedentes, no es posible analizar la “cláusula de conformidad con la

legislación” sin complementarla mediante los demás acuerdos internacionales en materia de lucha contra la corrupción, así como con los demás principios generales de derecho y consideraciones de orden público internacional.

Desde una perspectiva integral del orden jurídico, la interpretación de la cláusula analizada en este estudio se impone y no permite un sentido diverso. Cuando una inversión ha sido realizada mediante actos de corrupción ésta no goza de los derechos de protección conferidos en un Acuerdo de Inversión, pues simplemente dicho acuerdo no le es aplicable. Así, un tribunal arbitral debe declararse incompetente para conocer del conflicto de inversión del que se trate pues el Estado involucrado nunca ha conferido su consentimiento al arbitraje.

f) Interpretación Gramatical de la “Cláusula de Conformidad con la Legislación”.

La literalidad de los términos empleados por la cláusula a la que nos referimos, no es contraria al sentido y a la interpretación que de la misma planteamos en esta tesis, por ende, no existe fundamento alguno por el que las consideraciones expuestas con anterioridad se consideren inválidas.

En efecto, como lo hemos sostenido, si bien es cierto que la cláusula remite “a la legislación y reglamentación del Estado receptor”, esto no significa que dicha legislación se limite al derecho interno del Estado huésped.

Si bien la función prevista para la cláusula es la de establecer un mecanismo de control exclusivo del Estado para admitir determinados tipos de inversiones y éste se ejerce mediante el derecho interno, esto no significa que ésta función sea la única que puede tener la cláusula.

Toda norma jurídica es creada para producir efectos y considerando los razonamientos expuestos en los incisos anteriores, es indiscutible que la intención de los Estados es la de no admitir inversiones realizadas mediante actos de corrupción, tan es así, que los Estados han asumido la obligación de revisar sus ordenamientos jurídicos a fin de hacerlos acordes con la prevención y prohibición de la corrupción. La lucha anticorrupción es y debe ser una prioridad.

Así las cosas, adoptando una visión monista del derecho, dentro del término "legislación del Estado receptor" válidamente podemos justificar la aplicación de normas jurídicas de derecho interno, como de derecho internacional, entre las mismas, los principios a los que hemos hecho alusión y que dan una nueva pero consentida función a la cláusula de conformidad con la legislación.

No existe ninguna consideración gramatical que impida interpretar la cláusula en el sentido en el que proponemos, de hecho, sus términos expresos son dotados de contenido por el orden público internacional y por los principios de derecho a los que hemos venido haciendo alusión. Así, de una interpretación gramatical de la "cláusula de conformidad con la legislación" podemos concluir que un tribunal arbitral es incompetente para conocer de una controversia Inversionista / Estado cuando la inversión de la que se trate haya sido realizada de manera ilegal mediante actos de corrupción.

Siendo estos los motivos y fundamentos en los que justificamos a la legalidad de la inversión como presupuesto procesal en el arbitraje Inversionista / Estado, ilegalidad específicamente referida a actos de corrupción, a continuación analizaremos algunas consideraciones jurídicas relacionadas con la excepción competencial que hemos venido comentando.

C. Consideraciones Jurídicas en la Aplicación de la Interpretación Propuesta.

Planteados los motivos y fundamentos en los que consideramos debe entenderse a la *“La Legalidad en la Inversión como Presupuesto Procesal en el Arbitraje Inversionista / Estado”*, existen ciertos aspectos que sobre el tema es necesario tratar, pues como se observará, los mismos determinan el alcance de la aplicación de la “cláusula de conformidad con la legislación” y, por ende, la forma y los supuestos bajo los cuales un tribunal arbitral puede declararse incompetente para conocer de un conflicto de inversión derivado de actos de corrupción.

Los aspectos a los que hacemos alusión se refieren a la naturaleza y a la gravedad de la ilegalidad observada al momento de realizar la inversión y al órgano competente para determinar si la inversión fue o no hecha de manera ilegal.

a) La Naturaleza y Gravedad del Acto de Corrupción.

Mediante este apartado procuraremos dar ciertas pautas para contestar una pregunta que consideramos de fundamental importancia en nuestro tema y que consiste en saber si todo acto de corrupción por parte de un inversionista extranjero acarrea la incompetencia del tribunal arbitral que hemos planteado.

Una primera aproximación a este tema nos llevaría a responder la pregunta en sentido afirmativo, especialmente bajo las consideraciones que del orden público se han manifestado respecto a la corrupción. Sin embargo, si aterrizamos esta pregunta a un caso concreto, vemos que no existe una respuesta sencilla.

En efecto, supongamos que a la luz de un APPRI un extranjero decide realizar una inversión en México y construir un desarrollo inmobiliario con valor de 100 millones de dólares. La inversión fue realizada de forma legal y en cumplimiento diligente de todas las disposiciones administrativas vigentes, pero al segundo año de la construcción el inversionista da a un empleado de una delegación un soborno de

30,000 pesos para agilizar la emisión de un permiso de construcción que no ha sido entregado dentro de los plazos establecidos en la ley, no obstante que se ha cumplido con toda la regulación en la materia para obtenerlo; escenario que es perfectamente imaginable.

Terminada la construcción y al cabo de 5 años, el Estado realiza un acto de expropiación manifiestamente ilegal. Ante esta situación el inversionista lleva su controversia a la justicia arbitral internacional y en su defensa el Estado alega la falta de competencia del tribunal probando el acto de corrupción. ¿Tiene o no competencia el tribunal para resolver la disputa?

Lo primero que debemos comentar es que éste es un “caso frontera”; sin embargo, existen otros muchos casos en donde la incompetencia del tribunal arbitral puede sostenerse sin dubitación, por ejemplo, cuando el desarrollo inmobiliario hubiera sido realizado para una dependencia pública y se hubiere otorgado un soborno equivalente al 10% del monto total de la inversión para que dentro de la licitación pública a la que se hubiere convocado para su realización se adjudicara el proyecto al inversionista extranjero; escenario que también es perfectamente imaginable.

Con independencia de lo anterior, desde nuestro punto de vista el caso que hemos planteado no tiene una respuesta clara.

En efecto, por un lado vemos que en un primer momento el APPRI objeto de controversia cumplió con su función de atraer capitales extranjeros invertidos de conformidad con su legislación, fomentando así el desarrollo económico del país, pero por otro lado vemos la existencia real y probada de un acto de corrupción que, sin embargo, se debió en gran medida a la ineficacia del Estado para garantizar ciertas condiciones de inversión, al no haber expedido un permiso dentro de los plazos establecidos en la ley, afectando gravemente al inversionista extranjero al tener que dejar personal y maquinaria sin operar.

No obstante lo anterior, la conducta exigible al inversionista extranjero no era la de dar un soborno, sino la de activar los mecanismos de defensa que la legislación mexicana le ofrecía ante la falta de emisión del permiso.

Ante esta azarosa situación, consideramos que para resolver esta clase de diferencias deben tomarse en consideración, entre otros, tres factores: (i) La vinculación entre el acto de corrupción y la realización de la inversión, (ii) la gravedad de la ilegalidad y (iii) la vinculación de la inversión y del acto de corrupción con el acto Estatal violatorio del acuerdo.

1. La Vinculación entre el Acto de Corrupción y la Realización de la Inversión.

Consideramos que el acto de corrupción debe estar referido al vehículo mediante el cual se realiza la inversión, pues de esta manera la violación al objeto del Acuerdo de Inversión sería clara, pues a través del mismo se atrajo una inversión que de origen no suponía coadyuvar al desarrollo económico del Estado receptor, por el contrario, lo perjudicaba mediante la realización de esta clase de actos.

En efecto, retomando el ejemplo del soborno dentro de un proceso licitatorio, es evidente que el vehículo por el que se realizó la inversión fue el acto de corrupción. Si ese acto de corrupción no hubiera existido, la inversión nunca hubiera sido realizada. Por el contrario, en el “caso frontera” que analizamos, la inversión fue realizada legalmente y el acto de corrupción se dio en circunstancias posteriores e indeseables para el propio inversionista.

Así las cosas, en el caso que comentamos el APPRI cumplió su propósito, atraer una inversión de conformidad con su legislación y si el propósito se cumplió para el Estado, no vemos porque no pueda cumplirse para el inversionista.

2. La Gravedad de la Ilegalidad.

Consideramos que la gravedad del acto de corrupción debe ser un factor importante para resolver el problema que planteamos y de antemano sostenemos que la misma no puede estar referida a la cantidad de dinero a la que ascendió el soborno, sino a la gravedad de la conducta, especialmente a sus consecuencias. Quien da un soborno de 100 pesos comete el mismo acto que quien da otro de una cantidad exorbitante.

Si en el caso planteado el inversionista extranjero no hubiera realizado el soborno, la manera en la que se hubiera tenido que obtener el permiso era mediante el accionar de los mecanismos legales existentes, situación que de manera automática generaría (i) un mayor tiempo para la obtención del permiso y, consecuentemente, un perjuicio para el inversionista al tener personal y maquinaria inactiva, e incluso, un mayor costo al tener que acelerar los procedimientos constructivos a fin de cumplir con las fechas de entrega pactadas para la obra, así como (ii) un mayor costo al tener que pagar los gastos y los honorarios de los abogados.

A este respecto, las anteriores afectaciones no sólo son perjudiciales para el inversionista, sino también para el Estado receptor, al generar un estancamiento de las actividades económicas que se desarrollan en el país, desviándose recursos que pudieron haber sido reinvertidos en otra actividad productiva. Además, estas afectaciones económicas se multiplican si consideramos la situación en la que se ven involucrados los proveedores de los materiales que, teniendo programadas ciertas entregas, no pudieron realizarlas ante la paralización de la obra.

Conforme con lo anterior, paradójicamente la realización de un acto de corrupción generó una situación económica mucho más benéfica tanto para el inversionista, como para el Estado, situación que tiene mucha relevancia si consideramos que el fin del Acuerdo de Inversión es fomentar el desarrollo económico y uno de los fines de la lucha anticorrupción es, precisamente, mejorar las condiciones económicas del Estado.

Con lo anterior no pretendemos “legitimar” la realización del acto de corrupción, es evidente que una realización generalizada de esta clase de actos generaría un mayor perjuicio y, por ende, la conducta ilegal realizada debe ser sancionada penal y administrativamente. Sin embargo, consideramos que es un factor que dentro del contexto planteado sin lugar a dudas disminuye la gravedad del acto corrupto, especialmente considerando que fue originado por una conducta reprochable al Estado consistente en no cumplir con los plazos establecidos en la ley. Si bien el Estado no puede considerarse responsable del acto de corrupción, si es responsable de no haber establecido las condiciones necesarias para realizar una inversión rentable, obligación implícita en cualquier Acuerdo de Inversión.

3. La Vinculación de la Inversión y del Acto de Corrupción con el Acto Estatal Violatorio del Acuerdo.

Consideramos que si el acto del Estado violatorio del acuerdo no tiene vinculación alguna con el acto de corrupción en la inversión, se generaría una situación injustificadamente provechosa al Estado y contraria al fin mismo del acuerdo.

En efecto, fundándose en cualquier acto de corrupción, por insignificante que éste fuera, el Estado podría eludir sus responsabilidades, incumpliendo así las obligaciones que son conformes con la buena fe en los tratados.

A manera de ejemplo, supongamos que una compañía de mensajería extranjera ha dado un soborno para evitar que uno de sus camiones sea multado por

conducir en exceso de velocidad y por este hecho el Estado argumenta en el arbitraje la incompetencia del tribunal arbitral cuando la controversia en el mismo versa sobre la expropiación de un inmueble en donde no se respetó la garantía de audiencia del inversionista.

En este caso no existe ninguna vinculación entre los actos a los que nos hemos referido y es claro que el Estado se está aprovechando de una situación que si bien es ilegal y reprochable al inversionista, no guarda ninguna proporción con la obligación que a través del mismo el Estado pretende eludir.

En el caso analizado, el soborno realizado para obtener el permiso no tiene ninguna relación con la expropiación realizada por el Estado, de hecho, la misma fue realizada años después de que la construcción fue terminada, situación que desde nuestro punto de vista debe tomarse en consideración al momento en el que el tribunal resuelva sobre su competencia.

Partiendo de los razonamientos esgrimidos en los puntos 1, 2 y 3 anteriores, consideramos que si un caso como el expuesto es planteado ante un tribunal arbitral, éste debe declararse competente para conocer la controversia pues si bien es cierto que dicho inversionista violó una "ley" del Estado receptor al realizar el acto de corrupción, dicha violación es una violación menor, ante la cual, el peso del Acuerdo de Inversión se impone.

En efecto, debido (i) a la falta de vinculación entre el acto de corrupción y la realización de la inversión, (ii) a la escasa gravedad de este acto a la luz del fin último de los Acuerdos de Inversión (que es el fomento al desarrollo económico), así como (iii) a las desproporcionadas consecuencias que acarrearán la inexistente relación entre el acto corrupto, la inversión y el acto ilícito del Estado, consideramos que la falta de conformidad con la legislación en la que incurrió el inversionista es menor y excluirlo bajo estas bases de los derechos de protección que originalmente le fueron conferidos, es inconsistente con el fin y el objeto del

Acuerdo de Inversión en que el inversionista pretende fundar su derecho a la justicia arbitral.

Como apoyo a la anterior conclusión podemos sostener la aplicación analógica del laudo por el que se resolvió el caso CIADI *Tokios Tokelés c. Ukraine*. A través de este laudo se determinó que, a la luz de la “cláusula de conformidad con la legislación”, las violaciones menores a las leyes y reglamentos del Estado receptor no podían considerarse como suficientes para excluir a la inversión de la protección otorgada por un APPRI. La parte conducente de la resolución a la que nos referimos establece lo siguiente:

“The Respondent now alleges that some of the documents underlying these registered investments contain defects of various types, some of which relate to matter of Ukrainian law. Even if we were able to confirm the Respondent’s allegations, which would require a searching examination of minute details of administrative procedures in Ukrainian Law, to exclude an investment on the basis of such minor errors would be inconsistent with the object and purpose of the Treaty”.¹²⁴

Partiendo de lo anterior, la respuesta a la pregunta planteada al principio de este apartado “C” es negativa, no en todos los casos de corrupción el tribunal debe resolver su incompetencia. Sin embargo, cualquier análisis de este tipo debe siempre realizarse a la luz de un caso concreto.

b) La Calificación de la “Legalidad” en la Inversión.

En virtud del principio *Kompetenz – Kompetenz* por el que el tribunal tiene la prerrogativa de resolver sobre su propia competencia, quien debe determinar si

¹²⁴ *Tokios Tokelés v. Ukraine, Decision on jurisdiction*, CIADI No. ARB/02/18, (april 29, 2004), at par. 86. “El demandado alega ahora que alguna documentación que respalda estas inversiones registradas contienen defectos de varios tipos, algunos de los cuales se refieren a aspectos del derecho ucraniano. Aún en el caso en que fuera posible para nosotros confirmar los alegatos del demandado, situación que requeriría la búsqueda y revisión de detalles minuciosos sobre los procedimientos administrativos bajo el derecho ucraniano, el excluir una inversión sobre la base de dichos errores menores sería inconsistente con el objeto y propósito del tratado”. (Traducción propia)

una inversión fue o no realizada mediante actos de corrupción es el mismo tribunal arbitral que conoce de la controversia en cuestión.

Lo anterior, no significa que el tribunal puede sancionar a las partes, por ejemplo, mediante la declaración de nulidad del contrato por el que se realizó la inversión y en el que se implicó el acto de corrupción. La consecuencia legal en la declaración del tribunal sobre la existencia del acto de corrupción está referida, única y exclusivamente, a la determinación de su competencia.

Paralelamente a lo anterior, la resolución que un tribunal nacional realice indirectamente sobre la legalidad de la inversión y el acto de corrupción, no puede influir en la calificación que sobre este mismo aspecto haga el tribunal arbitral. Por ejemplo, si se inicia un procedimiento de responsabilidad administrativa y penal en contra del funcionario involucrado en un presunto acto de corrupción por el que se realizó una inversión y el tribunal nacional no lo considera culpable por resolver que no existió el acto de corrupción, no obstante la existencia de esta resolución, el tribunal arbitral, valorando los mismos o distintos hechos y pruebas, puede determinar que sí existió el acto de corrupción y, por ende, que no es competente para conocer de la controversia. Todo lo anterior con fundamento en el principio al que hemos hecho referencia y que, como lo mencionamos ya en este trabajo, ha sido aceptado en la generalidad de los instrumentos internacionales sobre la materia.

D. La Relevancia y Utilidad de Nuestra Tesis en las Relaciones Inversionista – Estado.

Expertos en economía de todo el mundo convienen que la corrupción tiene efectos devastadores sobre las economías de los Estados. El Banco Mundial estima que la corrupción puede reducir la tasa de crecimiento de un país entre 0.5 y 1 puntos porcentuales por año y, según las investigaciones del Fondo Monetario

Internacional, la inversión en los países corruptos es casi un 5% menor que en los países relativamente exentos de corrupción.¹²⁵

Con absoluta independencia de la “aportación jurídica” de esta tesis, consideramos que la relevancia y utilidad de nuestra propuesta se constituye como un mecanismo adicional a los ya existentes en la lucha contra la corrupción.

En efecto, al establecerse que un inversionista extranjero no gozará de los derechos de protección que le confieren los tratados internacionales cuando su inversión haya sido realizada mediante actos de corrupción, se establece al mismo tiempo un incentivo mayúsculo para que el inversionista no realice esta clase de actos, y además, y esto es lo más importante, para que establezca mecanismos de control hacia el interior de sus empresas que tengan como fin transparentar las actuaciones de sus empleados o representantes y establecer mecanismos efectivos de mejores prácticas contables y corporativas.

Hasta el día de hoy, los Estados han sido los principales responsables en la lucha anticorrupción, asumiendo un papel protagónico en la misma. Las fuerzas del mercado han ocasionado que en un afán por reducir costos, el único interés de los inversionistas en la lucha anticorrupción se encuentre en evitar ser sancionado penal o administrativamente.

Para muchos inversionistas la corrupción tiene aparejadas mucho más ventajas que desventajas, de forma que las consecuencias perjudiciales no son sufridas por las grandes compañías transnacionales, sino por la población en general, especialmente la de menores recursos.

A través del planteamiento formulado en este estudio, el inversionista extranjero empezará a asumir un papel más importante en la lucha contra la corrupción pues las consecuencias de sus actos corruptos le generarán un mayor perjuicio que el

¹²⁵ Esta información fue obtenida del Centro de Información de Naciones Unidas y se encuentra visible en la página <http://www.cinu.org.mx/prensa/especiales/2003/corrupcion/intro.htm>.

que antes le causaban y que consiste en la denegación de los derechos de protección a la inversión contenidos en los acuerdos internacionales en la materia. Así, a la preocupación de la sanción penal o administrativa se unirá la preocupación de saber que si en un momento dado entra en conflicto con quienes han sido sus cómplices en la corrupción (los funcionarios públicos del Estado), éste no recibirá la protección que le confiere el orden jurídico internacional y se verá abandonado a la suerte de la legislación interna del Estado receptor y de sus tribunales nacionales, con todos los riesgos que esto implica y que ya hemos apuntado.

Si un inversionista extranjero está planeando realizar un acto de corrupción, esperemos que el conocimiento claro de que si lo hace su inversión no será protegida por los Acuerdos de Inversión celebrados por su país, lo haga pensar dos veces las cosas y darse cuenta que, en un momento dado, el Estado receptor, teniendo conocimiento del acto corrupto (pues en el intervinieron funcionarios públicos del propio Estado), se aprovechará de esta circunstancia y no le permitirá acceder a la justicia internacional para solucionar sus conflictos, quedando a la merced del propio Estado con el que tiene el conflicto.

Si bien puede considerarse ingenua, por el bien de todos esperemos que esta tesis sea correcta.

CONCLUSIONES

PRIMERA: En el marco jurídico internacional no existe una definición única de lo que es la inversión extranjera, para establecerla, es necesario analizar un caso concreto y atender a las relaciones jurídicas, políticas y económicas entre dos Estados.

SEGUNDA: El surgimiento de los derechos de protección a la inversión extranjera en el marco jurídico internacional consensuado tuvo un origen paradójico pues a través de instrumentos multilaterales los Estados adoptaron los principios de soberanía y autodeterminación económica como una respuesta a los abusos de los países industrializados. Sin embargo, ante la necesidad de atraer el capital necesario para fomentar su desarrollo, estos mismos Estados celebraron de manera selectiva y gradual tratados bilaterales en los que se incluían los contenidos que férreamente habían rechazado, constituyéndose al día de hoy como una práctica común y generalizada en todo el mundo.

TERCERA: Por lo que respecta al caso de nuestro país, si bien al día de hoy la Cláusula Calvo puede entenderse como un reconocimiento del principio del “trato nacional” a los inversionistas extranjeros, no es sino hasta el año de 1993 que los derechos de protección a los que nos referimos, entre ellos el acceso al arbitraje internacional, fueron conferidos selectivamente por el Estado mexicano mediante la celebración de Acuerdos de Inversión, habiéndose celebrado, a la fecha, 21 APPRIS y 8 capítulos de inversión contenidos en tratados de libre comercio.

CUARTA: Además de la determinación de normas claras, escritas y de resultados previsibles respecto a los derechos de protección a la inversión extranjera, la finalidad última de la celebración de un Acuerdo de Inversión es fomentar el desarrollo económico de los Estados parte, estableciendo las condiciones jurídicas idóneas para fomentar la entrada de capitales extranjeros al

país y brindando mayor seguridad jurídica a sus propios inversionistas en el exterior.

QUINTA: En relación a la admisión y establecimiento de la inversión extranjera, los Acuerdos de Inversión celebrados por el Estado mexicano han sido ampliamente influenciados por el *modelo de control* y por el *modelo combinado de trato nacional y de nación más favorecida* referidos por la UNCTAD y a los que hemos hecho alusión a lo largo este estudio. En este sentido, la adopción de la “*cláusula de conformidad con la legislación*” en esta clase de acuerdos ha sido adoptada como una política de Estado por el gobierno mexicano hacia el exterior.

SEXTA: El derecho establecido en los Acuerdos de Inversión para que un extranjero acceda al arbitraje internacional para la resolución de sus conflictos con el Estado en relación a su inversión, es un derecho adjetivo de fundamental importancia pues a través del mismo el inversionista extranjero puede hacer efectivos todos los demás derechos de protección previstos por los mismos.

SÉPTIMA: El arbitraje administrado por el CIADI y seguido bajo la Convención de Washington se plantea como un mecanismo especializado para la resolución de conflictos entre inversionistas extranjeros y Estados, al prever diversos derechos en favor del primero que tienden a equiparar la posición de las partes contendientes en el procedimiento, estableciendo entre ellas una relación *horizontal*. Entre estos derechos, los más significativos son: (i) La prerrogativa del tribunal arbitral para resolver la controversia conforme al derecho internacional, (ii) la definitividad del laudo y su ejecución como sentencia dictada por tribunales nacionales y (iii) la renuncia de los Estados parte para conceder la protección diplomática a sus nacionales.

OCTAVA: Los motivos por los que México no es parte de la Convención de Washington pueden estar motivados por los pronunciamientos de la Doctrina Calvo, profundamente arraigados en nuestro sistema jurídico, y en una visión

rígida de la soberanía Estatal. Sin embargo, la existencia de impedimentos constitucionales para que México sea parte de ésta es muy discutible pues cabe la posibilidad de agotar previamente los recursos internos, además de que la doctrina ha sostenido que no existe impedimento alguno para que el Estado mexicano renuncie a la protección diplomática de sus nacionales.

NOVENA: Si bien nuestro país no es parte de la Convención de Washington, a través de los Acuerdos de Inversión, México ha concedido a los inversionistas extranjeros el derecho de acceder al arbitraje internacional seguido bajo las siguientes reglas arbitrales: (i) El Reglamento de Arbitraje de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (ii) las Reglas de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional y (iii) las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI, en el caso de que el inversionista extranjero involucrado en la controversia tenga la nacionalidad de un Estado parte de la Convención de Washington.

DÉCIMA: Conforme al principio *Kompetenz – Kompetenz*, el tribunal arbitral tiene la facultad para determinar su propia competencia y, por ende, determinar la existencia y el alcance del consentimiento del Estado receptor de la inversión al procedimiento arbitral mediante el análisis de los ámbitos personal, material, temporal y espacial de validez del Acuerdo de Inversión en que dicho consentimiento se ha manifestado.

DÉCIMA PRIMERA: La lucha contra la corrupción se plantea como una política pública transnacional que claramente se refleja en las diferentes convenciones internacionales que los países del mundo han adoptado de manera generalizada. Esta lucha se ha convertido en una prioridad en la agenda internacional, siendo elevada a una consideración de orden público. Todo acuerdo internacional, entre ellos los Acuerdos de Inversión, deben ser entendidos desde esta perspectiva.

DÉCIMA SEGUNDA: La “cláusula de conformidad con la legislación” contenida en los Acuerdos de Inversión debe ser interpretada integralmente con base en este orden público internacional y mediante la aplicación de los principios de Buena Fe, *Pacta Sunt Servandae*, *Nemo Auditur Propiam Turpitudinem Allegance* y de Justicia, ampliando el alcance de la misma a todas las normas de derecho del Estado receptor, internas e internacionales, legislativas y no legislativas, excluyendo así del alcance del acuerdo a todas aquellas inversiones realizadas mediante actos de corrupción, por ser actos claramente violatorios de esta normatividad.

En función de las consideraciones expuestas a lo largo del Capítulo IV de nuestra tesis, como regla general un tribunal arbitral debe declararse incompetente para conocer de un conflicto entre un inversionista extranjero y un Estado cuando la inversión objeto de controversia haya sido realizada mediante un acto de corrupción. Una inversión de esta naturaleza no puede entenderse realizada “de conformidad con la legislación”, encontrándose así fuera del alcance del Acuerdo de Inversión del que se trate, no existiendo entonces el consentimiento del Estado parte al arbitraje.

DÉCIMA TERCERA: Existen casos difíciles, como el planteado en este trabajo, en los que el tribunal arbitral debe tomar en consideración el fin último de los Acuerdos de Inversión en los que la cláusula analizada se haya inserta y valorar en el caso concreto (i) la vinculación entre el acto de corrupción y la realización de la inversión, (ii) la gravedad de la ilegalidad y (iii) la vinculación de la inversión y del acto de corrupción con el acto Estatal violatorio del acuerdo, como parámetros a partir de los cuales pueda determinar si es o no competente para conocer y resolver el conflicto.

DÉCIMA CUARTA: La declaración de incompetencia del tribunal en el arbitraje Inversionista / Estado, motivada por la realización de un acto de corrupción, sienta un precedente importante en la lucha global en su contra, al

convertir al inversionista extranjero en el principal afectado por las consecuencias de esta clase de actos.

BIBLIOGRAFÍA

I. DOCTRINA.

AL – SHARMANI, Mona. *Requirements Ratione Personae – Course on Dispute Settlement*, United Nations, New York, 2003. (UNCTAD/EDM/Misc.232/Add.3).

ARELLANO GARCÍA, Carlos. *Derecho Internacional Privado*, 15ª edición, Editorial Porrúa, México, 2003.

BECERRA BAUTISTA, José. *El Proceso Civil en México*, 16ª edición, Editorial Porrúa, México, 1999.

BROWNLIE, Ian. *Principles of Public International Law*, sixth edition, Oxford, New York, 2003.

CAPPER, Phillip. *International Arbitration: A Handbook*, Third Edition, Lovells, London – Singapore, 2004.

CÁRDENAS GONZÁLEZ, Fernando Antonio. *Inversión Extranjera – Extranjeros y Sociedades*, editorial Porrúa, México, 2005.

COUTURE, Eduardo. *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*, 4ª edición, Editorial B de F, Buenos Aires, 2005.

DIAZ BRAVO, Arturo. “*Inversión Extranjera*” en *Diccionario Jurídico Mexicano*, 14ª edición, editorial Porrúa, Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM, México, 2000.

ESCOBAR, Alejandro. *Requirements Ratione Materiae – Course on Dispute Settlement*, United Nations, 2003. (UNCTAD/EDM/Misc.232/Add.4)

FERNANDEZ GUERMENDI, Silvia. *Los Convenios Bilaterales de Promoción y Protección de Inversiones en Los Convenios para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones*, Instituto del Derecho Internacional y de la Navegación de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 2003.

GARCÍA FERNÁNDEZ, Carlos. *Definiciones: Inversión e Inversionista*. Documento disponible en: <http://www.economia.gob.mx/pics/p/p1227/p-definiciones.doc>.¹²⁶

GARCÍA MAYNES, Eduardo. *Introducción al Estudio del Derecho*, 50ª edición, Porrúa, México, 1999.

GOMEZ-ROBLEDO VERDUZCO, Alonso. *Temas Selectos de Derecho Internacional*, 4ª edición, UNAM, México, 2003.

GONZÁLEZ DE COSSIO, Francisco. *México ante el Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias de Inversión - Un Comentario en Revista de Derecho Privado*, Nueva Época, No. 1, año I, México, 2002.

GRANATO, Leonardo. *Protección del Inversor Extranjero y Arbitraje Internacional en los Tratados Bilaterales de Inversión*, Departamento de Investigación de la Universidad de Belgrano, Argentina, 2005.

HAMDÁN AMAD, Fauzi. *La Inconstitucionalidad de la Requisa Civil en el Derecho Mexicano en Ensayos Jurídicos de Derecho Constitucional y Administrativo*, Colección Legisladores – Senado de la República, México, 2002.

IGLESIAS REDONDO, Juan. *Reporte Bilingüe de Definiciones, Reglas y Máximas Jurídicas Romanas*, Cívitas, Madrid, 1986.

¹²⁶ No se indicaba mayor información bibliográfica.

KESSIE, Edwin. *Implementation and Enforcement – Course on Dispute Settlement*, United Nations, 2003. (UNCTAD/EDM/Misc.232/Add.23)

MARTIN, Timothy. *International Arbitration and Corruption: An Evolving Standard in Transnational Dispute Management*, volume I, issue #2 – May, 2004.

ORTIZ AHLF, Loreta. *Mecanismos Internacionales para la Solución de Controversias Internacionales en Materia de Inversión Extranjera en Jurídica – Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, No. 21, México, 1992.

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

PEREZNIETO, Leonel. *Dos Mitos en el Derecho Internacional Privado mexicano: La “Cláusula Calvo” y la “Zona Prohibida” o “Zona Restringida” en Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado*, Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado, México, 1997.

RAWLS, John. *El Liberalismo Político*, editorial Crítica, traductor Antoni Doménech, Barcelona, 2004.

RIOS JAQUEZ, Armando, *Prontuario Jurídico – Recopilación Temática de Reglas, Máximas, Aforismos Jurídicos y Principios de Derecho*, Regla, México, 2003.

RODRIGUEZ JIMENEZ, Sonya. *El Sistema Arbitral del CIADI*, Editorial Porrúa, México, 2005.

SÁNCHEZ GÓMEZ, Narciso. *Las Inversiones Extranjeras en México*, editorial Porrúa, México, 2003.

SCHREUER, Cristoph. *Dispute Settlement – International Centre for Settlement of Investment Disputes – Consent to Arbitration*, UNCTAD, New York and Geneva, 2003. (UNCTAD/EDM/Misc.232/Add2).

SHEPPARD, Audley. *Public Policy and the Enforcement of Arbitral Awards: Should there be a Global Estandard in Oil, Gas & Energy Law Intelligence*, volume I, issue #2 – March, 2003.

TEMPONE, Rubén Eduardo. *Protección de Inversiones Extranjeras*, Ciudad Argentina – Editorial de Ciencia y Cultura, Buenos Aires, 2003.

TAWIL, Guido. *Applicable Law - Course on Dispute Settlement*, United Nations, New York, 2003. (UNCTAD/EDM/Misc.232/Add.5)

UNCTAD/ITE/IIA/2 - *Bilateral Investment Treaties 1959-1999*, United Nations, New York and Geneva, 2000.

UNCTAD/ITE/IIT/10 (vol. II). *Series on issues in international investment agreements – Admission and Establishment*. United Nations, New York and Geneva, 1999.

UNCTAD/ITE/IIT/11 (vol. II). *Series on issues in internacional investment agreements – Scope and Definition*, United Nations, New York and Geneva, 1999.

VON MOLTKE, Konrad. *A Model International Investment Agreement for the Promotion of Sustainable Development*, International Institute for Sustainable Development, Canada, 2004.

YMAS VIDELA, Esteban. *Protección de Inversiones Extranjeras – Tratados Bilaterales – Sus Efectos en las Contrataciones Administrativas*, La Ley, Buenos Aires, 1999.

II. CONVENIOS E INSTRUMENTOS INTERNACIONALES PÚBLICOS Y PRIVADOS.

Carta de Naciones Unidas.

Carta de la Organización de los Estados Americanos.

Code of Liberalisation of Capital Movements, Annex A, vol. II, UNCTAD, New York and Geneva, 1996.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de Naciones Unidas.

Resolución de la Organización de Naciones Unidas 3201 (S-VI) - "Declaración del Nuevo Orden Económico Internacional".

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

Capítulo XI del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN).

Capítulo XVII del Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos Mexicanos, la República de Colombia y la República de Venezuela (TLC G3).

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

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

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

Capítulo 9 del Tratado de Libre Comercio entre la República de Chile y los Estados Unidos Mexicanos.

Capítulo XIV del Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos Mexicanos, y Guatemala, El Salvador y Honduras (Triángulo del Norte – CA3).

Capítulo 7 del Acuerdo para el Fortalecimiento de la Asociación Económica entre los Estados Unidos Mexicanos y el Japón.

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

Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos Mexicanos y el Estado de Israel¹²⁷.

Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos Mexicanos y los Estados de la Asociación Europea de Libre Comercio.

Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos Mexicanos y la Unión Europea.

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

¹²⁷ Publicado en el *Diario Oficial de la Federación* de fecha 28 de junio de 2000.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Acuerdo para el Fomento de la Inversión entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de los Estados Unidos de América.

Convenio sobre el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (Convención de Washington).

Informe de los Directores Ejecutivos del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento acerca del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Nacionales de otros Estados.

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

Reglamento de Arbitraje de la Cámara Internacional de Comercio.

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

III. PRECEDENTES INTERNACIONALES.

Fedax N.V. c. República de Venezuela, Decisión sobre jurisdicción, 11 de julio de 1997.

Holiday Inns v. Kingdom of Morocco, Case No. ARB/72/1, May 12, 1974.

Liberian Eastern Corporation (LETCO) v. El Gobierno de la República de Liberia, CIADI, No. ARB/83/2.

Salini Costruttori S.p.A. c Kingdom of Morocco, Case No. ARB/00/4, Decisión sobre Jurisdicción, 23 de julio del 2001.

Tokios Tokelés v. Ukraine, Decision on jurisdiction, CIADI No. ARB/02/18, April 29, 2004.

IV. NORMATIVIDAD INTERNA.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Ley de Inversión Extranjera.

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

Código de Comercio.

V. PÁGINAS WEB.

<http://www.worldbank.org/icsid>

<http://www.unctad.org>

<http://www.transnational-dispute-management.com>

<http://www.scjn.gob.mx>

<http://www.ordenjuridico.gob.mx>

<http://www.cinu.org.mx>