

MÉXICO FIRMA EL CONVENIO DEL CIADI: UN MECANISMO PARA HACER VALER LOS DERECHOS DE LOS INVERSIONISTAS EXTRANJEROS¹

🌐 José P. Barnola Jr.^{2A}

🌐 Luís C. Carbajo^{2B}

🌐 Francisco Franco^{2C}

RESUMEN: Este artículo analiza las consecuencias de la suscripción, por parte de México, del Convenio del CIADI. Los inversionistas extranjeros en general tienen ciertos derechos y protecciones de acuerdo con una red de Tratados de Inversiones celebrados por México. Los Estados contratantes normalmente se comprometen a proteger a los inversionistas y a sus inversiones de medidas gubernamentales ilegales tales como: expropiaciones; cambios radicales o abruptos al régimen regulatorio; medidas enfocadas a ciertas entidades basadas en su nacionalidad; y denegaciones de justicia, entre otros.

ABSTRACT: This article analyzes the consequences of the subscription by Mexico of the ICSID Convention. Foreign investors are generally entitled to certain rights and protections under a network of International Investment Agreements entered into by Mexico. The contracting States usually undertake to protect investors and their investments from unlawful government measures, such as: expropriations; radical or abrupt changes to the regulatory regime; measures that target particular entities based on nationality; and denials of justice, among others.

¹ Una versión anterior de este artículo fue publicada con el mismo título en Puntos Finos, Revista Especializada de Consulta Fiscal (Thomson Reuters Checkpoint, Año XIII, Vol. CXXXIX, No. 280, 18 de noviembre de 2018, México, pp. 96-100).

^{2A} **José P. Barnola Jr.** es socio y miembro senior del grupo de práctica de Fiscal de Baker McKenzie en Venezuela y cuenta con amplia experiencia en impuestos federales, estatales y municipales, impuestos internacionales, planeación fiscal internacional y litigio fiscal, fusiones y adquisiciones, comercio electrónico, telecomunicaciones, minería, impuestos y planeación referentes a gas y petróleo, fideicomisos y planeación y litigio de precios de transferencia. Actualmente se encuentra en una asignación temporal en la oficina de Baker McKenzie en la Ciudad de México. José está autorizado a ejercer en Venezuela y es miembro de los Comités de Dirección Globales sobre Resolución de Controversias Fiscales y sobre Bienes de Consumo Masivo y Ventas al Detal (www.bakermckenzie.com); ^{2B} **Luís Carbajo-Martínez** es socio y líder del grupo de práctica de Fiscal de Baker McKenzie en la Ciudad de México, en donde brinda asesoría a empresas multinacionales respecto a planeación fiscal internacional, fusiones y adquisiciones, transacciones transfronterizas y otros asuntos empresariales. Está autorizado a ejercer la abogacía en México y es miembro del Comité Directivo Fiscal Regional de la Firma en Latinoamérica y asesor del comité fiscal del Consejo Nacional de la Industria Maquiladora (www.bakermckenzie.com); ^{2C} **Francisco Franco** es asociado del grupo de práctica de Resolución de Controversias de Baker McKenzie. Enfoca su práctica en inversión internacional y arbitraje comercial. Ha representado a estados y compañías en arbitrajes internacionales complejos bajo distintos reglamentos, incluyendo: CCI, LCIA (siglas en inglés), CIADI y CNUDMI. Francisco está autorizado a ejercer en México y Nueva York. Antes de ingresar a Baker McKenzie en la Ciudad de México, Francisco trabajaba para destacadas firmas de arbitraje internacional en París, Londres y Nueva York (www.bakermckenzie.com).

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Protección de las inversiones en México. 3. Ventajas del Arbitraje CIADI. 4. Forma de obtener acceso al Arbitraje CIADI siendo un inversionista extranjero en México

1• Introducción

El Convenio del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (el "Convenio del CIADI" o el "Convenio") se presentó para firma el 18 de marzo de 1965 y entró en vigor el 14 de octubre de 1966³. Su objetivo principal es el crecimiento económico de países desarrollados mediante la inversión extranjera, otorgándole a los inversionistas acceso a mecanismos de resolución de controversias eficaces para solucionar las diferencias con los Estados que recibían sus inversiones⁴. Para dicho fin, el Convenio estableció el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (el "CIADI" o el "Centro"). El Centro es una institución neutral que facilita el arreglo de diferencias en materia de inversión entre Estados Contratantes y nacionales de otros Estados Contratantes⁵ y administra procedimien-

tos de conciliación y arbitraje⁶.

En las décadas de 1970 y 1980, el Centro recibió pocos casos. Sin embargo, a finales del siglo 20 el número de casos se incrementó debido a la proliferación de Acuerdos o Tratados de Inversiones ("Alls")⁷. Desde entonces, la gran mayoría de los casos manejados por el CIADI han sido arbitrajes ("Arbitraje CIADI")⁸. En la actualidad, el Arbitraje CIADI se ha convertido en la opción preferida de los inversionistas extranjeros para arreglar diferencias con los Estados anfitriones⁹. En la opinión de los autores del Convenio, el acceso a mecanismos de resolución de controversias eficaces y confiables ha demostrado dar a los inversionistas un sentido de seguridad y una garantía de que sus derechos e inversiones se respetarán¹⁰.

No obstante lo anterior, y por motivos desconocidos, fue hasta el 11 de enero de 2018 que México firmó el Convenio del CIADI¹¹. Esto no quiere decir que los inversionistas extranjeros en México no tenían acceso a mecanismos eficaces para arreglar sus diferencias con el Estado. Por lo general, han tenido acceso al arbitraje

³ Véase Banco Internacional para Reconstrucción y Desarrollo, México firma el Convenio del CIADI, 11 de enero de 2018, [icsid.worldbank.org](https://www.worldbank.org) (último acceso el 9 de septiembre de 2018). Los autores agradecen a Arturo Lara, practicante del área de solución de controversias de Baker McKenzie en la Ciudad de México, por su ayuda con el presente artículo.

⁴ Véase L. Reed Lucy Reed, J. Paulsson and N. Blackaby, *Guide to ICSID Arbitration* (Una Guía para el Arbitraje del CIADI), Kluwer Law International, 2004, p.1.

⁵ Véase L. Reed et al., p.2.

⁶ Véase L. Reed et al., p.4.

⁷ Véase L. Reed et al., p.4.

⁸ A partir del 30 de junio de 2018, de todos los casos del CIADI, 89.5% fueron arbitrajes; 1.3% conciliaciones; 8.9% Arbitrajes Complementarios del CIADI; y 0.3% Conciliaciones Complementarias del CIADI. Véase estadísticas en [icsid.worldbank.org](https://www.icsid.worldbank.org).

⁹ Más del 65% del número anual de las controversias entre inversionista y Estado se resolvieron bajo las reglas de la Convención del CIADI en el 2016. Véase Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, Informe Mundial de Inversiones 2017: Inversión y la Economía Digital, Naciones Unidas, Ginebra 2017, unctad.org (último acceso el 25 de septiembre de 2018), p.115.

¹⁰ Véase L. Reed et al., p.3.

¹¹ Véase Banco Internacional para Reconstrucción y Desarrollo, México firma el Convenio del CIADI, 11 de enero de 2018, [icsid.worldbank.org](https://www.worldbank.org) (último acceso el 6 de septiembre de 2018).

ad hoc y al arbitraje institucional conforme a las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI. Sin embargo, como explica este artículo, el Arbitraje CIADI tiene ventajas sobre otros tipos de arbitraje que vale la pena considerar. La firma de México de este Convenio resulta ser un desarrollo alentador para los inversionistas extranjeros. Ahora con ciento cincuenta y cuatro (154) miembros, el Convenio entró en vigor en México a partir del 26 de agosto de 2018¹².

2. Protección de las inversiones en México

Los inversionistas extranjeros por lo general tienen ciertos derechos y protecciones bajo una red de AIs que México ha firmado con otros países. Hasta este momento, México ha celebrado AIs con más de 40 países¹³. Los AIs pueden ser bilaterales (entre dos Estados) o Multilaterales (entre tres o más Estados)¹⁴. Cuando se celebran los AIs, los Estados contratantes normalmente se comprometen a proteger a los inversionistas y a sus inversiones de medidas gubernamenta-

les ilegales tales como: expropiaciones; cambios radicales o abruptos al régimen regulatorio; medidas enfocadas a ciertas entidades basadas en su nacionalidad; y denegaciones de justicia, para nombrar algunas¹⁵.

Cuando un inversionista siente que el Estado anfitrión ha incumplido sus obligaciones conforme al AI, puede tener acceso a muchos mecanismos de resolución de controversias para exigir la responsabilidad del Estado. El número y tipo de mecanismos disponibles dependerán de lo que el Estado de origen y el Estado anfitrión han acordado en la cláusula de arreglo de diferencias del AI¹⁶. El mecanismo de arreglo de diferencias más común en los AIs es el arbitraje¹⁷. El tipo de arbitraje depende de muchos factores¹⁸, pero por lo regular los inversionistas pueden tener más de una opción¹⁹. Muchos de los AIs celebrados por México ya mencionan el Arbitraje CIADI como una opción²⁰. Sin embargo, esa opción no estaba disponible antes del 26 de agosto

¹² Véase Banco Internacional para Reconstrucción y Desarrollo, México ratifica el Convenio del CIADI, 27 de julio de 2018, icsid.worldbank.org (último acceso el 6 de septiembre de 2018).

¹³ México ha firmado AIs para la promoción y protección de inversiones extranjeras con más de 40 países. Puede verse la lista en investmentpolicyhub.unctad.org y www.gob.mx (último acceso el 6 de septiembre de 2018).

¹⁴ El Tratado de Libre Comercio de América del Norte ("TLCAN") entre Canadá, México y Estados Unidos es un buen ejemplo de un AI multilateral. Su Capítulo 11 contiene todas las disposiciones sobre protección de inversiones extranjeras. Sobre los aspectos de protección de inversiones del nuevo tratado que sustituirá el TLCAN, véase T. Baldwin, Ch. Doria y F. Franco, The New NAFTA – the United States-Mexico-Canada Agreement (USMCA) Brings Future Changes to ISDS, en globalarbitrationnews.com (último acceso el 4 de enero de 2019).

¹⁵ Véase UNCTAD, Acuerdos Internacionales de Inversión: Asuntos Clave, Volumen I, septiembre de 2004, unctad.org (último acceso el 6 de septiembre de 2018), p.1.

¹⁶ Véase, p. ej., Acuerdo entre el gobierno de la República Italiana y el gobierno de los Estados Unidos Mexicanos para la promoción y protección mutua de inversiones, 5 de diciembre de 2002 (Tratado de inversión bilateral entre México e Italia), Anexo sobre los Mecanismos de Arreglo de Diferencias, Sección 2, art. 2 (enumera los diferentes mecanismos para resolver una controversia: negociación, consulta, litigio y arbitraje en tribunales nacionales).

¹⁷ Véase Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, Informe Mundial de Inversiones 2017. Inversión y la Economía Digital, Naciones Unidas, Ginebra 2017, unctad.org, (último acceso el 25 de septiembre de 2018), p.109.

¹⁸ P. ej., los Estados contratantes deben ser miembros del Convenio del CIADI para poder tener acceso a un Arbitraje CIADI.

¹⁹ Véase, p. ej., Acuerdo entre el gobierno de Australia y el gobierno de los Estados Unidos Mexicanos sobre la promoción y protección recíproca de inversiones, 21 de julio de 2007 (Tratado de inversión bilateral entre México y Australia) art. 13(4) (ofrece varios tipos de arbitraje).

²⁰ El 100% de los Tratados de Inversión Bilateral Mexicanos y el 73.33% de los Tratados con Disposiciones de Protección de Inversiones cuentan con el Arbitraje CIADI como opción.

de 2018, ya que tanto el Estado de origen del inversionista como el Estado anfitrión deben ser miembros del CIADI para tener acceso a la jurisdicción del Centro²¹.

3·Ventajas del Arbitraje CIADI

Ahora que México es un miembro del CIADI, las diferencias entre los nacionales de otros Estados Contratantes y México (y viceversa)²² pueden ser resueltas mediante un Arbitraje CIADI, dependiendo de las opciones disponibles bajo el All específico.

El Arbitraje CIADI es especial porque está basado en un régimen independiente regulado exclusivamente por el Convenio. Este régimen tiene dos ventajas principales en comparación con otros tipos de arbitraje [p. ej., la CCI, LCIA (siglas en inglés) y la CNUDMI].

(a) Sin intervención del tribunal en procedimientos de anulación

En otros tipos de arbitraje, la sede determina la ley procesal que regulará los procedimientos. Los tribunales nacionales de la sede pueden revisar y anular (en casos limitados) el laudo arbitral. El Arbitraje CIADI, por otro lado, es un proceso des-

localizado (no hay una sede de arbitraje). Los tribunales nacionales no pueden revisar el laudo arbitral. No obstante, el Convenio tiene su proceso de revisión, bajo el cual los Comités Ad Hoc asignados por el CIADI revisan los laudos y pueden anularlos en casos limitados²³.

(b) Los tribunales nacionales no tienen discrecionalidad de rechazar la ejecución

Los laudos de arbitrajes convencionales pueden ejecutarse en países distintos de la sede según la Convención de Nueva York. Conforme al artículo V del Convenio de Nueva York²⁴, los tribunales del lugar en donde se pretende la ejecución pueden rechazar la ejecución de un laudo en casos limitados²⁵. La ejecución de los laudos CIADI no está sujeta a la Convención de Nueva York. Conforme al artículo 54(1) del Convenio del CIADI todas las Partes Contratantes deben reconocer al laudo dictado conforme al Convenio carácter obligatorio y hará ejecutar las condenas pecuniarias del laudo "como si se tratara de una sentencia firme dictada por un tribunal existente en dicho estado"²⁶. Esto previene que los tribunales nacionales revisen los laudos CIADI y facilita su aplicación y ejecución. Estas ventajas acla-

²² Siempre y cuando exista un All u otro instrumento en el que México otorgue su consentimiento para arbitrar sus diferencias con ciudadanos de otro Estado Contratante (y viceversa).

²³ Véase Convención del CIADI, art. 52(1) ("Cualquier parte puede solicitar la anulación de la sentencia mediante una solicitud por escrito dirigida al Secretario General con base en uno o más de los fundamentos siguientes: (a) que el Tribunal no se constituyó de manera apropiada; (b) que el Tribunal ha excedido sus facultades manifiestamente; (c) que hubo corrupción por parte de un miembro del Tribunal; (d) que ha habido una desviación seria de una norma fundamental de procedimiento; o (e) que la sentencia no ha mencionado los fundamentos sobre los cuales está basada".)

²⁴ Convención sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, 7 de junio de 1959 (la "Convención de Nueva York").

²⁵ Véase Convención de Nueva York, art. V (enumera los fundamentos en los que un tribunal puede basarse para rechazar la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras).

²⁶ Véase Convención del CIADI, art. 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.")

ran que el hecho de que México se convierta en un miembro del Convenio CIADI brinda un mecanismo nuevo y eficaz para proteger los derechos de los inversionistas extranjeros en el país. El acceso al Arbitraje CIADI es un desarrollo muy alentador que probablemente hará que los inversionistas extranjeros se sientan cómodos respecto a sus inversiones en México.

4. Forma de obtener acceso al Arbitraje CIADI siendo un inversionista extranjero en México

Los Alls tienen estructuras y lenguaje similares, pero deben analizarse cuidadosamente. Antes de hacer una inversión bajo alguna estructura corporativa, el inversionista debe revisar el All aplicable para determinar si el Estado anfitrión dio su consentimiento o no para resolver en arbitraje sus diferencias con inversionistas nacionales del otro Estado. De ser así, el inversionista también debe determinar el alcance del consentimiento del Estado de origen. Algunas veces los Estados han descartado el arbitraje para ciertos tipos de controversias²⁷ o han limitado su consentimiento al arbitraje²⁸.

De acuerdo a lo anterior, los inversionistas deben tener en cuenta lo siguiente: (a) si los Estados que son partes del All otorgaron o no su consentimiento para un Arbitraje CIADI para resolver diferencias entre inversionistas y el Estado anfitrión (y si hay limitaciones); (b) la definición de "inversión" e "inversionista"; (c) las

protecciones sustantivas ofrecidas por el tratado; (d) si el tratado tiene o no una "cláusula paraguas"; (e) si tiene una cláusula de denegación de beneficios; y (f) cualesquiera otras particularidades que pueda tener el tratado.

Si un inversionista corporativo ya ha realizado sus inversiones, puede evaluar su estructura corporativa para determinar si su inversión está protegida o no. Es recomendable seguir estos pasos cuando realice dicha evaluación:

- (i) Analizar las estructuras y revisar los Alls aplicables para determinar si la inversión está protegida y en qué medida.
- (ii) Si no está satisfecho con la estructura y protección otorgadas a sus inversiones, considerar una reestructuración corporativa.
- (iii) Cuando considere una nueva estructura corporativa, hay que revisar otros aspectos importantes (aparte de la protección a la inversión), como pueden ser: (A) Aspectos fiscales. Eso incluye las consecuencias fiscales derivadas de la reorganización (tanto en el país de residencia del inversionista como en México), el propósito de negocio de la reorganización; la aplicación de tratados de doble tributación; y el tratamiento fiscal de los dividendos, liquidación, repatriación de capitales, ganancias de capital, regalías, intereses y otros; (B) Aspectos de gobierno y cumplimiento corporativo; (C) Aspectos laborales; (D) Aspectos regulatorios; y (E) Aspectos operativos.

²⁷ Véase, p. ej., Tratado entre los Estados Unidos de América y la República de Ecuador sobre Promoción y la Protección de Inversiones, 11 de mayo de 1995 (Tratado de inversión bilateral entre Estados Unidos y Ecuador), art. X (las disposiciones del tratado se aplican a cuestiones tributarias solamente con respecto a la expropiación, las transferencias y la observancia y el cumplimiento de los términos de un acuerdo o autorización en materia de inversión).

²⁸ Véase, p. ej., Tratado entre el gobierno de la República Popular China y el gobierno de la República de Albania sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, 1 de septiembre de 1995 (Tratado de inversión bilateral entre China y Albania), art. 8(3) (solo consentimientos al arbitraje referentes al monto de compensación por expropiaciones. Cualquier otra diferencia deberá ser resuelta ante los tribunales del Estado anfitrión).