

Ciudad de México, a 17 de mayo de 2016

Coautores: Yizus Arturo Rangel Gutiérrez y
Rodrigo Josué Gazcón Quintana.

Reporte del Foro

El pasado 21 de abril, el Centro de Arbitraje de México (CAM) y el Centro de Mediación y Arbitraje (CANACO), celebraron la segunda sesión del “Foro Jóvenes en Arbitraje CAM-CANACO”. En esta ocasión, la sede del foro fue la biblioteca de la prestigiosa firma de abogados Creel, García-Cuéllar, Aiza y Enríquez, S.C., donde el tema a tratar fue “Introducción al Arbitraje de Inversión, una Visión Práctica”, por lo que se contó con la participación de dos especialistas del tema: el Dr. Héctor Anaya Mondragón, y el Lic. Orlando F. Cabrera C.

El foro comenzó con una breve reseña histórica sobre la evolución del arbitraje de inversión en México y el mundo. Los ponentes explicaron que la necesidad de protección institucional a la inversión extranjera data de hace varios siglos. Este fenómeno surge ante la necesidad de los inversionistas de obtener garantías sobre sus derechos de propiedad cuando se encuentran a merced de gobiernos extranjeros y la protección ha evolucionado hacia un concepto más amplio: la inversión. Antes de que se establecieran mecanismos institucionales para la resolución pacífica de controversias en la materia, los inversionistas extranjeros tenían diversos mecanismos para resarcir sus derechos. El primero fue la protección diplomática, por el cual los inversionistas extranjeros acudían con el gobierno de sus respectivos países a solicitar la protección frente a los daños cometidos por el otro país. Segundo, en algunos casos, esta protección derivó en la intervención armada, debido, en parte, a que los países exportadores de capital suelen tener mayor desarrollo económico y militar que los países importadores de capital.

Los expositores explicaron que después de la Segunda Guerra Mundial, ante la necesidad de reconstruir los países afectados por la guerra, la comunidad internacional se vio en la necesidad de incentivar la inversión extranjera para fomentar los esfuerzos de reconstrucción. Este objetivo dio origen a una mayor apertura económica entre los países, lo cual impulsó el desarrollo de mecanismos de los Tratados Internacionales de Inversión (*International Investment Agreements*), mismos que se subdividen en Tratados Bilaterales de Inversión (*Bilateral Investment Treaties*), Tratados de Libre Comercio (*Free Trade Agreements*) y los Tratados para Evitar la Doble Tributación (*Double Taxation Treaties*).

Comentaron sobre el surgimiento del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, también conocido como Convención de Washington, celebrado el 18 de marzo de 1965, por medio del cual se instituyó el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI), mismo que administrara disputas de inversión entre estados anfitriones de inversión e inversionistas con arreglo a su Reglamento de Arbitraje o conforme el

Reglamento del Mecanismo Complementario, adoptado algunos años más tarde. Mencionaron que México no ha adoptado la Convención de Washington, sin embargo, a lo largo de los años nuestro país ha suscrito una gran cantidad de Tratados Bilaterales de Inversión o Tratados de Libre Comercio con Capítulo de Inversión con diversos estados alrededor del mundo, en los que se suele contemplar como reglas de arbitraje aplicables el Mecanismo Complementario del CIADI. Después de profundizar en el tema del CIADI, los ponentes reseñaron el grado de cumplimiento por parte de los países a los laudos emitidos por tribunales de inversión, indicando como ejemplo que México ha cumplido cabalmente con aquellos laudos que ha perdido, caso contrario a otros países de Latinoamérica que se han negado en un inicio a honrar el pago de los laudos. Posteriormente, los expositores del Foro explicaron algunos de los estándares de protección de inversiones internacionales, los cuales son:

- a) **Principio de Trato de Nación Más Favorecida** (*Most-Favored-Nation Treatment*): Se refiere a la prohibición de discriminar entre inversionistas de diversos Estados, lo cual significa que un beneficio otorgado a inversionistas de una nación es aplicable a todas las nacionalidades, es decir, en palabras de Georg Schwarzenberger, “la ventaja de cualquiera se convierte en la ganancia de todos”;
- b) **Principio de Trato Nacional** (*National Treatment*): Se refiere a la obligación de tratar a todos los inversionistas extranjeros como si fuesen nacionales;
- c) **Principio de Trato Justo y Equitativo** (*Fair and Equitable Treatment*): es un principio cuyo alcance es indeterminado, sin embargo, implica el ejercicio de buena fe y ausencia de irracionalidad manifiesta, arbitrariedad, o perversidad conducida en mala fe respecto del trato dado a inversionistas extranjeros (*Gemplus vs México* Laudo 2010);
- d) **Expropiación Sujeta a una Compensación Justa, Pronta, y Efectiva** (*prompt, adequate and effective compensation*): Este estándar de protección se refiere a que en caso de que exista algún acto de autoridad que implique la privación directa o que de forma indirecta se imposibilite u obstaculice el ejercicio o goce de los derechos relativos a dicha inversión, se deberá compensar al inversionista por la inversión perdida, considerando su valor justo de mercado, dentro de un plazo razonable, y mediante una divisa líquida (generalmente dólares americanos).

Estos estándares de protección se encuentran prácticamente en todos los Tratados Bilaterales de Inversión y Capítulos de Inversión de Tratados de Libre Comercio en términos similares, ya forman parte del derecho consuetudinario internacional. Además, señalaron que estos derechos permiten un extenso margen de interpretación casuística respecto de los efectos y alcances de dichos estándares. Estos derechos son ejercidos a través de diferentes vías que ofrecen los tratados tales como mediación, arbitraje bajo las reglas del CIADI, UNCITRAL o el Mecanismo Complementario del CIADI, entre otras vías. No obstante, al día de hoy existen algunos casos donde se da la protección diplomática en el arbitraje de inversión como en el caso *Italia vs Cuba*.

Al término de la exposición de los estándares de protección, surgió una pregunta respecto si estos principios permiten la protección a los inversionistas contra la modificación posterior de leyes cuyo efecto pudiera perjudicar la inversión. Los ponentes respondieron de manera afirmativa y explicaron que estos principios ofrecen a los inversionistas seguridad jurídica, por lo cual debería aplicarse únicamente la legislación vigente al momento de la inversión, pero que se deberá valorar caso por caso para determinar los efectos y daños que causa una nueva regulación para afectar una inversión. En este sentido se citó el caso de México en relación con los casos relacionados con el uso de jarabe de maíz de alta fructosa para endulzar bebidas (*ADM, Corn Products y Cargill vs México*) donde se demostró que el Impuesto Especial sobre Productos y Servicios tuvo un efecto discriminatorio en contra de los inversionistas extranjeros.

Derivado de las preguntas hechas por la audiencia, los ponentes consideraron necesario definir qué se entiende por expropiación directa e indirecta en materia de inversión. Definieron la expropiación directa como la privación de propiedad hecha por un Estado en detrimento de un particular, lo que trae como consecuencia que el Estado se adjudique para sí o a un tercero los bienes expropiados. La expropiación indirecta se entiende como una serie de actos u omisiones que implican una privación de la inversión en perjuicio del inversionista cuyos efectos son materialmente equivalentes a la expropiación directa, y que generalmente se manifiesta como interferencia regulatoria excesiva, ya sea a través de un acto contumaz o una serie de actos a lo largo del tiempo (*creeping expropriation*).

Los ponentes hicieron notar que el mecanismo de inversión es una figura disponible para ser utilizada como parte de una estrategia legal que tienda a combatir una medida adoptada por un Estado anfitrión de la inversión y obtener un resarcimiento económico por los derechos violados de los inversionistas extranjeros, en este sentido, hicieron hincapié que la mayoría de los Tratados Bilaterales de Inversión y Capítulos de Inversión de Tratados de Libre Comercio se contempla la figura de la negociación como un paso previo a acudir al arbitraje, por lo tanto permite la intervención de altos funcionarios del propio Estado coadyuven a encontrar una solución negociada para evitar que el conflicto llegue al arbitraje de inversión. Al finalizar la presentación se realizó una breve convivencia, en donde todos los asistentes al foro intercambiaron sus opiniones, experiencias personales, pudieron compartir ideas y comentarios con los ponentes y demás asistentes al foro.