

ACUERDO MÉXICO-ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA PARA EL FOMENTO DE LA INVERSIÓN CON GARANTÍA DE OPIC

José Luis SIQUEIROS*

Alejandro FAYA RODRÍGUEZ**

SUMARIO: I. *Decreto promulgatorio del Acuerdo para el Fomento de la Inversión entre los gobiernos de México y Estados Unidos de América.* II. *El AFI como tratado internacional.* III. *El Programa de Comercio Exterior y Promoción a la Inversión.* IV. *Nuevas tendencias en política de inversión extranjera.* V. *Otros instrumentos internacionales en materia de inversión extranjera: MIGA y CIADI.* VI. *¿Qué es OPIC? Sus antecedentes, mandato y actividades.* VII. *Breve análisis del AFI.* VIII. *Reflexiones finales.*

I. DECRETO PROMULGATORIO DEL ACUERDO PARA EL FOMENTO DE LA INVERSIÓN ENTRE LOS GOBIERNOS DE MÉXICO Y ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

Con fecha 14 de junio de 2004, fue publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el decreto promulgatorio del Acuerdo para el Fomento de la Inversión (AFI), celebrado entre los gobiernos de México y Estados Unidos de América (EUA), suscrito en San Francisco, California, el 9 de junio de 2003, y aprobado por la Cámara de Senadores del Congreso de la Unión el 27 de abril de 2004.¹ El AFI entró en vigor el mismo día de su publicación, fecha en la que, asimismo, el gobierno de México notificó al gobierno de EUA respecto de la conclusión de todas las formalidades jurídicas para su entrada en vigor.²

* Profesor del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana.

** Director general adjunto de Asuntos Internacionales, Dirección General de Inversión Extranjera, Secretaría de Economía; maestro en derecho por la Universidad de Oxford, Inglaterra; profesor de derecho e inversión extranjera del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana. Aclaro que las opiniones vertidas en el presente artículo son única y exclusivamente a título personal. Agradezco los comentarios de Jacqueline Márquez Rojano.

¹ Decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 26 de mayo de 2004.

² La notificación se efectuó en Washington, D. C., de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5 del AFI.

Dadas sus características particulares, el AFI es sumamente novedoso en México; es por esto que consideramos conveniente exponer, a través del presente artículo, un breve análisis que nos permita comprender la esencia, finalidad e importancia del citado instrumento.

En la parte “considerativa” del AFI, ambos gobiernos afirman su deseo de fomentar las actividades económicas en los Estados Unidos Mexicanos, “que promuevan el desarrollo de sus recursos económicos y capacidades productivas”. De la misma manera, las partes reconocen que dicho objetivo puede ser impulsado mediante el apoyo a la inversión a través de: 1) Seguros, coaseguros y reaseguros a la inversión; 2) Inversión a través de participación en el capital social de las empresas y la emisión de deuda; y 3) Garantías a la inversión; todas ellas a otorgarse por la Overseas Private Investment Corporation (OPIC), institución de desarrollo dependiente del gobierno estadounidense.

Aunque el lenguaje utilizado en el AFI es técnico y algo complejo, la finalidad de éste es sencilla: alentar a inversionistas estadounidenses a invertir en México en proyectos productivos, a través del apoyo que, para tal efecto, sería brindado por OPIC, en la forma de los productos y servicios justamente señalados. Según consta en el Diario de Debates del H. Senado de la República, durante la discusión correspondiente se enfatizó en la necesidad de crear empleos en el país y, en este orden de ideas, se reconoció el papel que la inversión extranjera juega en tal sentido.

Se afirmó, entre otras cosas, que la aprobación del AFI ayudaría a promover la entrada de flujos de inversión directa a nuestro país, lo cual, a la luz de la astringencia actual a nivel mundial por cuanto a la captación de la inversión foránea se refiere, la aprobación del AFI ciertamente se antojaba no solamente positiva, sino también necesaria.³ Como un respetable senador tuvo a bien comentar,⁴ “hay que darle facilidades a la inversión extranjera y tratar de competir en un mundo cada vez más difícil, con países como la India o China que reciben cantidades exageradas de inversión extranjera”. Si bien el

³ Por ejemplo, se señaló que la OPIC había recibido solicitudes de particulares para la realización de proyectos en diversos estados de la república mexicana, por un monto aproximado a 2,326 millones de dólares.

⁴ Senador Demetrio Sodi de la Tijera, en su intervención en la tribuna.

AFI no es ni será ninguna panacea, sí constituye un instrumento promotor a la inversión que debe ser bienvenido.

El análisis de los cinco artículos que integran el AFI será expuesto en un apartado posterior. Antes de ello, expondremos algunos conceptos preliminares sobre el tema.

II. EL AFI COMO TRATADO INTERNACIONAL

El AFI es un “acuerdo internacional” en los términos establecidos por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.⁵ Este último instrumento establece, en su artículo 2(1), que se entiende por “tratado” un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional “cualquiera que sea su denominación particular”. Si bien la práctica ofrece una nomenclatura muy variada para la denominación de los acuerdos internacionales (tratado, convención, convenio, acuerdo, pacto, protocolo y otras), al margen del nombre que se le dé a todos ellos, los mismos serán obligatorios y considerados como tratados.

Siguiendo la misma línea de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, la Ley sobre la Celebración de Tratados⁶ contiene una definición muy similar de “tratado internacional”, estableciendo igualmente “cualquiera que sea la definición utilizada”. Conforme a la ley citada, no está de más apuntar que el AFI no cae, de ninguna manera, en la definición de “acuerdo interinstitucional”,⁷ pues dicho instrumento fue firmado por los gobiernos de México y de EUA, y no por la Secretaría de Economía y OPIC. En el caso que nos ocupa, el AFI fue firmado por el secretario de economía, quien lo hizo *ad referendum*⁸ debidamente autorizado para tal efecto y

⁵ Suscrita en dicha ciudad el 23 de mayo de 1969 y publicada en México en el *Diario Oficial de la Federación* del 14 de febrero de 1975.

⁶ Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 2 de enero de 1992.

⁷ Convenio regido por el derecho internacional público, celebrado por escrito entre cualquier dependencia u organismo descentralizado de la administración pública federal, estatal o municipal y uno o varios órganos gubernamentales extranjeros u organizaciones internacionales, cualquiera que sea su denominación, sea que derive o no de un tratado previamente aprobado.

⁸ Es decir, México hace constar que su consentimiento en obligarse requiere de una posterior ratificación. Véase artículo 2, fracción III de la Ley sobre la Celebración de Tratados.

en carácter de plenipotenciario; por lo que toca al gobierno de los EUA, lo suscribió el presidente y ejecutivo en jefe del OPIC.

Al ser aprobado por el Senado de la República, el AFI se ha incorporado *ipso iure* al sistema jurídico mexicano. Cabe recordar que, de conformidad con el artículo 133 de la Constitución Política, ésta última, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el presidente de la república, con la aprobación del Senado, serán la ley suprema de toda la unión.⁹ Por su parte, para EUA, el AFI es un “convenio ejecutivo” (*executive agreement*), es decir, un convenio internacional celebrado por el titular del Poder Ejecutivo (o su representante) con un plenipotenciario de otra nación, que no requiere del consejo y aprobación del Senado.¹⁰

Pero independientemente de las implicaciones domésticas para cada parte, resulta evidente que, en el plano del derecho internacional público, el AFI es un tratado internacional vinculante entre naciones, pues guarda los elementos esenciales a que se refiere la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, y para el caso específico de México, la Ley Sobre la Celebración de Tratados. Si bien es cierto que EUA no es parte de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, es ampliamente aceptado que la misma se ha convertido, a través del tiempo, en reflejo fiel del derecho internacional consuetudinario.¹¹

III. EL PROGRAMA DE COMERCIO EXTERIOR Y PROMOCIÓN A LA INVERSIÓN

Antes de continuar en el análisis del AFI y de sus posibles beneficios económicos para México, es prudente examinar algunos de los

⁹ Es interesante ver la tesis del Pleno de la Suprema Corte de Justicia (Amparo en Revisión 1475/98, Sindicato Nacional de Controladores del Tránsito Aéreo) que establece que los tratados internacionales se ubican jerárquicamente por encima de las leyes federales y en un segundo plano respecto de la Constitución federal, *Semanario Judicial de la Federación*, t. X, noviembre de 1999.

¹⁰ “*Avice and consent by the Senate*”. Artículo II, sección 2, de la Constitución de los Estados Unidos de América.

¹¹ Fuente del derecho internacional público, de conformidad con el artículo 38 (b) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

antecedentes que, en materia de política-económica, justifican su negociación, firma y, recientemente, su aprobación por parte del Senado de la República.

Con fecha 14 de abril de 2004, fue publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el decreto por el que se aprueba el Programa de Comercio Exterior y Promoción a la Inversión (PCEPI), dentro del contexto del Plan Nacional de Desarrollo 2001-2006. El PCEPI establece, entre otros propósitos, la importancia de aplicar una estrategia integral para promover el comercio exterior y la inversión en México. Del PCEPI deben derivarse, por parte de las dependencias que integran la administración pública federal (y con base en las atribuciones de cada una de éstas), acciones concretas enfocadas a la consecución de los objetivos definidos.

Dentro de los objetivos y líneas estratégicas y de acción se encuentra el fortalecimiento del marco para la inversión extranjera directa a través de acuerdos de inversión y de la participación en foros internacionales.¹² Esta “línea estratégica” (3.1) se extiende a su vez en tres ámbitos que el PCEPI denomina “líneas de acción”,¹³ consistentes en: 1) Crear un marco propicio para la inversión extranjera directa (IED) mediante la administración de tratados de libre comercio (los TLC) firmados por México; 2) Ampliar la red de acuerdos internacionales en materia de inversión, a través de los acuerdos para la promoción y protección recíproca de las inversiones (los APPRI); y 3) Participar activamente en los foros internacionales en materia de comercio e inversión extranjera.

Para los efectos de nuestro estudio, nos interesa examinar la línea de acción a que alude el inciso (c), es decir, a las acciones a realizar en lo que respecta a los foros multilaterales en materia de inversión. El PCEPI hace referencia a la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE), a la Organización Mundial del Comercio (OMC), al Mecanismo de Cooperación Económica Asia Pacífico (APEC) y a los organismos de protección a la inversión. Por lo

¹² Línea estratégica 3.1, incluida en el objetivo 3 del capítulo 6.4 del decreto.

¹³ Líneas de acción núms. 3.1.1, 3.1.2 y 3.1.3, respectivamente. La otra “línea estratégica” (núm. 3.2) contiene también dos ámbitos: a) Desarrollar esquemas y campañas de promoción internacional para atraer mayores flujos de inversión; y b) Elaborar un mapa de localización industrial que facilite las decisiones al inversionista.

que corresponde a los primeros tres foros, el PCEPI destaca la importancia de que México continúe participando de manera activa en aquellos; en lo que concierne a los organismos de protección a la inversión, se establece que nuestro país continuará evaluando su posible adhesión a la Agencia Multilateral de Garantías a la Inversión (MIGA, por sus siglas en inglés) y a la operación de OPIC en México.

MIGA fue creado por el Banco Mundial en 1988¹⁴ para brindar a la comunidad inversionista un esquema de carácter multilateral, encaminado a garantizar sus inversiones contra riesgos no-comerciales dentro de los territorios de los estados miembros y, más concretamente, en aquellos en vías de desarrollo.¹⁵

Por su parte, OPIC es una agencia del gobierno de EUA, independiente y financieramente autónoma, cuyo objetivo principal consiste en incentivar los flujos de inversión privada estadounidense hacia otros países (esencialmente aquellos en vías de desarrollo), apoyando a los inversionistas estadounidenses a través de dos programas principales: 1) La emisión de seguros para las inversiones contra ciertos riesgos políticos o no comerciales; y 2) El otorgamiento de financiamientos directos y avales o garantías para los proyectos de inversión. El PCEPI indica que para que OPIC opere en un país determinado, el gobierno de EUA debe suscribir previamente un convenio internacional con el país interesado, con el fin de que éste último reconozca las operaciones de dicha agencia en su territorio. En este sentido, el PCEPI informó que los gobiernos de México y EUA habían firmado, con fecha 9 de junio de 2003, un acuerdo que permitiría a OPIC ofrecer su gama total de servicios de apoyo a proyectos de inversión en el sector privado en México, principalmente en las áreas de educación, infraestructura estatal y municipal y medio ambiente.

El PCEPI estima que la participación de México en estos dos organismos (MIGA Y OPIC) “podría ayudar a reforzar el clima de certidumbre para los capitales extranjeros y servir como un incentivo

¹⁴ El MIGA en realidad comenzó a operar en 1985, cuando el Banco Mundial abrió la convención para la firma de los gobiernos miembros de esa institución.

¹⁵ Los riesgos no-comerciales a cubrirse por la garantía de MIGA son: la libre transferencia de moneda y divisas; la expropiación dictada por el gobierno anfitrión; riesgos de guerra o disturbios civiles; rescisión unilateral por parte del gobierno huésped, sin acceso a los tribunales para combatirla.

adicional para atraer mayores flujos de inversión productiva a nuestro país”.

Como puede apreciarse, los autores del PCEPI apuntan la conveniencia de fortalecer el marco legal para la IED a través de acuerdos de inversión y de la participación de México en foros internacionales en materia de comercio e inversión extranjera. En esta última “línea de acción” (3.1.3), se le ha dado prioridad a un tratado bilateral (el AFI, ya en vigor) *vis à vis* un convenio multilateral, el MIGA. Será de interés comentar la conveniencia de la opción tomada y, a la luz de las circunstancias actuales, evaluar la conveniencia de adherirnos a otros instrumentos internacionales en materia de inversión.

IV. NUEVAS TENDENCIAS EN POLÍTICA DE INVERSIÓN EXTRANJERA

Como efecto de la creciente interdependencia comercial y de la globalización económica, bajo el impulso dirigido hacia la obtención de mejores niveles de vida y bienestar económico en los países en vías de desarrollo, el enfoque político-jurídico hacia la recepción de la inversión extranjera, incluyendo la transferencia de tecnología, ha tenido un cambio notable. La actitud defensiva y de recelo que en esta materia permeó durante los setenta, se ha modificado drásticamente durante la última década. La insuficiencia del ahorro interno para mejorar la infraestructura productiva ha propiciado la búsqueda de capitales y tecnologías del exterior que complementen los recursos domésticos. En esta demanda ha surgido la competencia. En efecto, la gran mayoría de los países tratan ahora de promover, alentar y otorgar protección al inversionista extranjero, con el fin de crear un mejor clima de inversión y de aumentar los montos de captación de recursos foráneos productivos.

En este contexto, los países en desarrollo han evaluado la conveniencia de negociar acuerdos, a nivel bilateral o multilateral, con países que tienen un mayor grado de industrialización, tendentes a la promoción y protección recíproca de las inversiones. Asimismo, dichos países han reformado su legislación interna con un espíritu de

mayor apertura al capital y tecnología externos.¹⁶ Se han re-examinado los antiguos tratados de amistad, comercio y navegación, para encuadrarlos en un marco multilateral o bilateral más acorde a las nuevas circunstancias.

En lo que se refiere a los esfuerzos para regular y fomentar la inversión extranjera dentro de un marco multilateral, debe hacerse una somera alusión a las negociaciones, que aún no fructifican, para la adopción de un Acuerdo Multilateral sobre Inversiones (MAI, por sus siglas en inglés), impulsado en un primer intento, en 1995, por la OCDE. Diferencias de diversa índole propiciaron una ruptura en las negociaciones del MAI y, desde ese entonces, el proyecto se ha tratado de impulsar (todavía sin éxito) bajo los auspicios de la OMC.

Ante la ausencia de un instrumento verdaderamente universal, la promoción y protección de la inversión extranjera se ha enmarcado en un contexto bilateral. Dentro de este último marco existen dos vertientes: 1) La de incluir la normatividad atinente en los TLC, o 2) La de celebrar los APPRI.¹⁷

- a) En lo que se refiere a la primera vertiente, México ha celebrado a la fecha once tratados de libre comercio¹⁸ que abarcan una amplia área geográfica. En la mayoría de dichos tratados se in-

¹⁶ En México, la nueva Ley de Inversión Extranjera consagra, en su artículo 4, el principio de “apertura sectorial”, en virtud del cual el inversionista extranjero puede participar libremente en cualquier actividad económica, salvo las restricciones expresamente señaladas en la ley (actualmente, casi el 97% de las actividades económicas, según el Sistema de Clasificación Industrial de América del Norte, están abiertas a la participación foránea). La antigua Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera de 1973 operaba precisamente de forma inversa. Paralelamente, tratados como el TLCAN prohíben la imposición de requisitos de desempeño (*performance requirements*), y garantizan la libre repatriación de capital y ganancias.

¹⁷ En algunos de los APPRI celebrados por México, se hacen excepciones al “Trato de nación más favorecida” para no hacer extensivos sus beneficios, cuando el tratamiento o preferencia a los inversionistas esté contemplado en otros instrumentos ya existentes y que crean zonas de libre comercio, uniones aduaneras, mercados comunes, acuerdos sobre mercados laborales, acuerdos sobre asuntos tributarios u otros acuerdos. Vease, por ejemplo, artículo 4 del Acuerdo Bilateral México-Finlandia para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, concluido el 22 de febrero de 1999.

¹⁸ Con Estados Unidos de América y Canadá (1993); con las repúblicas de Colombia y Venezuela (1995); con Bolivia (1995); con Costa Rica (1995); con Nicaragua (1998); con Chile (1999); con la Comunidad Europea, (2000); con Israel (2000), aunque este tratado no incluye capítulo de inversión; con las repúblicas de El Salvador, Guatemala y Honduras (2001); con la Asociación Europea de Libre Comercio (2001); y el último, con la República Oriental del Uruguay (2004). Las fechas están referidas al año en que se publicó en el Diario Oficial de la Federación el decreto promulgatorio.

cluyó un capítulo de inversión que contiene disciplinas sustantivas de trato a los inversionistas y a sus inversiones, con el fin de brindar una protección al capital foráneo que a la vez se traduzca en una mayor fuerza de atracción de capital externo. Los capítulos de inversión referidos, siguiendo la pauta del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), disponen que el inversionista extranjero y sus inversiones (que bien podría ser una empresa de la otra parte, un nacional, una empresa privada o sus sucursales, o una sociedad constituida conforme a las leyes de México), que lleve a cabo actividades económicas en el país receptor, gozará básicamente de tres categorías de trato: 1) Trato nacional;¹⁹ 2) Trato de la nación más favorecida,²⁰ y 3) Trato mínimo conforme al derecho internacional.²¹ Asimismo, se establecen otras disciplinas clave, tales como la ausencia de requisitos de desempeño, libertad de transferencias, condiciones para llevar a cabo una expropiación, libertad para nombrar altos ejecutivos y consejos de administración, y mecanismos de solución de controversias, tanto entre Estados como entre un Estado y un inversionista del otro Estado²² (los denominados arbitrajes mixtos).

b) Por lo que se refiere a la segunda vertiente, cabe señalar que nuestro país ha celebrado a la fecha dieciocho de los APPRI.²³

¹⁹ Cada una de las partes otorgará a los inversionistas (y sus inversiones) de otra parte un trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a sus propios inversionistas.

²⁰ Cada una de las partes otorgará a los inversionistas (y sus inversiones) de otra parte un trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a los inversionistas de cualquier otra parte o de un país que no sea parte.

²¹ Cada una de las partes otorgará a los inversionistas (y sus inversiones) de otra parte, trato acorde con el derecho internacional, incluido trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plena. En el contexto del TLCAN, la Comisión de Libre Comercio adoptó una importantísima interpretación, en el sentido de que se entenderá de que los términos "trato justo y equitativo" y "protección y seguridad plenas" no implican ni van más allá del nivel mínimo de trato a extranjeros propio del derecho internacional consuetudinario (interpretación realizada en julio de 2001).

²² Casi todos los TLC celebrados por México y otras naciones contienen una sección dedicada a la solución de controversias, que sigue la pauta del capítulo XI, B), del TLCAN. Como excepción, los acuerdos suscritos con la Unión Europea y EFTA, no contienen disciplinas de trato y medios de solución de controversias, sino que más bien hacen referencia a instrumentos emanados de la OCDE en materia de movimientos de capital.

²³ Con el Reino de España (1997); la Confederación Suiza (1995), República Argentina (1998); Países Bajos (2000); Austria (2001); Alemania (2001); Unión Económica Belga-Luxem-

Aunque existen diferencias entre estos instrumentos, que obedecen a las circunstancias particulares de cada negociación, la estructura es básicamente la misma, y se asemeja a la contenida en los TLC. La diferencia esencial es que bajo los APPRI, las inversiones se admiten según las leyes del Estado receptor (post-establecimiento), mientras que en los TLC las partes consolidan su régimen legal existente, establecen excepciones a través de listas negativas contenidas en anexos, y adquieren obligaciones de *standstill*.²⁴

V. OTROS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES EN MATERIA DE INVERSIÓN EXTRANJERA: MIGA Y CIADI

Como anteriormente se apuntó,²⁵ MIGA fue creado bajo los auspicios del Banco Mundial (BM) y, aunque es una institución autónoma y financieramente independiente, conserva lazos institucionales con el BM. Si bien es cierto que los países miembros de este último no tienen obligación de suscribir las acciones del capital social del MIGA,²⁶ un dato interesante es que, hasta el 30 de abril de 2004, 163 países habían suscrito el capital social de MIGA; de ellos, 21 son países “exportadores de capital” y 142 son naciones en vías de desarrollo.²⁷ Consideramos que independientemente del AFI ya suscrito, podría ser conveniente que nuestro país también fuera miembro del MIGA, del que son Estados parte el 85% de todos los países del orbe. Recor-

burguesa (2003); Francia (2000); Finlandia (2000); Uruguay (2002); Portugal (2000); Dinamarca (2000); Italia (2003); Suecia (2001); Corea del Sur (2002); Grecia (2002); Cuba (2002) y República Checa (2004). Las fechas están referidas al año en que se publicó el decreto promulgatorio en el *Diario Oficial de la Federación*, salvo el caso de Suiza en que la fecha se refiere al decreto aprobatorio por el Senado.

²⁴ Es decir, que no pueden adoptar en el futuro medidas más restrictivas a la inversión que las existentes a la fecha de entrada en vigor del tratado.

²⁵ Véase apartado III y notas al pie 8 y 9 *supra*.

²⁶ MIGA tiene un capital social equivalente a un billón (mil millones) de derechos especiales de giro. De conformidad con el apéndice A de la convención que la creó en 1985, existen dos categorías de países miembros. En la categoría uno están las naciones económicamente más desarrolladas (actualmente 21) y en la dos los países menos desarrollados (actualmente 142). México está en la segunda categoría con derecho a suscribir 1,192 acciones del capital social de MIGA.

²⁷ Véase *Scoreboard* del Institute for Transnational Arbitration (abril de 2004), *News and Notes*, vol. 18, núm. 2, primavera de 2004, pp. 17, 18, 19 y 20.

demos que México es el octavo exportador del mundo²⁸ y el más importante país con acceso preferencial a los mercados de América del Norte, Europa Occidental y Latinoamérica.²⁹

Los objetivos del MIGA son muy semejantes a los de OPIC, con la diferencia de que la primera opera bajo un marco multilateral. MIGA realiza actividades complementarias en la promoción del flujo de inversiones y se involucra en proyectos y programas concretos en todos los sectores económicos. Cabe señalar que OPIC supera ampliamente a MIGA en términos de apoyos a la inversión (y por ende en los efectos de beneficio económico para el país receptor); por esto, pensamos que fue acertado que el gobierno de México le haya otorgado prioridad al AFI antes de adherir al MIGA. No obstante, una vez aprobado aquél, parece ser que el paso natural a seguir debiera ser la adhesión a la agencia multilateral.

México tampoco es parte de la otra convención en materia de inversión auspiciada por el BM, misma que crea el Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI —o ICSID, por sus siglas en inglés—).³⁰ El objetivo del CIADI es proporcionar mecanismos para la conciliación y el arbitraje de las controversias que pudieran surgir entre los Estados receptores de la inversión y los nacionales de otros Estados parte que realizan la misma. Este instrumento viene a constituir una alternativa eficaz al litigio interno y a las reclamaciones de carácter diplomático por parte del Estado que considera que los derechos de sus nacionales en el extranjero han sido vulnerados. Desde la perspectiva de un abogado internacional, el CIADI es un proceso que sirve para despolitizar una disputa al poner énfasis en sus orígenes comerciales y desanimar el uso de esquemas que involucren litigios entre dos Estados. El CIADI es visto por un gran número de expertos como un mecanismo de solución de controversias que propicia la promoción a la inversión, y algunos autores han llegado al punto de catalogarlo (tal vez exagera-

²⁸ Estadística 2002 de la OMC, y considerando a la Unión Europea como un bloque. Véase también *Diario Oficial de la Federación* del 14 de abril de 2004, p. 32.

²⁹ *Diario Oficial de la Federación* del 14 de abril de 2004, p. 34

³⁰ Suscrita en Washington, D. C., el 18 de marzo de 1965. Entró en vigor el 14 de octubre de 1966.

damente) como “un avance considerable en el desarrollo progresivo del derecho internacional” (*Sutherland*).

Cabe mencionar que el CIADI, por sí, no lleva a cabo arbitrajes. Los “paneles” se integran por personas que designan los Estados contratantes y el presidente del Banco Mundial. Para las diferencias que surgen entre partes, fuera del ámbito de la convención (Estados receptores que no forman parte de ella o de inversionistas nacionales de otro Estado que tampoco lo ha ratificado), el CIADI ha establecido el Mecanismo Complementario para Administrar los Procedimientos de Conciliación, Arbitraje e Investigación de Hechos (*fact-finding*). Este cuerpo permite la solución de controversias que se suscitan entre inversionistas estadounidenses y el gobierno de México.

A mayor abundamiento, la adhesión de México al CIADI no constituiría *per se* un consentimiento expreso para someter al arbitraje la disputa que se pudiera originar, en virtud de que se requiere el consentimiento del Estado receptor y del inversionista. Éste debe ser expresado por escrito, con antelación o posteriormente al surgimiento de la desavenencia. Dicho consentimiento puede evidenciarse a través de legislación interna o mediante convenio internacional, a nivel bilateral o multilateral.³¹ Sin perjuicio de que México aún no forme parte del CIADI, cabe señalar que el país ha consentido en someterse a su jurisdicción en numerosos instrumentos.³²

El CIADI o ICSID cuenta, hasta abril de 2004, con 140 ratificaciones,³³ incluyendo un amplio espectro tanto de países económicamente desarrollados como de naciones en vías de desarrollo. Creemos, como en el caso del MIGA, que a la luz de las nuevas corrientes de promoción y protección a las inversiones del exterior, debe de ponderarse la conveniencia de suscribir dicho convenio. La adhesión al CIADI por parte de México no implicaría nada nuevo bajo el sol, pues los arbitrajes mixtos han sido utilizado desde épocas remotas, ni tampoco implicaría un mayor riesgo respecto de las posibilidades de que enfrentemos tal tipo de mecanismos (México ha suscrito los TLC o los APPRI, que incluyen al arbitraje como medio de

³¹ Artículo 25 (1) de la convención.

³² Por ejemplo, véase artículo 1120.1 (a) y (b) del TLCAN; muchos de los APPRI contienen disposiciones similares.

³³ *Scoreboard*, *cit.*, nota 27, pp. 17-20.

solución de controversias, con las principales naciones del mundo que representan prácticamente la totalidad de las inversiones registradas en México).

El análisis debería, en todo caso, enfocarse a dos tipos de consideraciones: una de política, en el sentido de hasta qué punto la adhesión al CIADI implicaría una mejora del clima de inversión en el país y de atracción de inversiones; y otra técnica, en el sentido de si, desde la perspectiva estrictamente litigiosa, tal adhesión podría implicar un mejor marco para el manejo y defensa de los casos de arbitraje mixto en que México se vea involucrado.

VI. ¿QUÉ ES OPIC? SUS ANTECEDENTES, MANDATO Y ACTIVIDADES

OPIC es una institución de desarrollo dependiente del gobierno de EUA, financieramente autosuficiente,³⁴ cuya función principal consiste en el otorgamiento de garantías a los inversionistas estadounidenses contra posibles pérdidas ocasionadas por riesgos de carácter no-comercial en los países extranjeros en donde realizan su inversión.³⁵ De la misma manera, OPIC otorga financiamientos y apoyos a la inversión, a proyectos que involucren una participación estadounidense sustancial y que prometan beneficios al desarrollo social y económico del país receptor.

OPIC fue constituida mediante la Foreign Assistance Act de 1961,³⁶ aunque el tipo de apoyo brindado data desde la época del Plan Marshall.³⁷ Su mandato estatutario se enfoca a estimular la inversión privada estadounidense en aquellos países y áreas de menor desarrollo económico con los que se mantengan relaciones amistosas.

³⁴ OPIC cobra tarifas comerciales por sus servicios. De hecho, OPIC ha generado ganancias en cada año de operación —175 millones de dólares en 2002— y mantiene reservas de 4 mil millones de dólares.

³⁵ Véase apartado III *infra* y Decreto Promulgatorio del Acuerdo para el Fomento a la Inversión celebrado entre los gobiernos de México y de los Estados Unidos de América el 9 de junio de 2003; igualmente el decreto que aprueba el PCEPI, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 14 de abril de 2004.

³⁶ La constitución y organización de OPIC puede consultarse en 22 USC 2191 *et seq.* (1985).

³⁷ Programa económico implementado por EUA, para reconstruir Europa Occidental después de la Segunda Guerra Mundial.

En virtud de que el número de países, para los cuales los programas de OPIC están disponibles,³⁸ ha ido aumentando (en la actualidad lo están para más de 150 países y territorios), las reglas se han ido ajustando a la nueva realidad política-económica, con el fin de hacer más dinámico el funcionamiento de la citada agencia.

Los programas de OPIC están disponibles para nuevas inversiones en materia ambiental, privatizaciones, expansión y modernización de plantas existentes. Existe también apoyo para adquisiciones, si el inversionista aporta capital adicional para modernizar o expandir los activos o instalaciones.³⁹ Al analizar los impactos del proyecto en el país receptor, OPIC apoya únicamente aquellos que no sean susceptibles de dañar la economía estadounidense, o que tengan un efecto negativo en el empleo: por ejemplo, OPIC no apoyaría la mudanza de plantas que implique la sustitución de una planta estadounidense por una extranjera, con relación al mismo mercado (*runaway plants*), o proyectos sujetos a requisitos de desempeño que hicieran nugatorio cualquier beneficio potencial para EUA en materia de comercio exterior (por ejemplo, en virtud de las compras que dicha empresa haga a empresas establecidas en EUA). Todos los miembros de la OPIC son nombrados por el presidente y ratificados por el Senado. El Consejo de Administración, que se reúne cuatro veces al año, provee la política para aquélla y aprueba los proyectos de inversión más importantes.

¿Cuáles son los servicios que ofrece OPIC? Básicamente, podemos identificar dos categorías principales: 1) Seguros contra riesgos de tipo no comercial, y 2) Financiamiento directo o indirecto, a través de préstamos o participación de capital, para el primer caso, o a través de avales o garantías, para el segundo.

³⁸ Como fue comentado con anterioridad, la “cobertura” o “disponibilidad” total de OPIC, sobre todo para el caso de los seguros, se condiciona a la existencia de un convenio entre EUA y el país receptor, en virtud del cual se reconozca la operación de OPIC en ese país. En México, antes de la entrada en vigor del AFI, la operación de OPIC se limitaba únicamente a financiamiento de proyectos en los que participaban pequeñas empresas o sociedades cooperativas estadounidenses.

³⁹ Factores como los siguientes pueden ser tomados en cuenta: impacto al medio ambiente, responsabilidad social, apoyo al desarrollo de infraestructura, calidad de bienes producidos, entrenamiento y capacitación de personal, transferencia de tecnología y *know-how*, generación de empleos, fomento de la pequeña y mediana empresa; OPIC, *Program Handbook*.

Los seguros contra riesgos no comerciales cubren las siguientes categorías: 1) Inconvertibilidad de moneda, consistente en la pérdida de capacidad del inversionista para convertir capital, pagos, intereses, ganancias y otras sumas derivadas de su inversión en dólares de los EUA, o para transferir dólares a su país de origen;⁴⁰ 2) Expropiación, consistente en una pérdida de la inversión, en virtud de una expropiación, nacionalización o confiscación;⁴¹ 3) Violencia política, consistente en pérdida de activos a consecuencia de guerra, insurrección, revolución, motines, terrorismo o sabotaje.⁴²

Los préstamos directos que otorga OPIC se analizan en función de la viabilidad y perspectivas económicas del proyecto,⁴³ más que en el ofrecimiento y otorgamiento de garantías por parte del acreditado. Es importante señalar que OPIC no otorga este tipo de apoyo, cuando el inversionista puede abastecerse de recursos a través de fuentes comerciales ordinarias.

Respecto del financiamiento a través de participación en capital, generalmente se pretende que OPIC participe en proporciones armónicas. A su vez, mediante la figura de financiamiento indirecto a través de avales, OPIC ayuda al inversionista a conseguir dicho financiamiento de instituciones financieras privadas. Asimismo, garantiza a éstas últimas el pago del crédito.⁴⁴

El financiamiento de OPIC está diseñado para complementar las actividades de los bancos comerciales, de instituciones internacionales de desarrollo, locales e internacionales, de fondos de inversión y de otras agencias de EUA como el Export-Import Bank. En algunos ca-

⁴⁰ Es importante señalar que la garantía contra inconvertibilidad de moneda no cubre riesgos contra devaluaciones.

⁴¹ Incluye la llamada "*creeping expropriation*" o expropiación progresiva, es decir, la que se da a través de actos ilegítimos del Estado, o una serie de éstos, que privan al inversionista de sus derechos fundamentales respecto de una inversión. No obstante, la cobertura excluye pérdidas ocasionadas por actos regulatorios o fiscales válidos del Estado, o por acciones provocadas por el propio inversionista.

⁴² El inversionista puede seleccionar todos los tipos de riesgos relacionados con la violencia política, o excluir los motines. Acciones llevadas a cabo por fines estudiantiles o laborales quedan excluidas. Asimismo, existen coberturas únicamente para terrorismo; para el caso de inversiones en capital y propiedad, esta cobertura especial incluye protección contra el uso de armas químicas, biológicas, radioactivas y de destrucción masiva.

⁴³ OPIC, *Program Handbook*.

⁴⁴ Los créditos garantizados por OPIC están, por ley, protegidos por el gobierno de EUA ("*by the full faith and credit of the United States government*").

sos, algunos financiamientos de OPIC involucran al menos a un prestamista adicional y, en proyectos de gran envergadura, varias instituciones financieras están normalmente involucradas. Otros proyectos más pequeños pueden ser financiados en su totalidad por OPIC. De lo anterior, queda claro que OPIC no compite con el sector privado.

VII. BREVE ANÁLISIS DEL AFI

A continuación efectuaremos un breve análisis del contenido del AFI, haciendo énfasis en sus artículos más importantes: 1 y 2.

1. *Artículo 1*

El AFI establece en su primer artículo, o más bien “clarifica”, que el término “emisor” se refiere a OPIC y no al gobierno de EUA, lo cual tiene implicaciones jurídicas que vale la pena señalar. Recordemos que de operar la subrogación, en virtud del pago de algún seguro (con la consiguiente sustitución de OPIC en lugar del inversionista), el inversionista no estaría acudiendo a la protección de su gobierno (en cuyo caso violaría la Cláusula Calvo consignada en el artículo 27 de la Constitución Política), sino meramente a una institución aseguradora que si bien es una institución de desarrollo dependiente del gobierno de EUA, en este caso funge con carácter de ente privado o comercial (*iure gestionis*) y no de autoridad o gobierno (*iure imperii*).

El mismo artículo también define la frase “apoyos a la inversión” que incluye, a saber: 1) Cualquier inversión en deuda o en participación en el capital social de empresas; 2) Cualquier garantía a la inversión; 3) Cualquier seguro, re-aseguro o coaseguro a la inversión⁴⁵ y 4) Cualquier otra actividad de OPIC permitida por la legislación estadounidense, con relación a proyectos a realizarse en el territorio de México. En el apartado anterior, expusimos y analizamos las características y naturaleza de tales actividades.

⁴⁵ En el caso de coaseguro, el que otorguen el emisor y empresas coaseguradoras comerciales de conformidad con los convenios que tengan con el emisor para que éste actúe por cuenta propia o por cuenta de las coaseguradoras.

De conformidad con el primer artículo, OPIC podrá otorgar a inversionistas idóneos (elegibles) “apoyos a la inversión” con relación a proyectos y actividades a realizarse en México; por su parte, los inversionistas idóneos podrán contratar dichos “apoyos a la inversión” con OPIC. Esta última facultad es elemental, especialmente para el caso de los seguros.⁴⁶ Por su parte, el emisor sólo podrá otorgar “apoyos a la inversión” respecto de proyectos permitidos por el TLCAN o por las leyes mexicanas vigentes, lo cual implica que el AFI no crea ningún tipo o compromiso de liberalización adicional al existente. En este sentido, resulta evidente que OPIC no podría apoyar proyectos de inversión en sectores restringidos a la participación foránea, según se establece en la Constitución Política, la Ley de Inversión Extranjera y los anexos del TLCAN; de la misma manera, tampoco podría dicho organismo participar en el capital social de empresas en porcentajes superiores a los topes establecidos para cada caso.⁴⁷

¿Quiénes son los inversionistas idóneos según las leyes de EUA y las normas operativas de OPIC? Para el caso de seguros: 1) Ciudadanos estadounidenses; 2) Compañías u otras personas morales estadou-

⁴⁶ Recordemos que según lo dispuesto por el artículo 3 de la Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros, se prohíbe contratar con empresas extranjeras coberturas de riesgos en territorio nacional. No obstante, el mismo precepto establece la posibilidad de llevar a cabo la contratación de seguros con aseguradoras extranjeras, previa autorización de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, cuando se compruebe que ninguna de las empresas aseguradoras facultadas para operar en México, pueda o estime conveniente realizar una determinada operación de seguro. Queda claro que dada la naturaleza particular de los seguros ofrecidos por OPIC (que no son del tipo ofertado por las aseguradoras mexicanas), así como de los “clientes” con acceso a tales servicios (inversionistas elegibles según las leyes de EUA), dicha entidad cae fácilmente en tal supuesto. El espíritu de las leyes mexicanas en materia de seguros es respetado por el AFI, pues OPIC viene a “complementar” y no a “desplazar” el mercado local de seguros. A la luz de los considerandos anteriores, quien contrate un seguro con OPIC queda exento de la autorización a que se refiere la ley de la materia; de otra manera, los beneficios del AFI podrían quedar parcialmente anulados. Lo anterior, en virtud de la aplicación supletoria y armónica de un tratado internacional (el AFI).

⁴⁷ Recordemos que, en términos de la Ley de Inversión Extranjera, existen cuatro categorías de actividades económicas: a) Las reservadas al Estado (por ejemplo, petróleo, correos, electricidad); b) Las reservadas a nacionales mexicanos y/o sociedades mexicanas con cláusula de exclusión de extranjeros (por ejemplo, transporte terrestre nacional, radio y televisión); c) Aquéllas sujetas a límites máximos de participación en capital (por ejemplo, sociedades cooperativas al 10%, aviación al 25%, cabotaje marítimo al 49%); y d) Actividades que, para la participación mayoritaria de capital extranjero, requieren de la previa resolución favorable de la Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras —CNI— (por ejemplo, transporte público ferroviario, servicios legales, perforación de pozos petroleros, adquisición de empresas mexicanas por medio de activos). Véase artículos 5 al 9 de la Ley de Inversión Extranjera.

nidenses creadas bajo las leyes de EUA, sus estados o territorios, y que sean propiedad de ciudadanos estadounidenses;⁴⁸ 3) Compañías extranjeras que sean propiedad, al menos en un 95%, de los inversionistas especificados en los numerales 1) y 2) anteriores, y 4) entidades extranjeras que sean propiedad 100% de inversión de EUA. Para el caso de financiamiento, las normas de OPIC exigen que al menos el 25% de las acciones de la empresa acreditada esté en manos de inversionistas estadounidenses,⁴⁹ o que al menos éstos tengan un control o manejo importante sobre dicha empresa. De lo anterior, es evidente que inversionistas mexicanos también podrían resultar beneficiados por los apoyos de OPIC, cuando se trate de empresas mexicanas en las que participen, de manera conjunta, tanto mexicanos como estadounidenses (*joint ventures*).

2. Artículo 2

El AFI, en su segundo artículo, precisa que en lo relativo a los apoyos a la inversión otorgados conforme a la legislación estadounidense, OPIC no estará sujeta a lo dispuesto por las leyes mexicanas que regulan la operación de instituciones financieras o de seguros. Lo anterior, redundante en principio, no podría ser de otra manera, pues una situación jurídica que ocurre en otro país se rige bajo la ley de dicho país, sin perjuicio de que los efectos de dicho acto se rijan por la ley del lugar donde tengan lugar sus efectos. La redacción utilizada no presupone, de ninguna manera, la aplicación extraterritorial de leyes extranjeras en México. Igualmente, por tratarse de una agencia estadounidense, su constitución y operación se rigen necesariamente por las leyes de EUA. OPIC funciona de manera transfronteriza; el AFI no implica el establecimiento de OPIC en México como institución de seguros o como filial de otra.

⁴⁸ En este supuesto, se considera que la compañía es propiedad de ciudadanos estadounidenses cuando aquellos detentan más el 50% del capital de dicha compañía. Cuando las acciones de una compañía que coticen en bolsa se encuentren dispersas entre el gran público inversionista, y estén a nombre de fiduciarios o agentes con domicilio en EUA, entonces se considerará que dichas acciones están detenidas por ciudadanos estadounidenses, a menos que el inversionista tenga información en otro sentido.

⁴⁹ OPIC, *Program Handbook*.

El mismo precepto establece que el emisor, así como las actividades que lleve a cabo con relación a los “apoyos a la inversión”, estará exento del pago de impuestos, ya sea que lo graven directamente o que sean pagaderos en primera instancia por otros. Se aclara, sin embargo, que dicha exención sólo aplicará en favor de OPIC y no de las coaseguradoras o de los inversionistas que reciban los “apoyos a la inversión” (que, a diferencia de OPIC, son entes privados ordinarios, que no tienen por qué quedar exentos). Lo anterior es consistente con el Acuerdo para evitar la Doble Imposición celebrado entre México y EUA, que establece una exención del pago del impuesto sobre la renta por los intereses que provenientes de México se paguen a dicha agencia.⁵⁰ Si bien es cierto que las exenciones fiscales siempre serán un tema debatible, para el caso que nos ocupa la exención es entendible, pues va relacionada con programas de financiamiento a proyectos de desarrollo en México, y sirve como incentivo para que éstos se otorguen para beneficio del país.

Por su parte, el inciso c) del artículo en comento contempla la figura de la subrogación, al disponer que si el emisor, por cuenta propia o conjuntamente con una coaseguradora, realiza un pago a cualquier persona o entidad, o ejercita sus derechos como acreedor o subrogatario con relación con cualquier proyecto de inversión, México reconocerá la transferencia, adquisición o sucesión que corresponda. Dicho esquema es compatible con la legislación doméstica, que igualmente reconoce los derechos de acreedores financieros. Dicho de otra manera, si OPIC otorga un crédito a un inversionista, y éste último cae en mora o incumplimiento, la agencia podría hacer efectivo dicho crédito a través de las acciones conducentes para tal efecto, tal y como lo haría cualquier banco comercial mexicano; de la misma manera, si OPIC hace efectiva una póliza de seguro, entonces tendría el pleno derecho de repetir, en su carácter de subrogatario, en contra de quien haya ocasionado el daño.⁵¹

⁵⁰ Siempre que se trate de intereses que se causen derivados de un préstamo a plazo no menor de tres años, concedido, garantizado o asegurado por OPIC.

⁵¹ El Código Civil federal contempla la figura de subrogación en sus artículos 2058 y 2059, y para el caso de los seguros, la Ley sobre el Contrato de Seguro hace lo propio en su artículo 111, que a la letra dispone que “la empresa aseguradora que pague la indemnización se subrogará hasta en la cantidad pagada, en todos los derechos y acciones contra terceros que por causa del daño sufrido correspondan al asegurado”.

Es cierto que el AFI contempla un espectro muy amplio para la adquisición, subrogación, sucesión o causahabencia de bienes y derechos (“cualesquier cantidad en efectivo, cuentas, créditos, instrumentos u otros activos... cualquier derecho, título, reclamación, privilegio o derecho de acción existentes que pudieran surgir”), lo cual puede también incluir derechos de acción en contra del Estado (inclusive a través de procedimientos de arbitraje, dado que los inversionistas estadounidenses tienen este derecho de conformidad con el capítulo XI del TLCAN); no obstante, el límite se establece en el inciso d), que dispone a la letra que, en todo caso, “el emisor no ejercerá mayores derechos que aquellos que tenía la persona o entidad de la que se recibieron”. OPIC no podría, en virtud de dicha disposición, reclamar algo que al inversionista original no le correspondiera; por ejemplo, una acción legal sin fundamento, una acción internacional de protección diplomática, o simple y sencillamente el cobro de cantidades superiores a las adeudadas. Por último, cabe señalar que la subrogación es una figura comúnmente utilizada en los tratados bilaterales de inversión, con el fin de alentar las actividades realizadas por agencias de desarrollo que provén apoyos a la inversión en forma de seguros; de hecho, los 18 APPRI suscritos por México contemplan dicho esquema, aunque ciertamente en términos más acotados.

Por último, el inciso (e) del artículo 2 dispone que en la medida en que la legislación de los Estados Unidos Mexicanos de manera parcial o total restrinja la propiedad o transmisión al emisor respecto de cualquier bien o derecho, “el gobierno de los Estados Unidos Mexicanos permitirá al emisor realizar los arreglos necesarios para que transfiera esos activos o derechos a una persona o entidad con capacidad para detentar la propiedad de los mismos de acuerdo con la legislación de los Estados Unidos Mexicanos”. Pensemos, por ejemplo, en los bienes inmuebles ubicados dentro de la franja restringida a que hace referencia el artículo 27 de la Constitución Política,⁵² cuyo dominio directo no puede ser ejercido por personas físicas o morales extranjeras; en este sentido, cualquier subrogación que opere sobre un derecho de propiedad de un bien inmueble de tales características en favor de OPIC, no podría en realidad hacerse efectivo dadas las

⁵² 100 kilómetros a lo largo de las fronteras, y 50 kilómetros de las costas.

limitaciones legales prevalecientes. Por esto, el AFI permite que, a través de los mecanismos legales apropiados, OPIC efectúe la transferencia, con el fin de recibir a cambio dinero o cualquier otro bien que sí pueda detentar.

3. *Artículos 3, 4 y 5*

El artículo 3 consagra el principio del “trato no menos favorable” a los fondos en moneda mexicana, adquiridos por el emisor (por sí sólo, o conjuntamente con una coaseguradora) al realizar pagos o ejercer sus derechos como acreedor en relación con cualquier “apoyo a la inversión” para proyectos en México, que aquél trato de tales fondos hubiesen tenido en manos de la entidad de la cual fueron obtenidos.

Por su parte, el artículo 4, en su inciso (a), se refiere a las posibles controversias que pudiesen surgir entre ambos gobiernos con relación a la interpretación o aplicación del AFI. Dispone que dichas controversias serán resueltas, de ser posible, a través de negociaciones bilaterales, o a través de arbitraje, en caso necesario.⁵³ En forma interesante se establece que, cuando se trate de:

Reclamaciones sobre cuestiones de derecho internacional relacionadas con actividades para las cuales se ha otorgado ‘apoyos a la inversión’, ninguno de los dos gobiernos podrá someter dicha reclamación a los mecanismos previstos por el mismo artículo, si dicho gobierno tiene el derecho de presentarla conforme a lo dispuesto en el capítulo XX del TLCAN.⁵⁴

⁵³ El tribunal arbitral a que alude el inciso a) de este artículo se establecerá en la siguiente forma: a) Cada gobierno designa a un árbitro; b) Ambos árbitros designan por mutuo acuerdo al tercer árbitro (nacional de un tercer Estado), quien sería el presidente del tribunal. Su designación queda sujeta a la aceptación de los gobiernos; c) Las designaciones de los árbitros de cada gobierno se efectúa dentro de los tres meses siguientes a la fecha de solicitud de arbitraje, y la del presidente dentro de los seis meses posteriores a dicha fecha. Si los nombramientos no se hacen dentro de los plazos señalados, cualquiera de los dos gobiernos podrá solicitar al secretario general del CIADI que efectúe las(s) designación(es) necesaria(s). Ambos gobiernos convienen en aceptarla; a) El tribunal regulará su procedimiento y tomará sus decisiones por mayoría de votos. Las mismas serán definitivas e inapelables; y b) Ambos gobiernos cubrirían por partes iguales los gastos y honorarios del tribunal.

⁵⁴ Disposiciones Institucionales y Procedimientos para la Solución de Controversias, secciones A, B y C. Véase artículos 2003 a 2020.

Lo anterior tiene por objeto el evitar la duplicidad de procedimientos que se refieran a una misma medida.

Finalmente, el artículo 5 dispone que la entrada en vigor del AFI se verificaría en la fecha en que el gobierno de México notificara al de EUA respecto de la conclusión de las formalidades jurídicas para tal efecto, cuestión que, como comentamos al inicio, sucedió el pasado 27 de abril de 2004. Aunque el AFI puede ser terminado por cualquier parte, previo aviso a efectuarse con seis meses de antelación, en caso de darse tal supuesto, sus disposiciones continuarían en vigor durante veinte años después de la terminación, en lo referente a apoyos otorgados por OPIC durante la vigencia del AFI; lo anterior, con los ánimos de brindar certidumbre jurídica a los inversionistas que, precisamente animados por los beneficios del AFI y OPIC, realizaron una inversión en México.

VIII. REFLEXIONES FINALES

1. La suscripción del AFI confirma uno de los objetivos del gobierno de México en su PCEPI, en el marco del Plan Nacional de Desarrollo 2001-2006; dicho acto materializa la “línea estratégica” orientada a fortalecer el marco legal para obtener mayores flujos de inversión extranjera directa, a través de acuerdos de inversión y de participación en foros internacionales y, concretamente, a través de organismos de protección a la inversión. En la especie, la “línea de acción” adoptada fue un acuerdo bilateral con el gobierno de EUA para fomentar la actividad económica en nuestro país, a través del apoyo a la inversión privada que, en forma de financiamiento, seguros y garantías, otorga una institución aseguradora dependiente de aquél gobierno.

2. El AFI es plenamente compatible con las leyes mexicanas; permite apoyos a la inversión sólo “respecto de proyectos autorizados por las leyes mexicanas y tratados aplicables”, a ser otorgados de manera transfronteriza por OPIC a inversionistas idóneos; y complementa el espectro de servicios financieros disponibles para proyectos de inversión en México.

3. El AFI se presenta como un instrumento que seguramente impulsará los flujos productivos de capital hacia México, en sectores

claves de la economía. En este orden de ideas, México se ha unido a un grupo de aproximadamente 150 países, incluyendo dieciocho países latinoamericanos que ya habían firmado acuerdos internacionales para obtener el apoyo de OPIC. El monto total de apoyo a la inversión que OPIC ha brindado a todos estos países es realmente significativo.⁵⁵

4. El AFI viene a confirmar el nuevo enfoque político-jurídico hacia la recepción de inversión extranjera, proceso que inició en México, y en la mayoría de los países en vías de desarrollo, desde inicios de los noventa. En este contexto, resulta evidente que deberán evaluarse otros instrumentos internacionales en materia de inversión, tales como el MIGA y el CIADI. Asimismo, será sumamente conveniente que México amplíe su red de acuerdos bilaterales de inversión en el mundo, tal y como lo establece el PCEPI, pero también, que mejore y aproveche los ya existentes.

5. Los esfuerzos para promover la inversión extranjera deben ser acompañados del diseño e implementación de políticas públicas integrales que se traduzcan en una mejora de la economía, de tal forma que puedan participar de manera armónica tanto inversionistas extranjeros como nacionales, políticas que generarán un mejor ambiente para los negocios y darán cauce a una mayor creación de empleos.

⁵⁵ En su historia, la agencia referida ha otorgado apoyos a la inversión con un monto de 150 mil millones de dólares, que han generado aproximadamente 690,000 empleos.